

Vázquez que este autor mantiene la afirmación de que el concebido *existe* en el vientre materno, en la línea de la mejor corriente de origen romano.

Pero la pérdida de la tradición romana y castellana se advierte ya en la doctrina española de la segunda mitad del siglo XIX por la asunción de teorías alemanas y el empleo de conceptos abstractos (Gómez de la Serna, Montalbán, Benito Gutiérrez), y va a culminar en el Proyecto de 1851 que omite cualquier alusión al concebido en la definición de nacido del art. 107.

Al otro lado del Atlántico, va a mantenerse la tradición romana y castellana; así el C.c. chileno dedica sus arts. 74 a 77 a tratar «Del principio de la existencia de las personas», iniciándose con esta tajante declaración: «La ley protege la vida del que está por nacer», y también que «todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento», si bien, a la vista de otros preceptos llega el autor a la conclusión de que no es posible ver una clara adscripción a la tradición romana de una paridad entre el concebido y el no nacido. Por lo que se refiere a la codificación brasileña, más clara es la posición que se mantiene en el famoso *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas, que dedica los arts. 53 a 61 a «las personas por nacer», a las que concede el beneficio de la patria potestad desde el momento mismo de la concepción. Norma esta última que pasó al Código civil argentino de Vélez Sarsfield, y se ha mantenido en las últimas reformas. Títulos como el del siguiente enunciado «De la existencia de las personas antes del nacimiento» permiten adscribir este Código a la más pura tradición romano-castellana. Todavía, y de fecha más reciente, cabe citar el art. 1 del C.c. peruano de 1984, según el cual «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

El autor no lleva su investigación a los Códigos europeos y, por tanto, tampoco al nuestro, pero concluye que el reconocimiento de la vida humana desde el momento de la concepción tiene obvias consecuencias para la protección jurídica del concebido.

Bella lección inaugural del prof. Castán Vázquez, que se pronuncia todavía dentro del Año Internacional de la Familia, cuando en España amenaza consumarse una nueva agresión legal a la vida del *nasciturus*.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

COLLINS, H.: *The Law of Contract*, 2nd edn, Butterworths, London, 1993, 399 páginas.

El autor del libro se propone estudiar el Derecho de contratos tanto desde el punto de vista de su aplicación práctica por los abogados, como su impacto sobre los fines sociales y económicos del mercado. El primer

aspecto es congruente con el carácter pragmático y «casuístico» del Derecho inglés, donde las decisiones de los tribunales superiores son fuente del Derecho por su propia autoridad (naturalmente, sólo serán obligatorias, *binding*, si forman parte de la *ratio decidendi* del caso de que se trate). En cuanto a la segunda cuestión, Collins señala que el Derecho no puede funcionar como un sistema de pensamiento totalmente cerrado, sino que debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de nuestra sociedad. El Derecho contractual decimonónico expresaba un «Estado libertario» cuyo objetivo principal era adoptar una postura neutral con relación a los modelos sociales de conducta, facilitar, en suma, la creación de obligaciones legales sobre cualesquiera términos que las partes libremente eligiesen. El mercado, convertido en el mecanismo principal de la distribución de riqueza, no reconoce ningún derecho inherente para la posesión de ésta: las nociones de intercambio y elección voluntaria son sus dos pilares básicos.

Sin embargo, la progresiva intervención del Estado en múltiples facetas de la vida social y económica que caracteriza a nuestro siglo no puede coincidir con una concepción doctrinal que defiende como principio fundamental la libertad de los ciudadanos individuales. Correlativamente, tampoco con un ejercicio del poder público limitado al máximo. El autor describe en el capítulo 2 el moderno Derecho contractual, partiendo de su crítica a los principios del Derecho decimonónico. En efecto, la libertad de contratar encontraba su justificación en la creencia de que el mercado establecía tanto la igualdad de las partes en lugar de la jerarquía social, como la reciprocidad en vez de la explotación. Dicha igualdad no implicaba, por supuesto, una distribución igualitaria de riqueza y poder, sino sólo una igualdad formal, la de formar parte de una relación contractual para mejorar su posición en la sociedad sin ningún límite. Las consecuencias distributivas últimas de la actividad negocial no interesaban al mercado y, por supuesto, tampoco al Derecho. Éste solamente reconocía algunas excepciones con respecto a menores e incapaces y a mujeres casadas, pero no propiamente distinciones de rango y privilegio. Únicamente cierta intervención para asegurar la libre competencia del mercado, proscribiendo los monopolios. El modelo defendido por Collins, al que denomina «mercado social», se basa sobre la intención de evitar una dominación injustificable de una de las partes contratantes, la búsqueda de la equivalencia en el intercambio y la necesidad de asegurar la cooperación entre ellas como a su juicio se produjo en la decisión del caso *Schroeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* (la Cámara de los Lores ratificó la decisión del Tribunal de Apelación de no considerar aceptable un contrato en forma standard que daba a la Compañía de discos demandada una posición dominante y abusiva sobre la publicación y derechos de autor del demandante, un joven y desconocido compositor musical cuando firmó el contrato). Por otra parte, existen también intereses colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad de las personas que no pueden dejarse al libre arbitrio del mercado y de las decisiones individuales. El Estado, a través de la legislación, in-

terviene para prohibir determinados tipos de contratos o de cláusulas de los mismos, así como para hacer obligatoria la adopción de otros. Además, la creación de un mercado único europeo obliga a la Unión a intervenir para fijar reglas comerciales uniformes en todos los Estados miembros. Se trata de ayudar a los individuos a realizar sus aspiraciones a través de los contratos pero protegiendo, simultáneamente, fines sociales.

En el capítulo 3, uno de los más extensos del libro comentado, el autor estudia los mecanismos utilizados por el Derecho inglés para exigir el cumplimiento de un contrato (*tests of enforceability*): la escritura o *deed* (documento firmado por ambas partes, en presencia de un testigo, dejando clara su intención de que se trata de dicho tipo de documento, lo que implica que cualquier tribunal hará cumplir las promesas contenidas en el mismo); la doctrina de la *consideration* y la confianza o *reliance*, esta última sólo admitida parcialmente como *promissory estoppel* o responsabilidad basada en la confianza (el *estoppel* impide a una persona negar la veracidad de una declaración anteriormente realizada por él o la existencia de hechos en los que han creído otras personas como consecuencia de sus palabras o conducta). La doctrina de la *consideration* ha sido citada tradicionalmente como el medio principal para justificar el cumplimiento de los contratos. Su razón fundamental es que la transacción debe comprender un intercambio de valor económico que, sin embargo, las partes pueden determinar libremente. En una venta de bienes, por ejemplo, las partes satisfacen esta doctrina prometiendo una de ellas entregar los bienes a cambio del precio fijado, mientras que la otra promete pagar el precio a cambio de la entrega de los bienes señalados. Se requiere la existencia de dos promesas obligatorias y recíprocas, con independencia, al menos aparentemente, de la justicia de la relación de intercambio, lo que resulta lógico con la filosofía del libre mercado. Mientras autores como Fried defienden el abandono de esta doctrina por ser actualmente, según él, un anacronismo histórico y Atiyah intenta redefinirla mediante los conceptos de beneficio y perjuicio, Collins responde con la formulación de una construcción teórica que denomina el «modelo de la confianza», *reliance model*, frente al «modelo del intercambio» de la *consideration*. Aunque reconoce que ha recibido una aceptación titubeante por los tribunales ingleses, enumera como elementos de su teoría el *encouragement* o estímulo deliberado de confianza por medio de una promesa (*promise*) u otra forma de promesa (*undertaking*) expresa o tácita; la *detrimental reliance*, que exige la prueba de que la otra parte ha confiado sobre esa promesa, actuando por tanto en su perjuicio; la *reasonable reliance* o que la conducta anterior era razonable en todas sus circunstancias y la *unconscionability*, esto es, considerar si sería injusto o desmedido permitir a alguien volver sobre su promesa original. A su juicio, un ejemplo de su teoría se encuentra en *Crabb v. Arun District Council*.

También es objeto de estudio el consentimiento y las circunstancias y comportamientos que pueden influir sobre él. Aunque sin una clara determinación conceptual, más propia quizás de un Derecho codificado, catego-

rías como las de la compulsión (*duress*) y la influencia indebida (*undue influence*) son pormenorizadamente detalladas. En esta última pueden citarse la presión para obligar a realizar una determinada prestación, aprovecharse de la ignorancia de otra persona y sacar partido de una auténtica situación de monopolio.

Otra de las partes más interesantes del libro que comentamos se refiere a las cláusulas obligatorias de los contratos (*compulsory terms*). Se trata, indudablemente, de una intromisión en el dogma clásico de la libertad de contratar pero que se justifica para el autor en la dimensión social del mercado. La protección y el reforzamiento de un mercado competitivo deben ser considerados como un bien público que el Ordenamiento tiene que esforzarse en apoyar. Los medios utilizados para introducir ciertas cláusulas obligatorias en determinadas clases de contratos son las prohibiciones legales (las cuales declaran que una cláusula será inválida, inefectiva o nula si aparece en un contrato) la utilización de contratos modelo impuestos por el poder legislativo, el control judicial (los tribunales tienen que buscar el equilibrio entre el interés colectivo de un mercado competitivo logrado con la libertad de contratar y el peligro potencial que pueda resultar para otros valores sociales) y una regulación negociada entre los sectores afectados y las autoridades públicas que, normalmente, se plasma en Códigos deontológicos de sectores profesionales y comerciales (*Codes of Practice*). Su finalidad última es la protección adecuada de los consumidores y usuarios. A pesar de que el control judicial de las cláusulas ha sido frecuentemente criticado por la falta de certeza y la posible inconsistencia de las decisiones judiciales (cosa curiosa, tratándose de un Derecho tan propiamente jurisprudencial como el anglosajón), la ley inglesa de cláusulas contractuales abusivas de 1977 (*Unfair Contracts Terms Act*) le ha otorgado una importancia destacada mediante el examen de la «razonabilidad» (*test of reasonableness*). En este sentido, la ley se limita a anular las cláusulas que tengan el propósito de excluir, restringir o limitar la responsabilidad que de otra manera surgiría en un contrato de otras expresas o tácitas.

En el capítulo 12, bajo el epígrafe «la extensión de la responsabilidad», Collins estudia la doctrina de la «relatividad de los contratos» (*privity of contract*), que significa que éstos son *res inter alios acta* para los terceros no contratantes, como por otra parte declara en nuestro Derecho el art. 1.257 del C.c. Después de referirse a algunas justificaciones utilizadas para defender dicha doctrina tales como la idea de autonomía (el tercero que no presta su consentimiento a un acuerdo no puede verse afectado por ningún tipo de responsabilidad contractual), el argumento moral de la mutualidad de derechos y obligaciones y el hecho de que, de lo contrario, surgiría una responsabilidad indeterminada en cantidad, tiempo y clase para el promitente de la prestación, enumera entre las objeciones a la teoría clásica de la relatividad la intención de las partes, la confianza justificable y, sobre todo, el enriquecimiento injusto (una persona obtiene un beneficio injustificadamente a expensas de otra) al que considera el más convincente).

Los dos últimos capítulos tratan, como no podía ser de otra manera en un estudio completo del fenómeno contractual, de los diferentes remedios y compensaciones que intentan paliar las consecuencias negativas del incumplimiento de los contratos con particular atención a los remedios judiciales en este campo.

En definitiva, este libro aborda desde una perspectiva inequívocamente crítica el estudio del Derecho de contratos y sus dogmas peculiares para, confrontándolos con las nuevas circunstancias sociales y económicas de la sociedad postindustrial, defender la necesidad de una reformulación del mismo bien mediante la alteración de los principios clásicos que lo sustentan bien mediante su abandono y sustitución por otros nuevos.

JAVIER LETE ACHIRICA

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*. José M.^a Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1994, 215 páginas.

I. El tema del libro que comentamos presenta notable interés dogmático. Al enmarcarse en el corazón mismo de la teoría del negocio jurídico, la conversión refleja las diferentes concepciones que de las relaciones entre la autonomía privada y la ley se plasman en cada uno de los ordenamientos de nuestro entorno y también, como no podía ser menos, las diversas posiciones ideológicas que sustentan las mismas.

En nuestro país la conversión es un usual epígrafe de los programas de Parte General, pero escasean los tratamientos de fondo sobre la misma. Ya por eso es de alabar el trabajo que recensiamos.

II. El primer capítulo del libro esboza el proceso histórico que llevará a la consagración positiva de la conversión en Alemania, primero, y en Italia, luego.

Expone el autor cómo los jurisconsultos romanos afrontaron el problema de mantener en vida algunas operaciones (que hoy calificaríamos de) negociales, pese a la falta de correspondencia de las mismas con las exigencias estructurales del sistema jurídico (sustitución pupilar, inoperante como tal, valorada como sustitución vulgar —D.28,6,4—; legado, nulo en su especial configuración, que vale *per damnationem* —D.24,2—; donaciones entre cónyuges constante matrimonio o entre afines sometidos a la misma potestad, que valen si el donante moría sin haberlas revocado —D.24,1,3,3 y 32,2—; *acceptilatio* nula que vale como *pactum de non petendo* o contrato consensual; la famosa cláusula codicilar, etc...) (p. 19). Pero, a su juicio, son meros supuestos tipificados *id plerumque accidit*, que se acercan a la que se llamaría **conversión legal o formal**, pero muy lejos de una **conversión sustancial o material**, inviable en un sistema donde no hay nítida referencia a la *voluntas* individual, ni a la causa y, en el que, por el con-