

GLOBALIZACIÓN Y RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS

Iñigo A. Navarro Mendizabal

ICADE – Universidad Pontificia Comillas

Sumario / Sommario: 1. – Introducción 2. – La Globalización 3. – Familia y sucesiones 4. – Los derechos reales 5. – Contratos 5. 1. - El contrato estandarizado, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas 5. 2. - La defensa de la competencia y las prácticas desleales con los consumidores 5. 3. - Garantías y responsabilidad 6. – Conclusiones

1. - Introducción

Fui invitado a participar en el tercer seminario italo-español titulado «Constitución y globalización» y, como soy profesor de Derecho civil, el enfoque que realicé fue algo distinto del que hacían mis admirados compañeros constitucionalistas y politólogos, pero creo que complementaba bien muchos de sus discursos.

En primer lugar, he de advertir que la constitución de la que yo voy hablar no es la Constitución desde un punto de vista jurídico, sino de otras cosas más pegadas al terreno. Hay quien ha dicho que la auténtica constitución¹ de una sociedad está, en parte, en su Código civil. Es dónde se regula cómo se casan los ciudadanos, cómo se compran la casa en la que viven, cómo heredan, cómo hacen testamento... No me atrevo yo a decir cosas tales, pero indudablemente en los códigos civiles se encuentran reguladas una serie de relaciones jurídicas que conforman el ADN de una sociedad. No son la constitución, pero sí son la forma en que se constituyen una sociedad, cómo se teje.

Pues bien, estas relaciones jurídico privadas que he mencionado, están siendo gravemente afectados por la globalización. Todo está cambiando muy rápido. O, si se prefiere, estamos en constante cambio.

Mi aportación será señalar cómo está afectando la globalización a las relaciones jurídico privadas, lo que complementa la parte medular que es la Globalización y la Constitución, la de verdad.

2. – La Globalización

¹ Jean Carbonnier, uno de los juristas más importantes de Francia en el siglo XX, escribió un provocador artículo dedicado al Code en el que afirmaba que era la «verdadera constitución» de Francia. Véase Remy Cabrillac, *Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?*, *Revue Juridique Thémis* 39. Tomo 3. Québec. pp. 245 y siguientes.

Las acepciones 3ª y 4ª del término globalización en el DRAE son: «3. f. Difusión mundial de modos, valores o tendencias que fomenta la uniformidad de gustos y costumbres.

»4. f. Econ. Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos».

Coexisten dos cuestiones independientes: una referida a lo económico y otra que afecta a modos, valores, tendencias... La ONU lo explica diciendo que «La globalización es un fenómeno inevitable en la historia humana que ha acercado el mundo a través del intercambio de bienes y productos, información, conocimientos y cultura.

»En las últimas décadas, esta integración mundial ha cobrado velocidad de forma espectacular debido a los avances sin precedentes en la tecnología, las comunicaciones, la ciencia, el transporte y la industria.

»Si bien la globalización es a la vez un catalizador y una consecuencia del progreso humano, es también un proceso caótico que requiere ajustes y plantea desafíos y problemas importantes»².

Se han superado ya conceptos como el de aldea global que lanzara Marshall McLuhan³, aunque el término sigue siendo tremendamente descriptivo, pues parece que vivimos en una auténtica aldea cuyo tamaño es global.

La economía se ha globalizado y esta globalización se profundiza cada vez más y más aceleradamente, con unos saltos tecnológicos que no dejan de sorprendernos. Hoy en día, un artesano que pretende vivir aisladamente en un pueblo del Cabo de Gata vendiendo sus artesanías, lo sepa o no, le guste o no, tiene una competencia global con productos que se pueden adquirir fácilmente con unos pocos click. Y de la misma manera la cultura se va globalizando cada vez más y puede convertirse en *tendencia* en Madrid un producto que lo está siendo en Estados Unidos como por ejemplo el *spinner*.

Viviendo en un mundo globalizado, y globalizándose aún más, dicen los expertos y los gurús de mucha índole que vivimos en un mundo **VICA** (o VUCA por su acrónimo en inglés) porque está caracterizado por:

² <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>

³ Mc Luhan, Marshall, *La galaxia de Gutenberg*, Origen Planeta, México, 1985.

- **la volatilidad.** De acuerdo con el DRAE volátil es «Mudable, inconstante» (3ª acepción) y en lo que se refiere a los mercados financieros es «inestable u oscilante» (4ª acepción). Esa mutabilidad e inconstancia hace referencia a otro término muy de nuestro tiempo: el cambio. Parece que todo está en constante cambio y que son cambios profundos y rápidos. La tecnología es muy cambiante y nadie sabe a ciencia cierta qué ocurrirá dentro de un año o dentro de dos. Los cambios son tan profundos que basta con mirar lo que hace el móvil actualmente y recordar lo novísima que es toda la tecnología que lo acompaña. El móvil ya es el reloj, cámara de fotos, ordenador en el que recibir el correo electrónico, el quiosco en el que se leen las noticias, la puerta de acceso a las redes sociales, el lugar que nos informa del tiempo que hará al día siguiente, el GPS, la cartera para guardar las entradas del cine o las tarjetas de embarque... Y quién sabe lo que haremos con él dentro de unos años o si todo se habrá transformado en otro aparato más pequeño y más potente.

Pero lo mismo ocurre con los bancos, los partidos políticos, las modas, los comercios de las calles: parece que todo cambia. Hay muchas frases y sentencias que se ponen de moda queriendo expresar este ambiente y quizás una de las buenas es la que dice: no estamos en una época de cambio, sino en un cambio de época.

- **la incertidumbre.** La certidumbre o certeza es, según el DRAE: «1. Conocimiento seguro y claro de algo. 2. Firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar». La incertidumbre tiene que ver con la imprevisibilidad, pues cuando algo es imprevisible desaparece ese conocimiento seguro y claro de lo que vaya a ocurrir. Si se me permite, es un concepto que está muy unido al de caso fortuito en el Código civil (art. 1105), que de acuerdo con las mejores interpretaciones supone que se produzca un suceso imprevisible e inevitable. La imprevisibilidad, como siempre ocurre en el Código civil, supone que el sujeto que está intentando alegar el caso fortuito debe desplegar una diligencia en la previsión que debe ser conforme a la naturaleza de la obligación y de acuerdo con las circunstancias de persona tiempo y lugar.

- **la complejidad.** Complejo, de acuerdo con el DRAE, puede ser tanto «Que se compone de elementos diversos», como complicado, esto es «Enmarañado, de difícil comprensión». Creo que la complejidad de la realidad actual tiene que ver con las múltiples interconexiones existentes. Véase lo que ocurre con los *memes* de internet⁴ que se vuelven virales: comienzan en un sitio y muy rápidamente se van desplazando hasta

⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Meme_de_Internet

ser vistos por miles y miles de personas. Un producto con un defecto en un lugar del mundo puede afectar a la reputación global de una compañía o un abuso policial en una calle puede provocar una reacción internacional.

Las redes sociales suponen la conexión de muchísimas personas y esta interconexión global comporta complejidad. Esa complejidad es «plana», horizontal, en el sentido de que no está organizada jerárquicamente, por lo que es muy difícil controlar lo que ocurre. Por eso no resulta nada claro el averiguar el porqué de las cosas, no se saben las relaciones causa – efecto: ¿por qué un determinado video se convierte en viral y es visto por millones de personas y no otro? No sé si es predecible, si existe una relación causa – efecto que muestre que un video se va a convertir en viral.

- **la ambigüedad.** En cuanto a qué es ambiguo, dice el DRAE, «Dicho especialmente del lenguaje: Que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión». En realidad, hoy es muy difícil «leer» lo que está pasando. Podemos ver lo que ocurre, pero no podemos interpretarlo, comprenderlo o existen diversas interpretaciones para el mismo hecho. La ambigüedad siempre ha existido, porque la riqueza de las interpretaciones forma parte del propio género humano, pero hoy en día ocurre que demasiadas cosas son tremendamente ambiguas con muchísimas posibles interpretaciones. Es decir: hay más cuestiones afectadas por la ambigüedad y la ambigüedad es más vasta. En estas condiciones, las posibilidades de error de interpretación aumentan considerablemente.

La globalización interactúa también con la llamada **posmodernidad**, como reacción a la modernidad que empezó a fraguarse en el siglo XX y ha encontrado una mayor expresión en el XXI. La posmodernidad reacciona a ideas como la de progreso y a las utopías modernas, algunas de las cuales habían devastado el mundo en la II Guerra mundial y tienen un cierto sabor de desencanto y de vuelta a lo individual y a la fragmentación⁵.

Es en esta posmodernidad y en este mundo VUCA, ocurren cosas como el triunfo de la llamada **posverdad**, lo que casi parece una consecuencia lógica de los parámetros planteados. Se ha llegado a plantear que la «verdad» ha muerto, igual que Nietzsche advirtió de la muerte de Dios. Esto habría ocurrido al sustituir la verdad, por las verdades de cada individuo, pues con un relativismo valorativo postmoderno no habría una verdad

⁵ Véanse las certeras descripciones realizadas a finales del s. XX por MINDA en *Postmodern Legal Movement* (Ed. New York University Press, 1995), en concreto el capítulo Postmodern Jurisprudence pp. 124 y ss.

sino muchas verdades, que además se teñirían con las emociones y creencias personales de cada una de los individuos, pues en la actualidad las emociones también generan verdad. Así, una concepción de verdad objetiva y empírica habría muerto.

En nuestro ámbito, el Derecho se ha convertido cada vez más en algo volátil, incierto, complejo y ambiguo⁶. La seguridad jurídica que demandamos muchas veces se ve atacada precisamente por estas características. La volatilidad hace que se reformen y contra reformen las normas, incluso las que crean sistemas, muy rápidamente. Por poner un ejemplo, el Código penal de 1995 ha sufrido más de 30 reformas, muchas de ellas de gran calado o el sistema educativo español ha sido sometido a cambios de orientación muy dispares que han durado como mucho 2 años.

Muy conectado con lo anterior, hay planteamientos filosóficos como el que hizo el filósofo polaco Zygmunt Bauman acuñando el término de la modernidad líquida⁷. Parece que las realidades, las instituciones y las identidades sólidas van desapareciendo y hay que estar constantemente adaptándose a un entorno cambiante, por lo que la identidad será maleable o voluble y nos vemos obligados a vivir en un cierto nomadismo. Si se me permite: quien esté anclado a algo parece que se ahogará y, en cambio, lo que hay que aprender es a hacer surf sobre las corrientes cambiantes que aparecen.

Sin duda, todo lo anterior está afectando de manera profunda a todo el Derecho y a las relaciones jurídico privadas. Así, podríamos hablar de un Derecho líquido en el que las viejas y tradicionales instituciones van desapareciendo y dando lugar a estructuras flexibles que cambian constantemente (pensemos en los cambios estructurales que está experimentado la familia). Igualmente podríamos descubrir un Derecho posmoderno, que ha renunciado a las grandes utopías y con un cierto desencanto y una gran fragmentación pretende únicamente regular instituciones aisladas, abdicando de la sistematicidad global que la codificación representó. Asimismo, se podría predicar la volatilidad, incertidumbre, complejidad y ambigüedad del propio Derecho actual...

A continuación, voy a reflejar algunos casos en los que las relaciones jurídico privadas se están viendo afectadas por la globalización. Lo siguiente no es exhaustivo en ningún sentido, ni están todos los supuestos, ni cada uno está estudiado en profundidad. Entonces, ¿para qué sirven estas páginas?, ¿cuál es su sentido en esta obra? Como advertí al principio, sin duda la globalización está afectando a la Constitución, pero también lo

⁶ MINDA, Jurisprudence in Transition en *Postmodern Legal Movement*, pp. 189 y ss.

⁷ *Vida líquida*. Barcelona. Paidós Ibérica. 2006. ISBN 978-84-493-1936-5

está haciendo a muchas relaciones que caen dentro del ámbito del Derecho civil y creo que es enriquecedor para quienes estudien lo primero, el saber lo segundo, porque el sistema jurídico no está tan fragmentado como para que se pueda abstraerse una parte de la otra.

3. – Familia y sucesiones

Siempre se ha pensado que el código civil está muy apegado al terreno concreto, sobre todo al que le vio nacer y por eso se le tacha, en ocasiones, de rural, antiguo, de tener un realismo colorista del pasado, de ser muy conservador... es verdad que instituciones como el matrimonio son realmente antiguas, pero también lo es que todo está cambiando.

El concepto de matrimonio en sí y la visión que del mismo se tiene ha cambiado bastante en los últimos años. Entre los cambios notables que se han producido son por ejemplo la cifra de divorcios anuales que, desde el año 2000, vienen superando los 100.000⁸, lo que ha cambiado, consecuentemente, la forma de entender el derecho de familia que cada vez se dedica más a la prevención de problemas que se puedan derivar de la futura ruptura, lo que influye tanto en el derecho patrimonial, como en previsiones que se hacen para lo que pueda ocurrir si se rompe el matrimonio. Los conocidos coloquialmente como *prenups (prenuptial agreement)* son contratos muy habituales en el mundo angloamericano y cada vez más en el nuestro, en el que se detallan provisiones fundamentalmente patrimoniales para el caso de ruptura. Del matrimonio como institución inalterable pasamos al matrimonio contrato-institución y finalmente al matrimonio contrato y, en estos tiempos que corren, parece que vamos a llegar en algunos casos a un matrimonio líquido, que no tendrá más que una vigencia temporal para una persona que encadenará matrimonios sucesivos.

La idea de contrato de fácil resolución se ha impuesto en el matrimonio, quizás basándose en que se trata de un contrato *intuitu personae*, basado en la confianza recíproca y que la confianza se puede perder sin necesidad de que se señale una causa.

Hay más cuestiones que son globales, como por ejemplo el debate sobre si incluir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo dentro del sistema jurídico. El matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido, dentro de la UE, en Holanda,

⁸ Véanse las Estadística de nulidades, separaciones y divorcios que viene haciendo desde 1998 el INE (<http://www.ine.es>).

Bélgica, España, Suecia, Portugal, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda, Finlandia y Alemania y también en Noruega e Islandia. Y lo llamativo de la globalización es que, si antes podía considerarse que los modelos de familia estaban muy atados a la cultura nacional, actualmente el debate sobre la admisión de este tipo de matrimonios es global. El hecho de que haya sido admitido en España y los argumentos que se usaron para defenderlo se reproducen en otros países y a la vez, las vicisitudes del debate en otros países son seguidas en España con el máximo interés. Como resultado de la globalización, muchos debates de Derecho de familia son globales.

Por un lado, se produce una cierta estandarización del derecho de familia que cada vez se parece más en todo el mundo, pero por otro persisten diversidades culturales regionales en la propia concepción de la familia. No me refiero a cuestiones religiosas (aunque quizás tenga algo que ver), sino a aspectos más económicos. En los países del sur de Europa, igual que en América Latina, la familia como red asistencial⁹ es muy importante, como se ha mostrado en muchos países en la reciente crisis económica. Los periódicos se llenaron de reportajes de personas concretas en los que se podía leer que toda una familia subsistía gracias a la pensión de uno de los abuelos por ejemplo. Esta red asistencial es diferente a lo que sucede en el norte de Europa o en Estados Unidos y tiene su importancia en el ámbito económico, pero también en el ámbito jurídico. La fragmentación y la individualización típica de la sociedad postmoderna, no alcanza la misma intensidad en el norte de Europa que en el sur y eso, en parte se debe a la concepción de la familia que se tiene.

En el derecho de sucesiones, estos tiempos de globalización son más propicios para normas liberalizadoras¹⁰. Los regímenes de legítimas forzosas parecen que tienen que ver con la familia como unidad de producción y con una riqueza troncal, que una generación recibe de la anterior y debe transmitir a la posterior. Sin embargo, cuando la riqueza la crean los individuos aisladamente y cuando la familia ha dejado de ser una unidad de producción, ¿por qué debe coartarse su libertad de testar?

4. – Los derechos reales

⁹ Actualmente han emergido conceptos como el de la sociedad de los cuidados en los que la familia tiene un importante significado. Véase por ejemplo la Lección inaugural del curso 2016-2017 en la Universidad Pontificia Comillas de Fernando VIDAL, https://www.comillas.edu/images/Documentos/Leccion_Inaugural_2016-2017_DEFINITIVA.pdf

¹⁰ Véase por ejemplo La subsistencia de la legítima. Un caso de pereza legislativa, Víctorio MAGARIÑOS BLANCO (<https://hayderecho.com/2017/02/08/la-subsistencia-de-la-legitima-un-caso-de-pereza-legislativa/>).

En el derecho patrimonial, la globalización está afectando de manera clara a todos sus ámbitos, lo que no es de extrañar, pues, una globalización económica como la que estamos viviendo, supone una alteración de las reglas que gobiernan el entramado jurídico a través del cual se desarrolla esa economía. Veamos algunos ejemplos.

Hace muchos años que se viene hablando de la defensa del medio ambiente a través de los derechos reales¹¹, lo que en realidad supone la defensa de «mi propio medio ambiente» a través de la defensa de «mi propiedad». Es lo que se podría denominar el «greening» de los derechos. El concepto de «greening» pasa por convertir en más ecológico un espacio, una industria, un estilo de vida... y es una de las múltiples tendencias que han aparecido en las últimas décadas. Así, el derecho de propiedad ha vivido su propio «reverdecimiento» al incorporar en su propio ser las tendencias ambientales. El razonamiento es sencillo: la propiedad es el derecho de usar y disfrutar de una cosa, lo que incluye de manera muy importante la facultad de goce. Para que pueda existir una efectiva facultad de goce de una finca es imprescindible que esa finca tenga un medio ambiente adecuado, o, al revés si se prefiere, una de las formas de impedir la facultad de goce de una finca es contaminar su medio ambiente. Si esto es así, el ataque al medio ambiente de una finca supondrá atacar la facultad de goce del derecho real de propiedad y, con las mismas, el derecho real de propiedad. De esta forma las acciones de defensa de la propiedad servirán para defender el medio ambiente de la finca: defender el medio ambiente es defender la propiedad y viceversa. Con este sencillo razonamiento se comprende qué significa el «greening» del derecho de propiedad, que se convierte en una eficaz herramienta en la defensa del medio ambiente, sin cambiar un ápice su construcción doctrinal o legal, sino simplemente acogiendo dentro de su facultad de goce la del goce de un medio ambiente adecuado. Como puede observarse, las ideas de ecología o de defensa del medio ambiente son más producto de la globalización que de los conceptos que aparecen en los Códigos civiles, pero sirven para resalutar los viejos conceptos. Por ello podríamos decir que la ecología, por ejemplo, hace reverdecer la propiedad (en los dos sentidos de greening y de rejuvenecer la figura).

Lo curioso de lo anterior es que la globalización está afectando en muchos campos, no mediante la introducción de nuevas ideas o nuevos conceptos, sino reformulando los ya existentes.

¹¹ Cfr. NAVARRO MENDIZABAL, Las inmisiones y molestias medioambientales. Tutela preventiva civil, Dykinson 1997.

Otras figuras clásicas de los derechos reales también se están viendo afectadas por la globalización, como la hipoteca. Es verdad que, en diversos países, con diferentes economías, hay dispares regulaciones de la hipoteca, pero también lo es que esta figura (o lo que sea parecido) ha estado en el corazón de la crisis financiera y de las crisis inmobiliarias que han afectado a cada país en función de su estructura económica. Siendo tan diferentes en todo, en Estados Unidos uno de los inicios del cataclismo fue la crisis de las hipotecas *subprime* y en España es común culpar también a la «alegría crediticia» y la burbuja inmobiliaria como causante en parte de la crisis. Resulta curioso que cualquier jurista español podría explicar las diferencias que hay entre la hipoteca española y la *mortgage* estadounidense, mientras que cualquier economista creerían que son lo mismo, porque prácticamente sirven para los mismos fines económicos.

En fin, la hipoteca como protagonista de la crisis y la hipoteca española alterada por las sentencias europeas. Vivimos unos tiempos en los que el TJUE dicta la más importante y disruptiva jurisprudencia sobre las hipotecas¹². La jurisprudencia europea ha cambiado hasta el Reglamento hipotecario¹³ y todo ello dentro de una crisis de carácter planetario que ha afectado muy gravemente a España: ¿no es un ejemplo claro de la globalización golpeando las relaciones jurídico privadas?

Otro ámbito en el que el proceso de globalización, mezclado con las tecnologías actuales, está siendo especialmente devastador es el de la propiedad intelectual. El art. 2 LPI dice que «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Sin embargo, hoy el mantenimiento de esa plena disposición y del derecho exclusivo resulta casi imposible.

El Consejo Económico y Social de la ONU emitió una declaración el 26 de noviembre de 2001 titulada «*Human rights and intellectual property*»¹⁴ en la que se concluye: «*The Committee considers of fundamental importance the integration of international human rights norms into the enactment and interpretation of intellectual property law. Consequently, States parties should guarantee the social dimensions of*

¹² Véanse por ejemplo sobre cláusulas abusivas SSTJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc – WL TJCE\2017\171); de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus – WL TJCE 2017\31); de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo - WL - TJCE\2016\309); de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz – WL TJCE\2013\89)...

¹³ Véase por ejemplo la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.) (WL TJCE 2012\143)

¹⁴ <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/statements/E.C.12.2001.15HRIntel-property.pdf>

intellectual property, in accordance with international human rights obligations to which they have committed themselves. An explicit commitment to do so and the establishment of a mechanism for a human rights review of intellectual property systems are important steps towards that goal». Si hasta la ONU se ve obligada a señalar que es necesario cohesionar la IP con los derechos humanos, es fácil adivinar cuál es la posición de los movimientos libertarios, partidos pirata, movimientos por el software libre, por la cultura libre...

El embate que está sufriendo la propiedad intelectual es enorme. Basta aproximarse a datos como los que revela «*Magnitude of counterfeiting and piracy of tangible products: an update*» de la OECD¹⁵, para darse cuenta de lo que está pasando, por no hablar de la escasa conciencia social que hay sobre lo que se debe proteger mediante la IP.

5. - Contratos

El concepto actual de contrato no es universal, en el sentido de que no ha existido siempre y en todo lugar, sino que su origen concreto podemos encontrarlo en el Code francés de 1804 y en él podemos ver reflejada la trilogía revolucionaria de libertad, igualdad y fraternidad. Baste recordar el art. 1255 CC: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». En este artículo parece que tenemos a dos contratantes que pueden negociar para lo que es prerequisite que tengan una cierta igualdad o un cierto equilibrio de poder, pues si uno es mucho más poderoso que el otro, más que negociación hay imposición. Y lo mismo ocurre en cuanto a la libertad que las partes tienen al entrar en la negociación y que continúa con la libertad de contenido expresado en una trilogía, expansiva desde el punto de vista lingüístico, que expresa con tremenda elegancia que se puede pactar de todo: «pactos, cláusulas y condiciones». En buena lógica, si dos partes libres e iguales o, al menos, equilibradas, alcanzan un acuerdo tras pactar lo que más les conviene, llegan a un cierto abrazo fraternal que es el contrato. Así, el contrato se convierte en la «fraternidad jurídica» concreta de las partes.

Los cimientos históricos (las *foundations* que podría decir un manual estadounidense) del concepto de contrato actual, en mi opinión, son tres fundamentalmente: ético, económico e ideológico.

¹⁵ <http://www.oecd.org/industry/ind/44088872.pdf>

El cimiento ético podemos encontrarlo en la decisiva influencia del Derecho canónico que fue tan importante para que naciera el concepto de contrato. Dicha influencia apuntó en la dirección de liberalización y espiritualización, de una manera peculiar, pero efectiva. La cuestión es sencilla: 1) los juramentos hay que cumplirlos, lo que es una obligación moral de veracidad y 2) si se establece una obligación con un juramento, aquella habrá que cumplirla porque la obligatoriedad deriva del juramento. Es una sencilla manera de sacudirse todo el formalismo y ritualismo que existía en los contratos en la Edad Media.

Véase que desde los albores del concepto de contrato existe una obligación moral de cumplirlos. La inmensa mayoría de los contratos se cumplen de manera espontánea, sin que haya que exigir el cumplimiento, con la misma naturalidad que se paga el café que se acaba de tomar, pues todos sentimos que los contratos hay que cumplirlos. Hay un componente ético evidente en los contratos, que es el que impulsa a su cumplimiento. También es verdad que este componente ético de los contratos se está diluyendo en algunos ámbitos. En el ámbito del Derecho del consumo, el consumidor no se siente obligado con quien contrata, más que a un escrupuloso cumplimiento de lo que debe y exige lo pactado e incluso las expectativas que le han generado, más allá de lo concretamente contratado.

El pilar económico podemos descubrirlo a la vez que el propio nacimiento del Derecho mercantil. En los conflictos jurídicos que se producían entre comerciantes, en los que en muchas ocasiones había varias legislaciones aplicables, se solía mantener el principio *solus consensus obligat*. Realmente esto era una clara exigencia del tráfico. Sin pecar de materialismo a ultranza o de marxismo, es evidente que la realidad económica influye en el Derecho (no diré que lo determina, pero la existencia de una influencia es innegable). Ocurre que la integración económica que lentamente se iba produciendo iba exigiendo una cierta unidad de legislaciones. Y para la unidad de legislaciones entre comerciantes se preferiría renunciar en todo lo posible a las formalidades, que en muchas ocasiones son rigideces locales. Si un artesano de Barcelona quería vender sus productos en Bilbao, Badajoz, Madrid y Sevilla, querría que todos los contratos estuvieran sometidos a la misma normativa y desde luego le resultaría un embrollo si en cada una de las plazas tuviera que colmar formalidades distintas. Por eso no es de extrañar que este

tráfico entre comerciantes militara en *pro* de una unidad del concepto de contrato vertebrada en torno a la libertad formal y al *solus consensus obligat*¹⁶

El contrato es la herramienta fundamental de la sociedad de mercado. Todo lo que entra en el tráfico económico, lo hace con un contrato. No hay sociedad de mercado sin contrato, pero más todavía, los cambios que se producen en el propio mercado, se realizan también con contratos que van variando. Una sociedad económicamente globalizada exige contratos globalizados, si no, ¿cómo podría prestar sus servicios Facebook o Google, por ejemplo?

Por último hay que mencionar la base ideológica que está detrás y que tiene que ver con la idea de que la generadora de las obligaciones es la propia voluntad que se manifiesta en el contrato. La voluntad como generadora de obligaciones es una idea con la que están de acuerdo todos los pensadores revolucionarios y también DOMAT Y POTHIER. El art. 1134 del Code prescribe: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*» (muy parecido al art. 1091 CC). El contrato es realmente una de las ideas clave del pensamiento revolucionario. Como concepto que encarna la idea de libertad se puede aplicar a casi todas las esferas de la vida. Desde el punto de vista jurídico-económico el contrato rompe obstáculos y rigideces del antiguo régimen y beneficia el movimiento de bienes, servicios y propiedades, lo que favorece a la clase ascendente, la burguesía, y engrasa la maquinaria necesaria para comenzar a crear un desarrollo industrial. La idea de contrato resulta tan seductora en este período que todo parece poder explicarse como un contrato. Definitivamente pasa a considerarse un contrato por ejemplo el matrimonio, de tal forma que existen derechos y obligaciones mutuos y la posible resolución del mismo en caso de incumplimiento a través del divorcio. Hasta la integración del hombre en la sociedad se hace a través de un contrato social por el que todos los individuos que vivimos en sociedad estamos obligados por el solo hecho de vivir en sociedad. El contrato, para un liberal de los de entonces, con unas

¹⁶ Nótese que una realidad económica integrada exige una cierta unidad jurídica, lo que es algo parecido a lo que está ocurriendo con la normativa de la UE por ejemplo en protección de consumidores. El mismo ejemplo propuesto, pero con un fabricante de Vitoria que quiere vender sus productos en las ciudades de Berlín, París, Roma Lisboa y Madrid haría pensar que este fabricante quiere tener las mismas normas en todos los sitios en los que va a vender su mercancía. Dicho de otro modo, lo que le resultaría insoportable es tener que realizar producciones diferentes según el sitio en que va a vender y que eso derivara de los requisitos exigidos por la normativa, por lo que cuanto más pueda unificar todo el proceso, incluyendo el contrato, mejor que mejor.

ideas tan libertarias que pueden parecer anarquistas, es una expresión más de la Libertad. Es la forma de superar la aparente contradicción que se puede producir entre considerar al hombre libre y que deba asumir obligaciones. Para uno de esos liberales el hombre es esencialmente libre y su libertad es plena: es 100% libre. Con el contrato, este hombre libre, en uso de su libertad y de su voluntad: se obliga a sí mismo, se obliga porque él quiere. De esta forma la obligación pasa a ser una nueva prueba de su libertad, pues se obligó en uso su libertad.

Este concepto liberal del contrato fue asumido por el Code y posteriormente se copió o influyó en otros CC como el nuestro, de forma tan vigorosa como las propias ideas revolucionarias se propagaron por Europa y se fueron institucionalizando en los países.

5. 1. - El contrato estandarizado, las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas

Sin embargo, este contrato negociado entre partes iguales y libres no es el más normal actualmente. Los contratos que se están celebrando por miles cada instante son de consumidores comprando en este mundo económicamente globalizado. No siempre existe libertad para contratar, pues no se es libre, por ejemplo, para vivir con o sin agua, electricidad... La trilogía revolucionaria no existe como sustrato del contrato, pues no hay libertad, ni igualdad y tampoco fraternidad.

En este ambiente ha surgido con mucha fuerza el Derecho de consumidores. Hay que tener en cuenta que toda la globalización económica se produce en una sociedad de mercado que favorece un consumo masivo que se hace a través de una contratación masiva.

Una de las primeras consecuencias de la globalización económica fue la estandarización de los contratos. Este proceso es algo que se fue gestando en el s. XIX y eclosionó en el XX. Ya en 1917 escribía Isaac NATHAN «The Standardizing of Contracts» en *The Yale Law Journal*¹⁷ en el que se hacía eco de una serie de reflexiones como que la historia del progreso podía concentrarse en una evolución del status (algo más propio de sociedades feudales) al contrato como vehículo de intercambio. Así, se pasó de amo y sirviente a empleador y empleado, porque en un caso eran status y en otro una relación contractual. Sin embargo con la pérdida de la libertad contractual y su

¹⁷ Publicado en FISHER, HORWITZ y REED (Editores), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp 82 y ss.

estandarización, se estaba superando la idea de libertad y progreso que el contrato suponía.

El contrato de adhesión es aquél en el cual el oferente propone condiciones a una gran masa de público en general de manera desindividualizada y el aceptante simplemente se adhiere o no al mismo. El contrato de adhesión se separa del concepto de contrato que parece latir tras el art. 1255 CC, cuando dice que los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones, pues no es un contrato negociado e individualizado, sino masivo¹⁸. Prácticamente todo lo que llevamos encima en cualquier día normal ha sido adquirido a través de un contrato de adhesión: desde la ropa interior, hasta los zapatos, pasando por los bolígrafos, gafas o el ordenador portátil. Los contratos de adhesión, más que una extraña categoría contractual, son, cuantitativamente, los contratos más habituales y diarios.

Los contratos de adhesión son la forma a través de la cual se realiza el consumo en masa típico de la sociedad en la que vivimos y es consecuencia de la centralización de los poderes de decisión en la producción y en la distribución y no en el campo de la demanda: supongamos que una persona se presenta en diversos grandes almacenes queriendo comprar una camiseta que sea naranja por delante y verde por detrás, con el logo de los Rolling Stones en la manga derecha y el nombre Herbert von Karajan en la izquierda, pues se considera una persona de gustos muy amplios. Probablemente en cada una de las tiendas que visite le enseñarán lo que hay y puede que incluso le digan que el naranja ya no está de moda. Este consumidor tendrá que elegir entre lo que hay, adherirse o no al contrato de compraventa que le ofrezcan en algunas de esas tiendas.

Esto afecta incluso a los contratos que realizamos. Pensemos en las empresas que suelen agruparse bajo el acrónimo GAFA: Google, Amazon, Facebook y Apple. Cuando usamos Google, la empresa sabe lo que estamos buscando y archiva esos datos y trafica con ellos, porque nosotros le hemos dado permiso. Cosas parecidas pasan en Facebook, porque como ya vamos sabiendo que si algo es gratis, es que tú eres el producto. Y podríamos seguir viendo supuestos de globalización que afectan a los contratos, pues ¿dónde se redactan la política de privacidad que usa Google o la de Facebook o los contratos de Amazon? Los contratos que usan son tan globales como las propias empresas.

¹⁸ Véase la *STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088)*.

Las ventajas de este tipo de contratos son indudables, pues sería imposible el tráfico económico actual sin ellos. Favorecen la simplicidad, la rapidez y el tráfico económico general. Hoy por hoy, no es imaginable que cada consumidor pudiera negociar un contrato individualizado y adquirir un producto hecho a medida cada vez que quisiera comprar un producto de consumo: sería impensable que el Consejo de administración de Iberdrola tuviera que sentarse a negociar con cada cliente.

El consumo de productos en masa se realiza a través de la contratación masiva, pues cada producto se adquiere por un contrato. Siendo esto así, no parece que haya vuelta de hoja y no se puede anatemizar en conjunto la contratación masiva y los contratos de adhesión. Salvo que se pretenda vivir en una comuna anarco primitivista aislada del mundo en que vivimos, nadie puede sustraerse a los contratos de adhesión. En sí mismos, esencial y ontológicamente, no son malos ni abusivos, aunque pueden dar lugar a abusos. Que una de las partes sea la única que influye en el contenido del contrato y que la otra sólo pueda adherirse, puede generar situaciones en las cuales la primera abuse de su poder ante la posición de inferioridad que tiene el consumidor¹⁹. Por ello se ha generado una **reacción jurídica** para, cautelarmente, evitar la incorporación de cláusulas abusivas y/o desconocidas por el adherente. Esta respuesta jurídica se ha hecho a través de la regulación de las condiciones generales de contratación en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993. En España la regulación se encuentra en la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre Condiciones generales de la Contratación y en el TRLGDCyU que ha incorporado la normativa sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que estaba en la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁰.

Quizás, lo más llamativo es el concepto de cláusula abusiva que aparece en el art. 80 LGDCyU al fijar los **requisitos** que deben tener las cláusulas no negociadas individualmente:

«a) **Concreción, claridad y sencillez** en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

¹⁹ Véase por ejemplo la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088).

²⁰ En otros países se ha incorporado una referencia a las condiciones generales de contratación en el propio CC como los arts. 1341 dedicado a las condiciones generales de contratación y 1342 sobre contratos concluidos a través de modelos o formularios del Codice Italiano.

b) **Accesibilidad y legibilidad**, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...).

c) **Buena fe y justo equilibrio** entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Como se puede ver, el grandísimo avance de esta ley es la letra c) al exigir buena fe y, sobre todo, justo equilibrio. Ya no se trata de que el consumidor pueda conocer la cláusula y aceptarla, sino de que ésta no genere un desequilibrio entre las partes contratantes. Habiendo un desequilibrio en la formación del contrato, pues una de las partes predispone al contenido, la ley busca que ese desequilibrio original no se traduzca en un desequilibrio material en el contenido contractual.

5. 2. - La defensa de la competencia y las prácticas desleales con los consumidores

La protección del mercado se ha convertido en una de las banderas principales dentro del mundo de los contratos. No sólo no se discute el mercado, sino que las ideas progresistas en esta materia son las que buscan una defensa de un mercado más claro, más transparente y más comprensible para el consumidor, sobrentendiéndose que si se logra lo anterior, será un mercado más justo.

Los antiguos vicios del consentimiento regulados en los Códigos civiles son superados por las prácticas comerciales desleales con los consumidores. En el fondo son conceptos muy parecidos en lo cualitativo, aunque diferentes en la intensidad. En el Código civil, el dolo, el error, la violencia y la intimidación nos presentan lo contrario a un consentimiento libre, por lo que podríamos inducir que una voluntad contractual libre es aquella que está bien informada (la verdad os hará libres), porque tiene un conocimiento verdadero de la realidad (no hay error), ni está sometido a ninguna maquinación que le quiera engañar y además no está sometido a amenazas, coacciones ni violencias. Pues bien, las prácticas desleales son: acción engañosa; omisión engañosa; práctica agresiva²¹... Inciden en los mismos puntos, pero con muy diferente intensidad. Así, se está creando unos consumidores cuyos umbrales de protección son muy altos e igualmente sus expectativas lo son y hay que cuidarles para que no se vean frustrados en lo que esperaban. ¿No es esto un reflejo de lo que está pasando en muchos otros ámbitos? Por ejemplo, personas que se sienten muy gravemente ofendidas por acciones que en otros

²¹ Véanse los arts. 4 y ss de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

tiempos serían casi irrelevantes o ciudadanos con unas expectativas tan altas que transitan de leer un libro del tipo Las 5 claves del éxito a otro como Cómo superar la frustración.

5. 3. - Garantías y responsabilidad

En el ámbito de las garantías y de la responsabilidad que están dentro de lo que ocurre cuando se incumple un contrato la globalización se extiende por todos los contratos. Empresas como Amazon u otras que son plataformas que ponen en relación a oferentes de productos y servicios con potenciales consumidores, desde Airbnb, hasta Backmarket operan de manera global. Desde Madrid puedo comprar un iPhone de segunda mano que ha sido «reacondicionado» en cualquier otro país y por supuesto que hay garantías y responsabilidades si el producto no cumple las especificaciones o es defectuoso y causa daños.

La UE se esfuerza denodadamente en regular la protección de consumidores, porque si se fragmentara la legislación, el mercado no podría ser único. Pero más allá, la globalización va exigiendo una regulación globalizada y poco pueden hacer los casi impotentes legisladores nacionales. Facebook dicta sus normas, Google sabe lo que hemos buscado...

En esta materia existen dos tipos de regulaciones que tiene diferente intensidad en su protección. Por un lado están las garantías que buscan que el producto que recibe el consumidor sea conforme con lo que contrató y, si no lo es, podrá pedir la sustitución o reparación y la rebaja del precio o resolución del contrato²².

En la parte más dura del incumplimiento encontramos la normativa sobre productos defectuosos que causan daño y la responsabilidad civil. La expansión desaforada del derecho de daños comenzó en la segunda mitad del s. XX y todos conocemos casos de lo más estrambóticos

El caso, que en Europa puede parecer ridículo, que se puede utilizar para glosar el exceso es el de Liebeck v. McDonald's Restaurants, conocido como el caso del café de MacDonald's. El 27 de febrero de 1992 Stella Liebeck, de 79 años, compró un café que le valió 49 céntimos en la ventanilla de autoservicio de un McDonald's en Albuquerque (Nuevo México). El café se le cayó encima y tuvo quemaduras de tercer grado en las piernas por las que demandó a McDonald's. Se aplicó la compensación de culpas (*comparative negligence*), pues el jurado entendió que McDonald's era responsable en un 80%, mientras que Stella del restante 20%, por lo que se redujo la indemnización por

²² Véanse los arts. 114 y ss de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

daños compensatorios a 160.000 dólares y se concedieron daños punitivos de 2,7 millones de dólares (los beneficios por la venta de café de 1 ó 2 días), aunque esta cantidad se redujo por el Juez a 480.000 (3 veces los compensatorios). El fallo fue recurrido y se cerró por un acuerdo extrajudicial no conocido en todos sus extremos²³.

Un caso como éste ha dado lugar a todo tipo de críticas, desde las que sirven para divertirnos a los juristas como los célebres *Stella Awards* que se conceden a los casos más escandalosos, vergonzosos o ridículos, hasta críticas demoledoras contra el sistema realizadas por juristas estadounidenses.

Los pleitos se replican de país en país e incluso los demandantes y sus abogados buscan víctimas allí donde las haya para mejorar sus pretensiones. Esto ha ocurrido hace poco, por ejemplo, con la cómoda Malm de Ikea que en España no ha sido retirada del mercado, pero desde la página web te hacen la advertencia de «No te olvides de sujetarlo a la pared».

El Derecho de daños también se ha globalizado.

6. – Conclusiones

El Derecho se ha globalizado. Todo el Derecho y también el Derecho privado. Hoy en día, incluso se puede hablar de una evolución global del Derecho, como si las diversas Historias del Derecho fueran confluyendo hacia un río común.

Ante la realidad de la globalización económica, la respuesta del Derecho (o su falta de respuesta) también es global, por lo que podemos hablar por ejemplo de un auténtico Global Business Law, más allá del fragmentario derecho nacional. Y digo fragmentado, porque con derechos nacionales sólo se podrá dar respuesta a los problemas globales de manera fragmentada. Y creo que de las peores cosas que pueden pasar es que ante una realidad económica integrada, muchas veces liderada por empresas que son auténticos colosos económicos, solo se pueda dar una respuesta fragmentada nacional. Dicha fragmentación puede poner en peligro incluso un efectivo rule of law en las grandes operaciones económicas globales. Y si el rule of law se quiebra, los que más ganarán en cada momento serán los más poderosos.

²³ En el Reino Unido se intentó un caso similar: *Bogle v. McDonald's Restaurants Ltd.*, en el que se resolvió que McDonald's debía servir el café y el té caliente para satisfacer a sus clientes, por lo que lejos de ser una negligencia hacerlo era su obligación. Y es que, si compramos un café y está frío, probablemente habría un incumplimiento contractual (si se quiere hasta una falta de conformidad con el contrato) de tal forma que se podría pedir la sustitución de ese café por otro caliente. Por eso me resulta chocante que en algunos vasos de café de cadenas comerciales se diga: «el líquido *puede* estar caliente» (*could* en inglés), pues realmente el líquido *debe* estar caliente (*should*).

El Derecho privado está siendo afectados por la globalización y por los tiempos VUCA que corren. Así, tenemos:

- Volatilidad:

* la legislación en general y también la de Derecho privado es tremendamente volátil.

* los contratos pasan a ser volátiles, lo que alcanza a todo lo que se había «contractualizado». Se cambia de compañía de teléfono, de cafetería, de empresa prestadora de servicios audiovisuales, de trabajo y hasta de matrimonio con mucha más rapidez que antes.

- Incertidumbre:

* la incertidumbre lleva a la necesidad de garantizarlo todo o de ofrecer / necesitar de garantías para todo.

- Complejidad: la complejidad del sistema jurídico agrava constantemente los problemas que existen y todavía más si se tiene en cuenta la deficiente técnica legislativa que se emplea. El sistema jurídico en sí mismo es la obra de ingeniería abstracta más compleja existente, con una grandísima interrelación entre todas las piezas: cuando se toca un artículo de una determinada ley, es más que posible que eso tenga consecuencias en muchas otras partes del sistema. Pues bien, se está reformando y parcheando constantemente sin que se puedan realizar planteamientos sistemáticos, lo que agrava la complejidad y asistematicidad del sistema.

- Ambigüedad: la ley siempre parece tener algo de ambiguo para los expertos de las ciencias experimentales. Los científicos de estas ciencias nos miran a los juristas con sorpresa, porque a veces creen que todo es «mucho más sencillo» y que «los abogados lo lían todo». La ley, aun clara, permite cierta interpretación, Pero hoy en día la ambigüedad va más allá y la fragmentación, la posmodernidad y sus consecuencias llegan hasta atacar la seguridad jurídica.