

The background features a large, faint watermark of the UNED seal. It is a circular emblem with a central star and the letters 'UNED' in the center. The Latin motto 'SAPIENTIA MOBILIBVS' is inscribed around the perimeter of the seal.

TESIS DOCTORAL

AÑO 2022

**HACIA UNA UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA
GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA**

ALMUDENA PILAR COSTA DE MAZARREDO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN UNIÓN EUROPEA

**DIRECTORA: PROF^a. DRA. MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR
CODIRECTORA: PROF^a. DRA. LOURDES TEJEDOR MUÑOZ**

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

**HACIA UNA UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA
GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA**

Almudena Pilar Costa de Mazarredo
Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Directora: Prof^ª. Dra. María Paz Pous De La Flor
Codirectora: Prof^ª. Dra. Lourdes Tejedor Muñoz

AGRADECIMIENTOS

La Unión Europea es una realidad que nos concierne a todos los ciudadanos que somos testigos de su creación, evolución y futuros objetivos, procedentes de distintos Estados, con distintas culturas y lenguas, que compartimos y queremos compartir una unión económica, política, jurídica y social sin precedentes. Esta realidad, y su futuro, es lo que me llevó a plantear esta investigación comenzaba años atrás, que ha ido madurando junto con los distintos acontecimientos que se han sucedido durante la misma (como el Brexit, la pandemia o distintos cambios legislativos) y que han reforzado esa idea de unión, esa idea de querer formar parte y contribuir a una unión más fuerte y consolidada, desde mi humilde punto de vista, planteando una unificación jurídica en la Unión Europea. Quisiera agradecer, en primer lugar, a todas aquellas personas que creen y contribuyen al desarrollo de esta “Unión” en la que vivimos y compartimos.

Esta investigación ha sido posible, gracias al apoyo, sabios consejos y dirección de la Prof^a. Dra. María Paz Pous De La Flor y de la Prof^a. Dra. Lourdes Tejedor Muñoz. Muchas gracias por vuestra guía, ánimo, correcciones y aportaciones durante todos estos años. También agradezco al personal del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia su apoyo y maravillosa gestión de este Programa de Doctorado en Unión Europea.

Doy las gracias a los Miembros del Tribunal que ha de valorar la Tesis que se presenta, por aceptar el encargo y brindar su tiempo, conocimientos y dedicación a la lectura y presentación del resultado de esta investigación.

Quisiera dedicar una línea de especial agradecimiento a mi familia, amigos y colegas de profesión que tanto me han escuchado hablar durante todos estos años de mi investigación, me han ayudado, animado y apoyado constantemente, a seguir adelante y continuar con un proyecto que despertó en mí un interés especial por la investigación y amor por el Derecho. Gracias a mis padres, Almudena y Antonio, por vuestras enseñanzas, por animarme a comenzar este trabajo, con vuestro absoluto apoyo incondicional, fe y ánimo durante este viaje. Gracias a mi marido, Ignacio, mi compañero de tesis, por tu generosidad y comprensión, por escucharme y animarme sin descanso durante todo este proyecto y acompañarme junto con mi portátil durante todos estos años. Gracias amigos y compañeros, todos me habéis apoyado y os habéis interesado, me habéis escuchado y me habéis brindado vuestros comentarios y conocimientos.

No hay líneas suficientes para expresar todo mi agradecimiento. De corazón, muchas gracias a todos.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	3
ABREVIATURAS.....	11
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	15
I. INTRODUCCIÓN.....	15
II. FUNDAMENTOS Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.....	29
3.1. Contexto histórico.....	30
3.2. Contexto económico-social.....	32
3.3. Contexto político.....	35
3.4. Contexto jurídico.....	37
CAPÍTULO II. POSIBLES VÍAS PARA LLEGAR A UNA UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	43
I. INTRODUCCIÓN.....	43
II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y OTRAS TÉCNICAS INTERNACIONALES DE UNIFICACIÓN.....	44
III. LOS PROYECTOS EUROPEOS.....	57
3.1. Perspectiva académica.....	58
3.1.1. La Comisión Lando.....	59
3.1.2. La Academia de Pavía.....	61
3.1.3. El <i>Common Core Group</i>	62
3.1.4. El <i>Study Group on a European Civil Code</i>	63
3.1.5. El <i>Acquis Group</i>	64
3.2. Perspectiva institucional.....	66
3.2.1. Planes de Acción y el <i>Draft of Common Frame of Reference</i>	66
3.2.2. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a “una Normativa Común de Compraventa Europea”.....	91
3.2.3. La Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.....	109
IV. LAS MEDIDAS DE ARMONIZACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO.....	116
4.1. Inicio de la política comunitaria en materia de consumo.....	118
4.2. Contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores.....	123

4.3. La protección del consumidor europeo en el siglo XXI.126
 4.4. La adopción de un instrumento de protección de los derechos de los consumidores. .136
 4.5. La Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.141

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE LA UE.....153

I. INTRODUCCIÓN.....153
 II. DERECHO ESPAÑOL.....159
 2.1. Concepto de contrato.161
 2.2. Requisitos del contrato.....166
 2.3. Los vicios del consentimiento.....177
 2.3.1. Error177
 2.3.2. Violencia e intimidación181
 2.3.3. Dolo.....183
 2.4. Formación del contrato.186
 2.5. Incumplimiento del contrato.190
 III. DERECHO FRANCÉS.....211
 3.1. Concepto de contrato.213
 3.2. Requisitos del contrato.....215
 3.3. Vicios del consentimiento.....218
 3.3.1. Error218
 3.3.2. Dolo.....220
 3.3.3. Violencia.....221
 3.4. Formación del contrato.224
 3.5. Incumplimiento del contrato.230
 IV. DERECHO ITALIANO.....240
 4.1. Concepto de contrato.241
 4.2. Requisitos del contrato.....243
 4.3. Vicios del consentimiento.....248
 4.3.1. Error249
 4.3.2. Violencia250
 4.3.3. Dolo.....250
 4.4. Formación del contrato.252
 4.5. Incumplimiento del contrato.255
 V. DERECHO ALEMÁN.....263
 5.1. Concepto de contrato.264

5.2.	Requisitos del contrato.....	267
5.3.	Vicios del consentimiento.....	272
5.3.1.	Error.....	272
5.3.2.	Dolo.....	274
5.3.3.	Amenaza.....	274
5.4.	Formación del contrato.....	275
5.5.	Incumplimiento del contrato.....	281
VI.	EL DERECHO INGLÉS Y EL <i>COMMON LAW</i>	289
6.1.	Concepto de contrato.....	290
6.2.	Requisitos del contrato.....	293
6.3.	Los vicios del consentimiento.....	299
6.3.1.	Error.....	299
6.3.2.	Dolo.....	301
6.3.3.	Violencia, intimidación e influencia indebida.....	303
6.4.	Formación del contrato.....	305
6.5.	Incumplimiento del contrato.....	309
CAPÍTULO IV: INSTRUMENTOS RELEVANTES DE UNIFICACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA.....		323
I.	INTRODUCCIÓN.....	323
II.	PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATOS.....	324
2.1.	Ámbito de aplicación.....	328
2.2.	Concepto de contrato.....	332
2.3.	Requisitos del contrato.....	333
2.4.	Los vicios del consentimiento.....	338
2.4.1.	Error.....	338
2.4.2.	Dolo.....	340
2.4.3.	Amenaza.....	341
2.5.	Formación del contrato.....	346
2.6.	Incumplimiento del contrato.....	352
III.	LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA.....	370
2.1.	Ámbito de aplicación.....	378
2.2.	Carácter facultativo y requisitos para la aplicación de la CESL.....	386
2.3.	Concepto de contrato.....	389
2.4.	Requisitos del contrato.....	390

2.5. Los vicios del consentimiento.....	391
2.5.1. Error.....	391
2.5.2. Dolo.....	393
2.5.3. Amenaza y explotación injusta.....	394
2.6. Formación del contrato.....	397
2.7. Incumplimiento del contrato.....	403
CAPÍTULO V: LA PROPUESTA DE UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UE.....	409
I. INTRODUCCIÓN.....	409
II. MÉTODO PARA LA UNIFICACIÓN JURÍDICA.....	417
2.1. Unificación jurídica mediante un instrumento de aplicación obligatoria.....	418
2.2. Unificación jurídica a través de reglas no vinculantes.....	421
2.3. Unificación jurídica a través reglas vinculantes de aplicación voluntaria.....	423
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	432
IV. <i>BETTER RULES</i>	440
4.1. Concepto de contrato.....	440
4.2. Requisitos del contrato.....	445
4.3. Los vicios del consentimiento.....	457
4.3.1. Error.....	457
4.3.2. Dolo.....	460
4.3.3. Violencia.....	461
4.4. Formación del contrato.....	468
4.5. Incumplimiento del contrato.....	475
CONCLUSIONES.....	491
BIBLIOGRAFÍA.....	505
LEGISLACIÓN.....	523
Legislación internacional.....	523
Legislación europea.....	523
Legislación española. Otras propuestas y resoluciones.....	527
Legislación francesa. Otras propuestas y resoluciones.....	527
Legislación italiana.....	527
Legislación alemana.....	527

Legislación inglesa.....	528
RESOLUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CITADAS	529
RESOLUCIONES JUDICIALES.....	537
Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	537
Resoluciones españolas.....	539
Resoluciones francesas	546
Jurisprudencia italiana	548
Resoluciones alemanas	549
Resoluciones inglesas	551
PÁGINAS WEB DE REFERENCIA	555

ABREVIATURAS

ACQP	<i>Acquis Principles</i> (Principios Acquis)
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
Apdo.	Apartado
B2B	<i>Business to business</i>
B2C	<i>Business to consumers</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Federal Supremo alemán)
C2C	<i>Consumers to Consumers</i>
CB	Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1.968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
CCI	Cámara de Comercial Internacional
CE	Comunidad Europea
CEC	Código Europeo de Contratos
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CESL	<i>Common European Sales Law</i> (Normativa Común de Compraventa Europea)
CFR	<i>Common Frame of Reference</i> (Marco Común de Referencia)
Cit.	Citado
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CR	Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
CVCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías
DCFR	<i>Draft of Common Frame of Reference</i> (Proyecto del Marco Común de Referencia)
DIPr	Derecho Internacional Privado
Directiva CCB	Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (2.019)
Directiva CSCD	Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenido y servicios digitales (2.019)
Directiva DCONSUM	Directiva sobre derechos de los consumidores (2.011)
Directiva VBC	Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1.999)

DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ELI	<i>European Law Institute</i> (Instituto de Derecho europeo)
GADAL	Grupo para la Armonización del Derecho de Obligaciones en América Latina
IASB	<i>International Accounting Standards Board</i> (Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad)
<i>Ibid.</i>	En lugar de <i>ibidem</i> (“en el mismo lugar”). Indica que la referencia que se cita es la misma que la citada en la nota inmediatamente anterior.
IMCO	<i>Internal Market and Consumer Protection</i> (Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor)
INCOTERMS	<i>International Commercial Terms</i> (Términos Internacionales de Comercio)
ISDA	<i>International Swaps and Derivates Association</i> (Asociación Internacional de Swaps y Derivados)
JURI	<i>European Parliament's Committee on Legal Affairs</i> (Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo)
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación (España), de 13 de abril de 1.998
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España), de 16 de noviembre de 2.007
LIBE	<i>European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs</i> (Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior)
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
Núm.	Número
OHADA	<i>Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires</i> (Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil)
OHADAC	<i>Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe</i> (Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe)
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
Pág.	Página
PECL	<i>Principles on European Contract Law</i> (Principios de Derecho Europeo de los Contratos)
PEL	<i>Principles on European Law</i> (Principios de Derecho Europeo)
PCC-APDC	Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2.018)
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (2.009)
Pos.	Posición

Propuesta de Directiva CCVL	Propuesta de Directiva sobre los contratos de compraventa en línea (2.015)
Propuesta de Directiva CSCD	Propuesta de Directiva sobre los contratos de suministro de contenidos digitales (2.015)
Propuesta de Reglamento CESL PYME	<i>Vid.</i> CESL. Propuesta de Reglamento sobre una Normativa Común de Compraventa Europea (2.011) Pequeñas y Medianas Empresas
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos
RRI	Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)
RRII	Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)
RRU 2000	Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios
SEPD	Supervisor Europeo de Protección de Datos
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCC	<i>Uniform Commercial Code</i> (Código de Comercio uniforme)
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)
UE	Unión Europea
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
<i>Vid.</i>	Véase
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de Procedimiento Civil alemán)

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

Vivimos en un mundo de constantes cambios. A lo largo de la historia, la humanidad ha sido testigo de grandes acontecimientos que han desviado los objetivos económicos, políticos, sociales y jurídicos hacia otros que en un momento dado se han revelado como más eficaces para superar o mejorar determinadas situaciones. La globalización ha generado una aceleración del tiempo histórico que no se podía prever en los primeros momentos en que se inició el proceso de integración europea, toda vez que han cambiado las condiciones desde el momento inicial en el siglo XX en que nació la Unión Europea (UE) con el anhelo de acabar con los frecuentes conflictos entre vecinos que habían culminado en la Segunda Guerra Mundial¹. Llegado el momento, la UE incorporó a la otra mitad de Europa por medio de un proceso de integración política y económica sin precedentes. Estos éxitos permitieron a la UE convertirse en la primera potencia económica mundial, con un mercado único y una moneda única.

La historia de la UE nos muestra los progresos que se han ido llevando a cabo desde sus orígenes. En este sentido, la UE se configura no sólo como un espacio que combina democracia política, eficiencia económica, equidad social y sostenibilidad medioambiental, sino que además ofrece un modelo único en el que sus ciudadanos tienen la posibilidad de escoger los representantes que decidirán sobre los grandes temas que les afectan². Como puso de relieve la Comisión Europea en su Comunicación sobre la Estrategia Europa 2020, de 3 de marzo de 2010³, Europa puede tener éxito si actúa colectivamente, como “Unión”. Es necesaria una estrategia que convierta a la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. Todas las políticas, instrumentos y actos jurídicos de la UE, así como los instrumentos financieros, deberían movilizarse para perseguir los objetivos de la Estrategia.

Con el objetivo de contribuir a esta “Unión” colectiva que supone la UE desde un punto de vista jurídico, la presente Tesis se enmarca en el ámbito de la unificación jurídica como instrumento de integración y, en concreto, plantea una propuesta de unificación de una materia fundamental en el día a día de todos los ciudadanos: de los principios, reglas y elementos

¹ Unión Europea, “La historia de la UE”, acceso en mayo de 2020. Disponible en Web: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_es

² CALDERÓN, A.; SOLS, L., “Europa, en la encrucijada”, *Cristianisme i Justícia*, 188, 2014, pág. 25.

³ Comisión Europea. *Comunicación sobre “Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, 3 de marzo de 2010, pág. 2.

necesarios que regulan la formación de los contratos y el campo de aplicación de la autonomía de la voluntad, esto es, de la Teoría General de los Contratos.

Y ello, en orden a facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, eliminando el factor de incertidumbre e inseguridad jurídica que conlleva la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos en la UE; toda vez que consideramos que el nivel de unificación jurídica existente no es suficiente para eliminar los obstáculos en el mercado interior y las distorsiones de la competencia que afectan a las empresas y a los consumidores, así como para avanzar en el proceso de integración europea. Cada día empresas y ciudadanos se enfrentan con la realidad de las trabas que conllevan las actividades transfronterizas, que persisten pese a la existencia legal del mercado único. Se dan cuenta de que las redes no están suficientemente interconectadas y que la aplicación de las normas sobre el mercado único es desigual. A menudo, las empresas y los ciudadanos todavía tienen que vérselas con sistemas jurídicos diferentes para una única transacción⁴. En particular, los comerciantes han de hacer frente a costes adicionales relacionados con el Derecho Contractual que derivan de la necesidad de adaptarse a los requisitos jurídicos de cada Estado miembro a donde dirigen su actividad⁵. Superar estos obstáculos entraña costes de transacción, los cuales pueden definirse como aquellas cantidades que los agentes han de afrontar para obtener la información que el otro tiene respecto de la transacción. Si estos costes son muy elevados el grado de incertidumbre también lo será, lo que puede terminar por dificultar y estancar el mercado respecto de determinadas clases de transacciones. Estos costes de transacción aumentan proporcionalmente al número de Estados miembros a los que exporta un comerciante, pues cuanto mayor es el número de países a los que exportan, mayor es la importancia que atribuyen los comerciantes a las diferencias entre las normativas contractuales como obstáculo al comercio. Estos costes tienen mayor incidencia en las pequeñas y medianas empresas

⁴ O, en otras palabras, “*Las divergencias normativas de un Estado miembro a otro son obstáculos a la libertad de circulación de bienes y servicios. Disuaden a los operadores de traspasar las fronteras nacionales*”; según GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M.; PÉREZ VERA, E.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Lección 24. Las obligaciones contractuales”, en *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 509.

⁵ Por ejemplo, si una empresa está interesada en extender sus ventas a diferentes zonas geográficas en la UE que le son desconocidas, tendrá que asumir un fuerte riesgo financiero y/o de prestigio para lograrlo. La empresa requerirá, en la mayoría de los casos, realizar una fuerte inversión inicial en estudios de mercado, de los ordenamientos jurídicos extranjeros, publicidad y posiblemente muchos de estos costes serán irrecuperables. Entonces, si cualquier otra empresa, después de lograr con éxito la penetración al nuevo mercado por la empresa original, puede introducir dicho producto, sin internalizar los costes asumidos por la primera empresa, y como consecuencia de ello, a precios más baratos, dejará fuera del mercado a la empresa original, que invirtió para introducir el producto. Siguiendo este ejemplo, muchas empresas se abstendrían de realizar transacciones transnacionales en tanto en cuanto otra empresa de su mismo sector no haya llevado a cabo la primera penetración en el mercado extranjero, lo que supone una ralentización de la economía; según BARCIA LEHMANN, R., “Los Contratos Desde La Perspectiva Del Análisis Económico Del Derecho”, *Ius Et Praxis*, 4, 2, 1998, pág. 151.

(PYME), pues el coste que supone penetrar en varios mercados extranjeros es particularmente elevado en relación con su volumen de negocios. Asimismo, en sus relaciones, las PYME han de aceptar a menudo la aplicación de la ley de sus socios comerciales y soportar los costes de transacción que entraña el hecho de tener que investigar el contenido de la ley extranjera aplicable al contrato y cumplirla. Tanto en los contratos entre empresas como en los concluidos entre empresas y consumidores, estos costes de transacción adicionales para las PYME pueden ser incluso desproporcionados con respecto al valor de la transacción. En este sentido, el Derecho⁶, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costes de transacción. Es decir, las normas jurídicas sirven como complemento a la voluntad de las partes para regular aquellos puntos en las que éstas no se han puesto de acuerdo, de forma que, en la medida en que se acerquen a la hipotética voluntad de las partes, mayor será el ahorro para ellos en costes de transacción⁷.

A lo anterior hay que sumar el surgimiento de una auténtica revolución digital que conlleva una progresiva desterritorialización de los espacios, una desactualización de los ordenamientos jurídicos y una desmaterialización de los bienes, dando lugar a un abandono de las normas provenientes del Estado o de la UE y al surgimiento de otras alternativas de creación de normas (como contratos modelo, principios no vinculantes o condiciones generales de la contratación)⁸. Además, la evolución de la contratación electrónica a través de Internet ha cambiado el modelo tradicional de empresa, que posibilita que cualquier operador, aún con recursos escasos, se convierta en una empresa global⁹. Sin embargo, en nuestra opinión, las soluciones que brinda actualmente el ordenamiento jurídico a esta nueva forma de contratación no son suficientes y no responden a los problemas que se plantean en el ámbito de la contratación.

Por consiguiente, consideramos que los costes de transacción relacionados con el Derecho Contractual se reducirían significativamente si los contratos concluidos pudieran basarse en una única Teoría General de los Contratos europea, con independencia del lugar en el que estén establecidas las partes, con el objetivo de calcular las consecuencias legales de sus actuaciones. Dicha Teoría General de los Contratos debería abarcar todo el ciclo de vida de un contrato,

⁶ POSNER, R.A., "El análisis económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en desarrollo", *Revista De Economía y Derecho*, 2, 7, 2005, pág. 3.

⁷ ROCA GUILLAMÓN, J., "Armonización, Unificación y Modernización Del Derecho De Obligaciones y Contratos (Notas Para Una Reflexión)", *Derecho De Obligaciones. XVI Jornadas De La Asociación De Profesores De Derecho Civil*, Zaragoza, 16, 2012, pág. 8.

⁸ CASTILLO PARRILLA, J.A., "El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de consumidores. De la Propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, 2016, pág. 47.

⁹ HEREDIA CERVANTES, I., "Consumidor Pasivo y Comercio Electrónico Internacional a Través De Páginas Web", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 5, 2001, pág. 70-72.

incluyendo soluciones acordes a la actual revolución digital. En nuestra opinión, lo anterior podría potenciar el avance en la integración europea, creando una fuerte identidad de ciudadanía europea, promoviendo el mercado interior en la UE, con vistas a que las empresas puedan competir en un entorno global y los consumidores puedan actuar en el mercado de manera más activa, maximizando los beneficios, minimizando los costes que las relaciones puedan generar e impulsando de esta forma el poder económico de los Estados miembros de la UE en un contexto globalizado.

II. FUNDAMENTOS Y ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación parte de los siguientes elementos: la elección de la unificación jurídica como instrumento adecuado para facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior y el ámbito material de dicha unificación jurídica, esto es, la Teoría General de los Contratos. La Tesis está estructurada conforme a dichos elementos, de forma que el lector podrá entender por qué se escogen los mismos como punto de partida de la investigación para llegar a la conclusión de que es necesaria una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos y, por tanto, la presentación de la propuesta contenida en la propia Tesis.

El Capítulo II abarca el análisis de distintas vías que podrían permitir llegar a una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos aplicable en los Estados miembros. Y ello, a efectos de valorar cómo llegar a una unificación jurídica como método adecuado para facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior. En nuestra opinión esta valoración se basa en diversas razones: por un lado, cabe destacar que la unificación jurídica en la UE no ha tenido lugar principalmente a través de la unificación del Derecho material, sino a través del Derecho Internacional Privado (DIPr), si bien el propio Derecho de la UE lo excluye como instrumento adecuado para potenciar el mercado interior europeo, ya que las alternativas se acercan más a la creación de un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales, mediante la técnica del DIPr. Por tanto, nosotros entendemos que el DIPr no puede considerarse como una vía para la unificación del Derecho material, sino como un medio complementario para conseguir la unificación del Derecho. También desde el ámbito académico e institucional se han llevado a cabo ambiciosos proyectos frecuentemente impulsados por las propias Instituciones de la UE, que han aportado relevantes propuestas en la unificación del Derecho Contractual, como son los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), elaborados por la Comisión Lando y presentados en 2.001; o, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*,

CESL), de 11 de octubre de 2011¹⁰. Sin embargo, dichos proyectos no han llegado a adoptarse de forma oficial por las Instituciones de la UE.

Y, por otro, el hecho de que hasta ahora se han adoptado medidas de carácter sectorial (especialmente en el ámbito del Derecho de Consumo) mediante el recurso a la armonización a través de Directivas promulgadas por la UE, dando lugar a ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común¹¹, pero distintos en muchos aspectos. Como consecuencia, los Estados miembros tienen la posibilidad de mantener o introducir requisitos obligatorios más estrictos que los previstos en el acervo. En la práctica, este enfoque ha dado lugar a soluciones divergentes en los Estados miembros, incluso en ámbitos que ya estaban armonizados a escala de la UE¹². En otras palabras, las diversas materias en las que se han ido dictando Directivas han dado lugar a ordenamientos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos, lo cual plantea de nuevo la diversidad de los Derechos nacionales¹³. De este modo, sostiene VALPUESTA GASTAMINZA que resulta ilusorio hablar de un mercado único cuando en la UE hay distintos Derechos Contractuales aplicables, y en un contrato entre nacionales de distintos países debe determinarse el Derecho aplicable conforme al DIPr, y luego operar conforme a él¹⁴, siendo en la mayoría de los casos desconocido para una de las partes. En esta misma línea, DE LOS MOZOS afirma que *“ya nadie imagina que por el sistema de las Directivas se pueda resolver la diversidad existente entre los diversos ordenamientos comunitarios, puesto que sólo sirven para resolver aspectos muy sectoriales y concretos del derecho de los contratos y no siempre considerados desde un riguroso punto de vista jurídico, lo que da lugar a*

¹⁰ Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final - 2011/0284 (COD) C7-0329/11, 11 de octubre de 2011.

¹¹ En particular, en las diversas Directivas sobre protección de consumidores se han consolidado una serie de pautas, casi principios comunes, algunos de los cuales quizás podrían generalizarse a otras situaciones de Derecho Privado. Entre esos principios cabe destacar los siguientes: cierto contenido obligatorio del contrato (deberes de información), neo-formalismo, fijación de un derecho de desistimiento *ad nutum* para distintas relaciones jurídicas, eliminación de cláusulas abusivas, disponibilidad de las cláusulas contractuales, inversión de la carga de la prueba, derivación hacia un sistema civil de responsabilidad objetiva, fijación de reglas procesales hábiles (acciones colectivas, procedimientos abreviados, sistemas extrajudiciales, entre otros), admisión de la modificación contractual por cambio sobrevenido de las circunstancias o frustración de la base negocial, así como la naturaleza imperativa de bastantes reglas de consumo; según CÁMARA LAPUENTE, S., “El Hipotético Código Civil Europeo: ¿Por Qué, Cómo y Cuándo?”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2002, pág. 366.

¹² COM (2011) 635 final, *Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 5.

¹³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La Propuesta de Normativa Común De Compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la UE, lastrado por la protección al consumidor”, *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 5, 1, 2013, pág. 204; también CÁMARA LAPUENTE, S., 2002, *Op. Cit.*, pág. 356.

¹⁴ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 199-200.

*numerosos problemas al tratar de aplicarlas dentro de cada ordenamiento, como nos lo demuestra la experiencia, incluida la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, sin que se consiga, por otra parte, el deseado acercamiento entre los diversos ordenamientos”*¹⁵.

En consecuencia, entendemos que el resultado a día de hoy sigue siendo la diversidad jurídica, porque existen muchas Directivas, no siempre coordinadas entre sí, con regulaciones válidas sólo para ese ámbito. Por ello, el comerciante no sólo tiene que contemplar la Directiva, sino la forma en que cada país la ha transpuesto. Y ello, debido a que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento Roma I (RRI)¹⁶, siempre que un comerciante haya dirigido sus actividades a consumidores en otro Estado miembro, debe cumplir el Derecho Contractual de ese Estado miembro¹⁷. En caso de que las partes hayan elegido otra ley aplicable y que las disposiciones obligatorias de protección de los consumidores del Estado miembro del consumidor prevean un nivel de protección más elevado, deben respetarse estas disposiciones obligatorias. Por consiguiente, los comerciantes han de saber de antemano si la ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor ofrece un mayor nivel de protección y asegurarse de que su contrato cumpla los requisitos que en ella se establecen.

La actual diversidad legislativa, por tanto, justifica la elección de la unificación jurídica como método adecuado para facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior. Y ello, frente al recurso a la armonización, toda vez que los términos “armonización” y “unificación” suelen utilizarse de forma equivalente, pero poseen distinto alcance. De hecho, LANDO ya se preguntó en su momento si en Europa, así como en el mundo, es necesario unificar o armonizar el Derecho Contractual. Y, si se debe producir una unificación o armonización, la siguiente pregunta es cómo debe hacerse¹⁸. Siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS, la primera tiene un carácter más flexible y no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos, constituyendo una etapa intermedia entre los resultados de la comparación entre ordenamientos y la unificación propiamente dicha. Esta última, por el contrario, requiere la existencia de un texto común que resulta de directa aplicación para el operador jurídico, constituyendo la garantía óptima de la

¹⁵ DE LOS MOZOS, J.L., “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía”, *Diario La Ley*, 5629, 2002, pág. 7.

¹⁶ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008).

¹⁷ TJUE. As. 190/11. Daniela Mühleitner vs. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi. Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Por ejemplo, en este asunto se consideró que una Web en alemán, que contenía un código de marcación internacional, estaba dirigido a consumidores en Austria.

¹⁸ LANDO, O., “Some features of the law of contract in the third millennium”, *Scandinavian studies in law*, 2000, 40, pág. 345.

continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de una mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. Así, la unificación y la creación del Derecho es expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones comerciales internacionales¹⁹.

Ahora bien, en orden a alcanzar una mayor comprensión de la unificación jurídica como un método adecuado, conviene exponer *ex ante* su definición y fundamentos. Así, el proceso de unificación jurídica implica tomar una decisión previa en favor de la codificación, siendo viable siempre que se proceda de manera gradual y discreta²⁰. Por ello, habría que preguntarse en primer lugar, ¿qué se entiende por “código” y por “codificación”? Desde el punto de vista histórico, el proceso de codificación ha venido respondiendo: por un lado, a la unificación de las legislaciones nacionales, esto es, la codificación ha facilitado, en numerosas ocasiones, un objetivo político de unidad allí donde había fuentes jurídicas heterogéneas; y, por otro, a la simplificación de la legislación vigente, lo que ha sido frecuente en los sistemas de *Common Law*²¹. El “código”, por tanto, es la norma básica por excelencia de cada rama del Derecho, representando un despliegue de su régimen en principio completo²². Los códigos están considerados como uno de los símbolos de la soberanía. Se puede empezar con las Siete Partidas (1.265-1.263), o bien la adopción de los cinco Códigos franceses por las nuevas Repúblicas independientes de América Latina a principios del siglo XIX. La misma motivación operó en países que lograron su independencia tras la Primera Guerra Mundial, entre ellos, Checoslovaquia, Polonia y Yugoslavia. Así, el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB–, 1.898), siguiendo el *Codice Civile* italiano (1.865), son ejemplos de un medio de unificación nacional²³.

El término “codificación” fue acuñado por primera vez por un filósofo inglés, BENTHAM, quien reconoció que la codificación no puede prever todos los casos; no obstante, su importancia radica en que provee una regla general para anticiparse a una serie de situaciones, con normas flexibles, conceptos y principios generales²⁴. El término tiene dos significados

¹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Derecho de los Negocios Internacionales”, en *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, 2011, pág. 58.

²⁰ RUBIO GUERRERO, R., “Globalidad, Integración y Arbitraje (Entrevista a Alejandro M. Garro)”, *THÉMIS-Revista De Derecho*, 42, 2001, pág. 213.

²¹ HALSON, D.R., “A Common Lawyer’s Perspective on Contract Codes”, *Jersey and Guernsey Law review*, 15, 2, 2011, pág. 5.

²² CLAVERO SALVADOR, B., “La idea de código en la ilustración jurídica”, *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pág. 3-4.

²³ BAYITCH, S.A., “La codificación en el derecho civil y en el Common Law (Estudio comparativo): primera parte”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7, 1970, pág. 3-30.

²⁴ HALSON, D.R., 2011, *Op. Cit.*, pág. 3-4.

diferentes aunque relacionados: uno, alude a un método particular de creación del Derecho; y otro, enfatiza los resultados de la elaboración del Derecho y sugiere un código²⁵. Muchos autores se han pronunciado acerca del significado del término. Desde el punto de vista del *Common Law*²⁶, podríamos citar a DAINOW²⁷, quien define un código como un “*documento amplio e integrado que trajo agrupada y simplificada una gran masa de materiales confusos y dispersos (...). Una codificación consolida y aclara la ley en un determinado momento. Ésta no cristaliza en una norma fija y permanente, pero ofrece realmente un comienzo fresco o una pizarra clara, con la cual continuar el interminable proceso de la evolución del Derecho*”. Por ello, un código debería caracterizarse por las “*cualidades necesarias de flexibilidad y adaptación, así como los requisitos fundamentales de estabilidad y de predicción*”.

Desde el punto de vista del *Civil Law*²⁸, podríamos destacar a LOBINGER, quien ve en la codificación un medio moderno de legislación que se distingue por la entereza lograda a través

²⁵ BAYITCH, 1970, *Op. Cit.*, pág. 3-30.

²⁶ Otros autores también se han pronunciado sobre el significado del término “código” desde el punto de vista del *Common Law*, como: MORROW, quien define el código como un “*cuerpo de conceptos compactos y sistemáticamente arreglado a la manera de artículos de código, adaptando los intereses humanos en competencia a las ideas humanas del siglo XX en lo que respecta a los fines del orden social y legal (...) en lenguaje claro y ordinario. Los códigos son en sus respectivos campos (...) unidades vitales y amplias: sistemáticos, coherentes, consistentes, autosuficientes, poseyendo solidaridad textual y lógica interdependencia*”; y, como tales, “*reemplazan completa e irrevocablemente todo el Derecho casuista existente*”. ATKINSON quien define los códigos como “*colecciones de todo el Derecho legislado en vigencia*”, adoptando por tanto la posición del *Common Law* el sentido de que las codificaciones son meras consolidaciones de la legislación ya promulgada. Asimismo, aboga por que los códigos sean completos en el sentido de que abarquen todo el Derecho en el área respectiva, incluyendo la interpretación jurisprudencial. Finalmente, ATKINSON postula que los códigos sean sistemáticos y claros y tan uniformes en su aplicación como sea posible. También YNTEMA define la codificación como “*un esfuerzo para simplificar, sintetizar y sistematizar las leyes del mundo mediante legislación positiva*”. Asimismo, para STONE, codificación es un “*método para la formulación del Derecho escrito opuesto al Derecho no escrito*”, sugiriendo la identificación del Derecho escrito con el Derecho codificado”. Dicho Derecho escrito debe estar “*arreglado de acuerdo con algún sistema*” y, consecuentemente, “*tratado como un simple género y necesariamente por expertos*”, agregando así dos nuevos elementos: la autosuficiencia de un código y el papel de los expertos en su elaboración. Autores citados en BAYITCH, S.A., 1970, *Op. Cit.*, pág. 3-30.

²⁷ Autor citado en BAYITCH, S.A., 1970, *Op. Cit.*, pág. 3-30

²⁸ En este sentido, cabe destacar también a los siguientes autores que también se han pronunciado sobre el significado del término “código” desde el punto de vista del *Civil Law*: para DAVID, el propósito romano-germánico de un código es dar a los ciudadanos no reglas aplicables directamente a sus problemas sino más bien reglas más generales ordenadas en un sistema, de donde por un esfuerzo sencillo, puedan deducir fácilmente la forma en que sus problemas deberán ser resueltos. GENY, quien ve que la codificación “*no es únicamente la transposición del Derecho no escrito al Derecho escrito (...) sino más bien su sistematización sobre la base de un plan amplio*” para poder “*aclarar obscuridades, dudas, inconsistencias, eliminar detalles y repeticiones inútiles, reducir su alcance, popularizar su estudio y facilitar su aplicación*”. HIRSCH, por su parte, ve la codificación como un vehículo destinado a regular un área definida de la vida en sociedad, de una manera uniforme y exclusiva, reemplazando todas las costumbres previas e inconsistentes, las *mores* y el derecho. Una definición contemporánea del término puede encontrarse en el historiador TARELLO, quien mantiene

de la inclusión de todo el Derecho que gobierna la materia; mediante el arreglo lógico, científico y conveniente; y mediante la “*fraseología clara y concisa, evitando la prolijidad así como la ambigüedad*”. También podemos acudir a ZIMMERMANN²⁹ a efectos de exponer una definición más contemporánea: “*A codification, therefore, aims at presenting its subject matter as a logically consistent entity of legal rules and institutions. It thus promotes the internal coherence of the law and makes it more easily comprehensible. And it supplies both the conceptual tools and the intellectual matrix for the further development of the law. The third characteristic of a codification, therefore, is its systematic nature (...) a fourth element has to be added to the definition of a codification, and this has to do with the form of the texts contained in a codification (...). Modern codifications, however, even if their style of legal drafting displays considerable differences, tend to make clear that they are not intended to be a contribution to an academic discourse but that they are to be observed and applied in practice*” (“*Una codificación, por tanto, tiene como objetivo presentar la materia como una entidad lógica coherente de normas e instituciones jurídicas. De este modo, promueve la coherencia interna del Derecho y lo hace más comprensible. Y proporciona tanto las herramientas conceptuales como la matriz intelectual para el desarrollo posterior del Derecho. La tercera característica de una codificación, por tanto, es su carácter sistemático (...) hay que añadir un cuarto elemento a la definición de codificación, que tiene que ver con la forma de los textos contenidos en una codificación (...). Sin embargo, las codificaciones modernas, aunque su estilo de redacción jurídica muestre considerables diferencias, tienden a dejar claro que no pretenden ser una contribución a un discurso académico, sino que deben ser observadas y aplicadas en la práctica*” –traducción propia a efectos informativos–).

Sin perjuicio de las distintas definiciones que han venido dando los autores, se pueden deducir una serie de rasgos comunes en torno a los términos de codificación y unificación jurídica: (i) el resultado conlleva a un cuerpo de reglas legales consistentemente formuladas y reducidas a lo escrito; (ii) estas reglas son adoptadas por una autoridad competente; (iii) se trata de reglas generales que se relacionan con la regulación de grandes áreas de la vida en sociedad, por ejemplo, el Derecho Privado, el Derecho Comercial, el Derecho Penal, el Derecho Aéreo o Derecho del Trabajo; y, (iv) el cuerpo de reglas debe ser amplio en su alcance y sistemáticamente reglado. No obstante, se aprecian una serie de diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*. En cuanto al primero, el término codificación significa Derecho legislado

que los códigos “*contienen tan sólo series de normas, que vienen concebidos como monumentos unitarios, consideradas dichas normas como coherentes y sistemáticas, que establecen teóricamente una disciplina exhaustiva (salvo leyes tenidas precisamente por especiales) de todas las relaciones pertenecientes a una rama individualizada por la unidad de su materia*”. Autores citados en BAYITCH, S.A., 1970, *Op. Cit.*, pág. 3-30.

²⁹ ZIMMERMANN, R., “Codification: the civilian experience reconsidered on the eve of a Common European Sales Law”, *De Gruyter*, 2012, pág. 372-373.

o el llamado Derecho escrito, distinguiéndose del Derecho no escrito que incluye no sólo las costumbres, sino también la jurisprudencia (Derecho casuista). Por su parte, el *Civil Law* considera que el área a codificar debe ser coherente, uniforme, significativa y dotada de principios generales propios lo que satisfará el requisito de la autonomía. Por otra parte, los distintos factores que han conducido a los procesos de codificación pueden agruparse en: (i) motivaciones que persiguen exclusivamente metas técnico-jurídicas, tales como la necesidad de una claridad y accesibilidad del Derecho, siendo así declarativa en su naturaleza y puede ser calificada de estática. Este factor es común en el *Civil Law* y en el *Common Law*; y, (ii) motivaciones que utilizan la codificación como un medio de lograr metas políticas o socio-económicas definidas, y puede ser calificado de dinámico en su naturaleza. En este sentido, en casi todos los tipos de codificación del *Common Law* la función de la codificación es estática, debido al mecanismo dotado por la jurisprudencia, el cual no sólo se desarrolla más rápidamente que los procedimientos legislativos normales, sino que también ajusta el caso existente y el Derecho legislado a las cambiantes situaciones sociales, económicas o ideológicas con lo cual hace que el recurso de la acción legislativa sea menos urgente³⁰.

Lo anterior conduce a la segunda cuestión, esto es, el ámbito material de la unificación jurídica, pues la misma requiere una hábil selección del tema, para que la realidad acotada sea asumible para el grupo que pretende la unificación³¹, siendo en este caso la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE. Y ello dado que, de acuerdo con ROCA GUILLAMÓN, el contrato como instrumento para canalizar y ordenar jurídicamente la autonomía privada, es el medio más adecuado para facilitar la necesidad de las transacciones e intercambios de bienes y servicios³². Como sostiene DÍAZ-AMBRONA, es el negocio jurídico por excelencia³³. El mercado no es otra cosa que intercambio de derechos de propiedad y esto requiere de contratos y, por lo tanto, de un sistema legal que potencie el intercambio. De esta manera, las leyes tienen consecuencias sobre las acciones e incentivos de los individuos y, por extensión, sobre el intercambio y el funcionamiento eficiente del mercado³⁴. Es, por ello, que se estima esta materia fundamental para contribuir a la integración en la UE y facilitar las transacciones y la celebración de contratos en el ámbito comunitario. Además, los operadores internacionales necesitan certeza respecto a la regulación de los distintos aspectos de la formación de sus

³⁰ BAYITCH, S.A., 1970, *Op. Cit.*, pág. 3-30.

³¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 62-64.

³² ROCA GUILLAMÓN, J., 2012, *Op. Cit.*, pág. 7.

³³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D., "Capítulo VI. Derecho de la Contratación", en *Derecho Civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2018, pág. 177.

³⁴ CACHANOSKY, J. C., "Economía, Derecho y El Análisis Económico Del Derecho", *Revista De La Facultad De Derecho*, 14, 1998, pág. 6.

contratos, lo que no siempre viene proporcionado por las regulaciones estatales³⁵. Motivo por el cual en esta investigación hemos seleccionado los principales aspectos que afectan a la formación y terminación de los contratos, esto es: el concepto de contrato, los requisitos para entender concluido un contrato, los vicios del consentimiento, el proceso de formación del contrato y el incumplimiento contractual. Y ello, sin perjuicio de que consideramos que una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos debería abarcar un ámbito material más extenso, completo y detallado, pero la envergadura de tal proyecto requeriría una investigación posterior de toda la materia.

Una vez realizada la tarea de selección del ámbito material, debe comenzar una fase de estudio de los sistemas nacionales que pretenden unificarse, que en este caso conlleva el análisis de la regulación contenida en cada uno de los Estados miembros de la UE, que debe ir acompañada del empleo correcto del método comparado para localizar las causas de la diversidad legislativa³⁶. Estudio que en la presente investigación exponemos en el Capítulo III, centrado en la regulación de la Teoría General de los Contratos en algunos sistemas jurídicos europeos. Dada la extensión de un análisis de la regulación existente en los veintisiete Estados miembros de la UE, hemos seleccionado los siguientes ordenamientos jurídicos con el objetivo de investigar las similitudes y diferencias en la regulación de la Teoría General de los Contratos: español, francés, italiano, alemán e inglés. Dichos ordenamientos jurídicos han sido seleccionados dada su relevancia, por cuanto estimamos que: (i) son expresión de las dos principales familias jurídicas presentes en Europa: el *Common Law* y el *Civil Law*, entre las que existen diferencias sustanciales, sin perjuicio de que actualmente está teniendo lugar una paulatina convergencia entre ambos; (ii) la propia UE se configura como un sistema jurídico mixto, motivo por el cual se ha llevado a cabo el análisis del Derecho inglés, como sistema representativo del *Common Law* en Europa (sin perjuicio de que Reino Unido ya no es miembro de la UE); (iii) ejemplifican en muchos aspectos la modernización del Derecho en la actualidad, por ejemplo, a través de la reforma de la regulación de la Teoría General de los Contratos en el Derecho francés o las propuestas que han tenido lugar en el Derecho español, pero que no han llegado a gozar de carácter oficial; (iv) representan el Derecho germánico, distinto al Derecho Napoleónico contenido en el Código francés y español, así como aquellos países que siguieron el Derecho Napoleónico pero con influencia germánica, motivos por los que hemos considerado el estudio de los ordenamientos alemán e italiano.

³⁵ LARA AGUADO, A., “Capítulo II.14. La oferta y la aceptación contractuales”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 1.

³⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 62-64.

Por otro lado, el Capítulo IV analiza los principales instrumentos que estimamos que han tenido mayor incidencia en el ámbito del Derecho Contractual en la UE, esto es, por un lado, los Principios del Derecho Europeo en materia de Contratos (PECL), toda vez que entendemos se trata de la recopilación de principios comunes y generales del Derecho Contractual europeo con mayor relevancia y repercusión entre las distintas compilaciones realizadas por grupos académicos en la UE. Y, por otro, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL; Propuesta de Reglamento CESL), al constituir ésta la primera Propuesta oficial que ofreció un conjunto de normas que abordaban una Teoría General de los Contratos en la UE, junto con la regulación del régimen jurídico del contrato de compraventa.

Apunta FABRE-MAGAN que esta fase de estudio puede seguir las siguientes técnicas³⁷: por un lado, la búsqueda de normas comunes en los distintos sistemas jurídicos, denominado como “Enfoque seleccionador”, método que es ineficaz habida cuenta de que resultaría un cuerpo normativo menos evolucionado y adaptado a las necesidades actuales en el seno de la UE, pues brindaría una protección mínima y dejaría de lado los progresos normativos alcanzados en muchos ordenamientos jurídicos a lo largo de décadas; y, por otro, la integración de todas las normas de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados, conocido como “Enfoque cumulativo”, el cual tampoco sería eficiente, ya que resultaría un cuerpo de normas de una considerable complejidad jurídica.

En opinión de MANTOVANI, es inevitable que prevalezcan –por razones culturales o políticas– modelos extraídos de uno u otro ordenamiento nacional o sistema jurídico, y ello en menoscabo de los otros y de las propias raíces comunes³⁸. Ello significa, según HESSELINK, que una respuesta lógica es desarrollar una técnica que dé solución a los interrogantes legales existentes con base en los materiales disponibles, opinión con la que estamos de acuerdo. Sin embargo, las técnicas legales desarrolladas en un determinado sistema legal no son universales, sino que pertenecen a ese sistema en concreto, con independencia de que las técnicas de dos sistemas legales puedan ser muy similares, especialmente cuando estos dos sistemas legales tienen valores políticos, económicos y sociales muy parecidos. Llegados a este punto, consideramos importante llamar la atención sobre las distintas perspectivas existentes relativas a la europeización del Derecho Privado, en el cual se integra el Derecho Contractual, a saber: nacionalista, europeísta y dualista. Desde el punto de vista de la perspectiva nacionalista, la europeización del Derecho Privado es un proceso que afecta y modifica los sistemas nacionales

³⁷ FABRE-MAGAN, M., “Defects of Consent at in Contract Law”, en HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H., *Towards a European Contract Code*, 2, The Hague, 1998, pág. 219-228.

³⁸ MANTOVANI, D., “El Derecho Romano Después De Europa. La Historia Jurídica Para La Formación Del Jurista y Ciudadano Europeo”, 2006, pág. 361.

de Derecho Privado. Este proceso da lugar a que la mayor parte del Derecho Privado sea de origen doméstico, aunque una parte creciente del mismo sea origen extranjero. Este enfoque se centra en cómo integrar estos elementos extranjeros en el sistema de origen. Por el contrario, desde el punto de vista europeísta, todo el Derecho Privado de la UE forma parte de un sistema integrado, centrándose en la interacción entre los diferentes niveles de gobernanza en Europa y cómo puede ser alcanzada la coherencia y convergencia de la legislación en dicho sistema multinivel. Mediante este proceso, gran parte del Derecho Privado está regulado a nivel europeo, mientras que otra parte sigue estando regulada a nivel nacional. Por último, desde la perspectiva dualista, cada Estado miembro tiene dos sistemas: el nacional y el europeo. Los dos sistemas son complementarios, es decir, cada Estado miembro tiene su propio Derecho Privado y, además, todos comparten un sistema común de Derecho Privado europeo. Por tanto, el enfoque dualista busca encontrar el límite entre los dos sistemas³⁹.

Es, por ello, por lo que la investigación nos conduce al siguiente Capítulo V, esto es, la formulación de una propuesta de unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, lo que requiere de una decisión previa sobre el método idóneo para llevar a cabo la unificación jurídica, pues la misma no puede alcanzarse sin un procedimiento coordinado de todos los sujetos actuantes en el mismo, pues un código debe atenerse a un método y ser norma⁴⁰. Siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS, la diversidad de los métodos que pueden utilizarse para la unificación del Derecho de los negocios transnacionales requiere distinguir brevemente los existentes. Una clasificación simple distinguiría entre las fórmulas flexibles que no implican obligatoriedad alguna para los Estados, pues no sustituyen a las legislaciones nacionales, pero que presentan el inconveniente de su mayor inseguridad (denominado como *soft-law* o Derecho blando o no vinculante); de las fórmulas basadas en un Convenio internacional, que tienen la ventaja de prevalecer sobre parte de las reglamentaciones internas de los Estados e imponer su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las de tráfico externo (denominado como *hard-law* o Derecho vinculante). Sin embargo, restringen su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado. Al lado de estas fórmulas, estaría la unificación generada en una organización de integración económica como la UE donde la unificación vendrá a través de los actos normativos propios de su Derecho derivado⁴¹. En cualquier caso, el método de unificación debe tener en cuenta los propios valores comunitarios, así como los principios imperantes en el ordenamiento jurídico de la UE.

³⁹ HESSELINK, M.W., "The Common Frame of Reference as a source of European Private Law", *Tulane Law Review*, 83, 4, 2009, pág. 932-937.

⁴⁰ CLAVERO SALVADOR, B., 1979, *Op. Cit.*, pág. 3-4.

⁴¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 62-64.

Una vez establecido el método idóneo para la unificación jurídica, deberemos determinar un ámbito de aplicación (personal, material y territorial) de la propuesta acorde a las circunstancias actuales, así como el contenido de tal propuesta agrupando una serie de normas que se consideren mejores que las existentes (*better rules*). Ello no obsta a que sea necesaria una labor de búsqueda de normas comunes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, así como una labor de comparación en cuanto a las diferencias legislativas existentes en cada uno de los ordenamientos, teniendo en cuenta también la regulación contenida en las modernas propuestas de unificación. Y ello, a efectos de que podamos establecer una regulación moderna, y adaptada a las necesidades de todos los operadores jurídicos en la UE, con independencia de su nacionalidad, para contribuir a facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, proponiendo a los contratantes concluir sus contratos sobre una base común. Así, mediante la propuesta contenida en esta Tesis expondremos dicha labor de búsqueda y comparación centrada en el análisis de los principales elementos que componen la Teoría General de los Contratos en los ordenamientos analizados (español, francés, italiano, alemán e inglés), así como en las propuestas de unificación estudiadas (los PECL y la CESL).

En definitiva, la presente investigación estructurada a lo largo de los Capítulos II, III, IV y V, tiene como objetivo justificar la elección de la unificación jurídica como un instrumento adecuado que, por un lado, persigue unificar las legislaciones nacionales, facilitando un objetivo político de unidad como consecuencia de la existencia de la diversidad legislativa en la UE; y, por otro, contribuyendo a la simplificación de la legislación vigente. Podemos así calificar las motivaciones relativas a la unificación jurídica como estáticas, al perseguir ésta la necesidad de claridad y de contar con un instrumento que facilite a los operadores la accesibilidad del Derecho; y, como dinámicas, al constituirse como un medio para lograr un objetivo socio-económico, habida cuenta del impacto que tendría esta regulación en el mercado interior, impulsando a su vez el proceso de integración en la UE. Y ello, a través de un cuerpo de normas generales, consistente, coherente y sistemático que aclare la regulación de una determinada materia –en este caso la Teoría General de los Contratos en la UE– en un momento dado, siendo necesario al mismo tiempo que dicha unificación facilite el cambio de sus normas con flexibilidad de forma que pueda ir adaptándose a los cambios sociales, económicos, políticos y, sobre todo, jurídicos, en cada momento y siguiendo las pautas dadas por la interpretación de la doctrina y jurisprudencia. Dicho cuerpo no tiene necesariamente que reemplazar la legislación nacional existente (*hard-law*), sino que puede constituirse como una alternativa más (*soft-law*) a la que las partes puedan recurrir, de forma que facilite y simplifique la aplicación de las normas. Opción esta última que hemos estimado como el método más adecuado para la formulación de una propuesta de unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE en comparación con la unificación jurídica mediante un instrumento de aplicación obligatoria. Y ello, toda vez que consideramos que la opción *soft-law*, mediante la

adopción de un instrumento opcional, no perturbaría los ordenamientos nacionales y podría aportar claras ventajas como: mayor previsibilidad de las soluciones jurídicas; mayor seguridad jurídica gracias a su efecto uniforme; podría simplificar las relaciones transnacionales, al ofrecer a las partes la posibilidad de elegir una ley neutral aplicable a su relación jurídica; las PYMEs podrían beneficiarse significativamente de un conjunto de normas uniforme en las transacciones transfronterizas; supondría que los Jueces y profesionales del Derecho no tendrían la necesidad de familiarizarse o analizar el contenido de legislaciones extranjeras; el carácter práctico del instrumento facultativo para las partes activas a nivel internacional; sería una buena demostración del sentido europeo de pertenencia actual, a una nación por un lado y a Europa por otro, es decir, el instrumento opcional sería un medio excelente para aumentar la conciencia entre la comunidad jurídica europea de que todos somos nacionales de un Estado miembro concreto y tenemos nuestra propia tradición jurídica, pero que al mismo tiempo somos europeos, con una auténtica identidad europea; y, además, este tipo de instrumento respetaría la relación de competencia entre los Derechos Contractuales de los distintos Estados miembros. De este modo, la diversidad jurídica seguiría fomentando la innovación legal y, por tanto, contribuyendo positivamente al desarrollo del Derecho Contractual europeo.

Cabe destacar, por último, que el estudio de la interpretación jurisprudencial de las normas unificadas es particularmente importante, dado que sin un intérprete común, no puede haber unidad jurídica. Sin perjuicio de que este particular extremo no ha sido objeto de estudio en la presente Tesis dada su extensión y especial complejidad, una posible solución que podríamos considerar sería la instauración de un “Tribunal Supremo” a nivel Europeo, es decir, otorgarle poderes al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) a efectos de interpretar el cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos en la UE. De esta forma, los conflictos entre las partes se podrían someter a los Tribunales de los Estados miembros, en Primera y Segunda Instancia, siendo la Tercera Instancia el TJUE. Otra posibilidad sería la creación de un Tribunal especializado de acuerdo con el artículo 257 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)⁴², encargado de conocer en Primera Instancia de recursos relativos al Derecho Contractual europeo.

III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

Como se ha expuesto en el Apartado anterior, la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos persigue formular un cuerpo de normas generales, consistente, coherente y sistemático que aclare la regulación de una determinada materia en un momento dado, siendo

⁴² BASEDOW, J., “Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht: Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 210, H.2, 2010, pág. 192.

necesario al mismo tiempo que dicha unificación facilite el cambio de sus normas con flexibilidad de forma que pueda ir adaptándose a los cambios sociales, económicos, políticos y, sobre todo, jurídicos, en cada momento.

Por consiguiente y en aras a completar la presente introducción, ofrecemos al lector una breve descripción del contexto actual en el que nos encontramos inmersos, partiendo de los principales factores que, considerados desde una perspectiva histórica, económica, social, política y jurídica, tienen incidencia y podrían condicionar el objetivo propuesto en esta Tesis.

3.1. Contexto histórico.

Desde finales de la Edad Media hasta entrado el siglo XVIII existió en Europa un Derecho uniforme. Sólo en el siglo XIX el Derecho se convirtió en un Derecho nacional. Esta unidad jurídica se basaba, principalmente, en dos factores: por un lado, el Derecho Romano en la forma que le dio en el siglo VI el emperador bizantino Justiniano; y, por otro, el Derecho Canónico de la Iglesia medieval. Estos dos Derechos forman el llamado Derecho Común (*Ius Commune*). Este Derecho ha estado vigente en todos los países de Europa Central y Occidental, con excepción de Inglaterra. Los países principales eran Italia, la Península Ibérica, Francia, Bélgica y Holanda, el Imperio Alemán, Polonia y Hungría, así como Escocia. De este modo, durante los siglos XII y XIII, se operó un cambio decisivo en la conciencia de los europeos. Se trató de una orientación a la racionalidad y con ello a la ciencia. Por lo que al Derecho se refiere, se basaba el tratamiento científico del Derecho en el *Corpus Juris* de Justiniano. De la Universidad de Bolonia partió el conocimiento del Derecho Romano y, con ello, el de su nueva vigencia. El plan de estudios de esta Universidad se convirtió en el modelo para las demás Facultades de Derecho de Europa creadas en los siglos sucesivos. Con ello, se había conseguido en Europa una formación jurídica uniforme. Sobre esta base se formó en la Baja Edad Media el grupo social de los juristas. Resultado de lo anterior fue un Derecho uniforme en Europa y una ciencia jurídica europea uniforme, cuya lengua era el latín. La única excepción fue Inglaterra, toda vez que en el momento en que el *Ius Commune* empezó a extenderse en el siglo XIII, en Inglaterra disponían ya de un sistema judicial sólido con normas procesales propias y habían formado ya un grupo de juristas orientado y formado en la práctica de los Tribunales⁴³.

También el origen de la ordenación de las transacciones internacionales realizadas por particulares tuvo su influjo en la época medieval, elaborándose un ordenamiento común influido por el *Ius Mercatorum*, en el seno de la sociedad de comerciantes medieval. A partir del siglo XIII, se forma un concepto autónomo de DIPr que coexiste con dos ordenamientos

⁴³ COING, H., “Unidad en el desarrollo del Derecho en los países de Europa”, *Glossae: Eur. J. Legal Hist.*, 2, 1989, pág. 133-137.

jurídicos que también ordenan, en aquel periodo histórico, las relaciones privadas internacionales: de un lado, el ya indicado Derecho Canónico; y, de otro, la *Lex Mercatoria*, que resolvía las cuestiones del comercio inter local, pues la práctica de las grandes ferias había conducido a un Derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio⁴⁴.

No obstante lo anterior, desde finales del siglo XVIII, se disolvió el sistema del *Ius Commune*, como consecuencia de la nueva concepción del Derecho que fue extendiéndose en la Ilustración, la cual propugnaba que el Derecho debía limitarse sólo a las fronteras nacionales, desarrollándose la doctrina de la codificación, que mantenía, en palabras que COING, “*que todas las normas vigentes, o en todo caso todas aquellas que eran importantes en una esfera determinada de la vida, debían ser recogidas en un Código, un libro que debía ser conocido por todos los ciudadanos y que debía poner ante sus ojos sus derechos y libertades así como sus limitaciones*”. Tal tipo de leyes únicamente podían ser promulgadas por cada uno de los Estados, finalizando en consecuencia la ciencia jurídica uniforme en Europa. El legislador del siglo XIX se vio ante numerosos problemas nuevos de política jurídica, como consecuencia de la introducción de la libertad industrial y de la industrialización que a partir aproximadamente de 1.830 alcanzaron uno tras otro los países europeos. En la solución de esos problemas jugó un papel decisivo el Derecho comparado: ningún país europeo reguló estos problemas sin informarse previamente sobre las soluciones alcanzadas en los otros países⁴⁵.

Desde finales del siglo XIX, el Derecho Mercantil experimenta un proceso de cambio como consecuencia del fraccionamiento de los Códigos de Comercio tradicionales, así como la unificación de fuentes legislativas en el ámbito del Derecho Privado Patrimonial y, en particular, del Derecho de Obligaciones y Contratos. Frente a la situación anterior y ya bien entrado el siglo XX, nos encontramos con un proceso caracterizado por: (i) la quiebra del tradicional modelo codificador y especialización normativa, por lo que las materias reguladas en los Códigos pierden valor y, con frecuencia, entran en contradicción con la legislación especial; (ii) la incidencia de la internacionalización de la economía, como respuesta a los movimientos nacionalistas de aislamiento económico-comercial presentes en el contexto internacional durante la Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, los años sesenta trajeron una nueva aportación en el ámbito de las fuentes relativas al Derecho Mercantil internacional, en concreto a través de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o en sus siglas en inglés UNCITRAL –*United Nations Commission*

⁴⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 37-38.

⁴⁵ COING, H., 1989, *Op. Cit.*, pág. 139.

on *International Trade Law*—)⁴⁶, en tanto instrumento de codificación internacional de este ordenamiento; y, (iii) el intervencionismo del Estado en las relaciones mercantiles, llegando a la cúspide de esta evolución con la constitucionalización de los principios y libertades económicas fundamentales. Así las cosas, la época de la descodificación ha conducido a que las leyes especiales se apropien de determinadas materias, vaciando de contenido la disciplina codificada. Frente a estas modificaciones es preciso encontrar un contexto jurídico adecuado a la época actual. Con la proliferación de leyes se produce una “inflación legislativa” que difunde la sensación de que el tiempo de codificación ha pasado. Por el contrario, se llega a un elevado grado de complejidad fruto de esta especialización normativa de manera global, por lo que se observa la tendencia a reducirlas a lo indispensable. Por tanto, como apunta FERNÁNDEZ-ROZAS, a partir de la constatación común de la existencia de una inflación reguladora, se propaga un espacio para la desregulación que podría reconducir, paradójicamente, a una codificación de nuevo cuño en la actualidad⁴⁷. Es lo que destaca SAINZ-CANTERO CAPARRÓS como la “crisis del Derecho Civil”, esto es, los fenómenos de descodificación y recodificación, disgregación, patrimonialización y publicación; para terminar con su actualización⁴⁸.

De esta forma, en el contexto actual, la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, como instrumento que tendería a ordenar las relaciones jurídicas contractuales existentes entre los operadores de los distintos Estados miembros, consideramos que se podría configurar como una respuesta adecuada frente a la aparición de múltiples instrumentos normativos de carácter especial que regulan determinados aspectos del Derecho Contractual en la UE y que dan lugar a la antes indicada “inflación legislativa”.

3.2. Contexto económico-social.

La globalización nos lleva de forma directa a la internacionalización. Actualmente, el comercio es internacional por definición⁴⁹. Las empresas se mueven cada vez más en un contexto global, lo que provoca beneficios de expansión a las mismas, si bien dicha

⁴⁶ UNCITRAL es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil internacional, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de cincuenta años. La función de la UNCITRAL consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, formulando normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales. Según Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, “Sobre la CNUDMI”, acceso en mayo de 2020. Disponible en Web: <https://uncitral.un.org/es/about>.

⁴⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, 2011, *Op. Cit.*, pág. 40.

⁴⁸ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., Reseña bibliográfica de CERVILLA GARZÓN, M.D., *Una mirada al Derecho Civil*, *Revista de Derecho Civil*, VII, 3, 2020, pág. 224-225.

⁴⁹ CARVAJAL-ARENAS, L., “Good Faith in the Lex Mercatoria: An Analysis of Arbitral Practice and Major Western Legal Systems”, Tesis Doctoral, Universidad de Portsmouth, 2011, pág. 17.

internacionalización está plagada de toda clase de incertidumbres. Según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, la globalización “*ha transformado la tradicional idea de los “mercados nacionales” para dar lugar a un gigantesco y único mercado que se identifica con todo el planeta Tierra. Un solo mercado en el que el capital se mueve a gran velocidad guiado por una Ley universal: la producción de beneficios. La Globalización constituye un fenómeno complejo formado por varias estructuras de diferente carácter y que permite la libre circulación mundial de factores productivos, de la información y de los modelos sociales y culturales*”⁵⁰.

Los miembros de un grupo académico denominado “Grupo de Reflexión” –y el que más adelante se analizará en detalle– en 2.010 manifestaron que “*la crisis aparece, pues, como el parte aguas en la historia de una nueva realidad mundial que se viene configurando hace más de dos décadas. Todo indica que habrá ganadores y perdedores en este cambio global, y si la Unión Europea no quiere estar entre estos últimos, como viene ocurriendo, tiene que reaccionar ya, definir estrategias de reformas para el horizonte de los próximos veinte años, aunar fuerzas, movilizar recursos y pasar a la acción. En definitiva, superar la introspección mirando hacia fuera, hacia la nueva realidad global*”⁵¹.

Conforme al artículo 1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la UE se considera como una nueva etapa “*en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible*”. Lo anterior puede ser visto como un paso simbólico hacia una verdadera política europea, la construcción de una sociedad civil europea y la creación de una ciudadanía europea común⁵².

En particular, es preciso que los ciudadanos y las empresas puedan aprovechar todo el potencial que encierra el mercado único y, más en concreto, el comercio transfronterizo. El TUE, en su artículo 3.3, intensificó las preocupaciones sobre la dimensión social del mercado, disponiendo que la UE debe obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso

⁵⁰ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Lex Mercatoria y arbitraje privado internacional*”, en *UNIDROIT y la Codificación internacional del derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, 2020, pág. 57.

⁵¹ Grupo de Reflexión (GONZÁLEZ MÁRQUEZ, F.; VIÑE-FREIBERGA, V.; OLLILA, J.; FRIIS, L. (hasta noviembre de 2009); KOOLHAAS, R.; LAMBERT, R.; MONTI, M.; et alii.). *Proyecto Europa 2030. Retos y Oportunidades. Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030*, Mayo de 2010., pág. 4.

⁵² HESSELINK, M.W.; LOOS, M., “*Unfair contract terms in B2C contracts*”, *ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs*, 2012, pág. 15.

social. De este modo, se reclama una nueva perspectiva sobre cómo pueden reforzarse mutuamente el mercado y la dimensión social en una economía europea integrada⁵³.

Un mercado único más fuerte es vital para el crecimiento y la creación de empleo. Sin embargo, las tendencias actuales nos muestran signos de fatiga de la integración y de contrariedad con respecto al mercado único. La vigilancia de la Comisión y un sentido compartido de las responsabilidades entre los Estados miembros han impedido una deriva hacia la desintegración, pero se necesita un nuevo impulso para relanzar el mercado único. Mediante la mencionada Estrategia Europa 2020⁵⁴, la Comisión propuso, entre otros objetivos, reforzar las políticas e instrumentos clave, como el mercado único, para centrarse en los objetivos de Europa 2020. La Comisión aludió a la necesidad de contar con mercados que funcionen adecuadamente, que estén bien conectados y en los que la competencia y el acceso de los consumidores estimulen el crecimiento y la innovación. Entre las medidas propuestas para solventar los problemas detectados, la Comisión aludía a la necesidad de facilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyan contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo, modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE y el avance hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional.

Por otra parte, los avances técnicos, por ejemplo, las posibilidades ofrecidas por Internet para el comercio electrónico⁵⁵, han facilitado que los agentes económicos puedan celebrar transacciones entre puntos muy distantes. La propia Comisión, en su Comunicación relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la UE, de 22 de octubre de 2009⁵⁶, se centró en el análisis de las ventajas que ofrecen las compras transfronterizas en línea, tanto para los consumidores como para las empresas. A los primeros les permite elegir entre una oferta de productos más amplia y la posibilidad de ahorrar dinero. Por su parte, a las empresas, se les abren nuevas perspectivas de mercado, al poder ofrecer sus servicios a

⁵³ BARROSO, J.M., *Carta de misión del Presidente de la Unión Europea dirigida a Mario Monti*, 20 de octubre de 2009, Pres (2009) D/2250. Contendida en: MONTI, M., *Informe Al Presidente De La Comisión Europea Sobre "Una Nueva Estrategia Para El Mercado Único Al Servicio De La Economía y La Sociedad De Europa"*, 2010, pág. 4.

⁵⁴ COM (2010) 2020 final, *Op. Cit.*, pág. 26.

⁵⁵ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global dirigido a estimular el comer electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos*, COM (2016) 320 final, 25 de mayo de 2016, Apartado 1.

⁵⁶ Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la Unión Europea*, COM (2009) 557 final, 22 de octubre de 2009.

consumidores que viven en otros países. Sin embargo, la incertidumbre respecto a la ley aplicable a los contratos que se concluyen a través de Internet sigue siendo relevante.

Así las cosas, el progresivo agotamiento del sistema actual y su incapacidad para satisfacer las demandas individuales y colectivas de los ciudadanos y empresas hacen conveniente alternativas que se adapten a las necesidades y retos que plantea la “era digital”⁵⁷. Como dijo el Presidente JUNCKER en su discurso sobre el estado de la UE de 14 de septiembre de 2016: “*Las tecnologías y las comunicaciones digitales penetran en cada aspecto de la vida. Necesitamos trabajar por una Europa que empodere a nuestros ciudadanos y potencie nuestra economía, que viven ya en la era digital*”⁵⁸.

El mercado único es una construcción basada en el Derecho. En consecuencia, desde el punto de vista económico, se debe buscar la certeza, como uno de los principios fundamentales del Derecho en general⁵⁹. Es preciso conseguir una regulación inteligente, es decir, una regulación de calidad y que además no suponga una carga para las empresas y los ciudadanos imponiéndoles obligaciones administrativas innecesarias y costes de cumplimiento excesivos⁶⁰, lo que podría canalizarse a través de nuestra propuesta de unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos.

3.3. Contexto político.

Desde un punto de vista político, el proceso de integración europea parte de considerar que los sistemas jurídicos se organizan a nivel nacional. Europa, por su parte, es una constelación posnacional, constituyéndose como un sistema multinivel y no como una segregación de

⁵⁷ Por ejemplo, en los últimos años ha ido surgiendo el llamado “consumo colaborativo o participativo”, que puede suponer una herramienta de mercado complementaria con la que regenerar el mercado interior, saneándolo y haciéndolo más equilibrado y sostenible, toda vez que comparte muchos objetivos de las políticas de la UE, tales como aumentar la eficiencia de los recursos, avanzar en la innovación social, generando empleo y prosperidad económica. De esta manera, la Comisión debe eliminar los obstáculos que puedan existir a nivel europeo para el desarrollo de estas actividades, creando un marco regulatorio que genere certidumbre a largo plazo; según Comité Económico y Social Europeo (CESE). *Dictamen Sobre Consumo Colaborativo o Participativo: Un Modelo De Sostenibilidad Para El Siglo XXI*, (DOUE núm. C 177/1, 21 de junio de 2014), pág. 2-5.

⁵⁸ Comisión Europea, *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado único Digital. Un mercado único digital conectado para todos*, COM (2017) 228 final, de 10 de mayo de 2017.

⁵⁹ BARCIA LEHMANN, R., 1998, *Op. Cit.*, pág. 160.

⁶⁰ MONTI, M., 2010, *Op. Cit.*, pág. 98.

Estados nacionales⁶¹. Según la tesis mantenida por ZÜRN⁶², nuestra entrada en la constelación posnacional no está a nuestra disposición. El Estado-nación ya no está en condiciones de definir sus prioridades políticas de manera autónoma (como soberano), sino que se ve obligado a coordinarlos transnacionalmente, de manera que se han convertido en responsables ante los organismos supranacionales⁶³. Es, por ello, que el mercado único como objetivo estratégico clave para Europa debe perseguirse con determinación política renovada⁶⁴.

De esta manera, a pesar de los notables éxitos alcanzados hasta ahora, los mercados no son tan eficaces como podrían y deberían ser, lo que redundaría en detrimento de todas las partes interesadas. Un mercado único más fuerte, profundo y amplio es vital para el crecimiento y la creación de empleo, siendo necesario un compromiso político que requiere una combinación de medidas que colmen las lagunas del mercado único⁶⁵.

Ya SPAAK⁶⁶, en su Discurso en la Cámara de Representantes, el 14 de junio de 1961, llamó la atención manifestando que *“Todos los que han intentado solucionar los problemas económicos que planteaba el Tratado de Roma, olvidando la dimensión política, han fracasado. Mientras se sigan abordando estos problemas exclusivamente desde una perspectiva económica, desatendiendo el aspecto político, temo que nos enfrentaremos a fracasos repetidos”*⁶⁷.

Estimamos así que hay que tener en cuenta que el proceso de integración europea y su influencia sobre los asuntos nacionales también afecta a la ley, no sólo desde el punto de vista de los intereses públicos, sino también en lo que respecta a los ciudadanos de cada Estado miembro y a sus relaciones privadas, es decir, a las relaciones entre particulares. Así, vemos como dicha influencia se ha plasmado, desde un punto de vista jurídico, en los Tratados existentes en la UE, pero no se ha logrado todavía una unificación jurídica del Derecho Privado.

⁶¹ JOERGES, C., "Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law", *European Public Law*, 11, 1, 2005, pág. 18-19.

⁶² ZÜRN, M., "Politik in der postnationalen Konstellation", Ed. Landfried, *Politik in der entgrenzten Welt*, 2001, pág. 181.

⁶³ JOERGES, C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 24-25.

⁶⁴ MONTI, M., 2010, *Op. Cit.* pág. 6.

⁶⁵ COM (2010) 2020 final, *Op. Cit.*, pág. 25.

⁶⁶ SPAAK, P-H., de nacionalidad belga, considerado como uno de los "padres fundadores" de Europa, fue el promotor del Benelux, la unión aduanera entre Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo.

⁶⁷ MONTI, M., 2010, *Op. Cit.* pág. 2.

El problema estriba en que las realidades económicas se están moviendo más rápidamente que las realidades políticas, como se ha visto con el impacto global de la crisis financiera o de la actual situación global de pandemia. Es necesario aceptar que la cada vez mayor interdependencia económica exige también una respuesta más decidida y coherente a nivel político⁶⁸. En este sentido, en nuestra opinión, la propuesta de unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, de plantearse su adopción oficial, requeriría de una decisión política previa que contribuyera a mejorar la realidad económica y social en la que vivimos actualmente.

3.4. Contexto jurídico.

Desde un punto de vista jurídico, la caracterización de la UE como sistema multinivel ocasiona que el Derecho ya no provenga de diversos bloques nacionales, sino que la regulación nacional convive con la supranacional, y ambas, a diferencia del pasado, se complementan gracias al Derecho Internacional uniforme. Puesto que ninguno de estas regulaciones es completa, se entreteje una red de relaciones más compleja, que coloca al operador jurídico frente a problemas considerables⁶⁹.

COING ya defendía a principios de la década de los noventa del siglo XX que la Ciencia del Derecho en Europa tenía carácter nacional y no común y que pese a la existencia de fundamentos comunes, las interpretaciones jurídicas realizadas sobre el ordenamiento privado de los diferentes países europeos se realizaban más desde la distancia que desde la aproximación de los mismos, estando presentes aún ante juristas eminentemente nacionales y no europeístas. COING sostenía que en el proceso de convergencia en la construcción europea, el Derecho Privado debía ser objeto de un tratamiento supranacional, poniendo como ejemplo la diferente manera de interpretar en cada país la normativa comunitaria. Ante esta situación, advertía de la existencia de precedentes no solo pretéritos, como es el claro caso del *Ius Commune*, sino de modelos actuales, tales como el *Common Law* de los Estados Unidos y su sistema de *Restatements of the Law* (que podría traducirse como “Recopilación Jurídica”)⁷⁰. No obstante, advertía COING que en Estados Unidos sí que existe una unidad de ciencia y formación jurídica compatible con las diferencias existentes, en mayor grado que en el ámbito de influencia del viejo *Ius Commune*⁷¹.

⁶⁸ COM (2010) 2020 final, *Cit.*, pág. 2.

⁶⁹ LEIBLE, S., "Vías Para La Unificación Del Derecho Privado Europeo", *Anuario de Derecho Civil*, 59, Fascículo IV, 2006, pág. 1596-1597.

⁷⁰ Los *Restatements of the Law* han sido elaborados por el *American Law Institute* (ALI), como recopilaciones sistematizadoras de la jurisprudencia (*Case Law*) y sus principios en diversos sectores del ordenamiento jurídico, aunque formalmente carecen de carácter oficial.

⁷¹ REDONDO TRIGO, F., “De los principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *ADC*, Tomo LXIII, IV, 2010, pág. 1645-1646.

Dentro del ámbito del Derecho Privado, entendemos que el Derecho Contractual es uno de los ámbitos que concentra mayor interés en todos los proyectos europeos, constituyendo la principal normativa de regulación de las transacciones internacionales y presentándose como la institución más adecuada para hacer frente a las necesidades del mundo económico globalizado y para crear un nuevo marco jurídico moderno.

La interrelación de las distintas naciones está conllevando tendencias hacia los dos fenómenos definidos en el Apartado II de este Capítulo introductorio, esto es, la unificación o la armonización jurídica. En particular, apunta CARVAJAL-ARENAS, las divergencias en las distintas legislaciones contractuales nacionales impiden que el comercio transfronterizo pueda desplegar todo su potencial, motivo por el cual estos fenómenos se persiguen actualmente en diferentes regiones del mundo⁷². Del mismo modo, LANDO sostiene que el desconocimiento sobre la ley extranjera a la hora de hacer transacciones supone un riesgo. En Europa, la variedad legislativa supone una barrera para el comercio intracomunitario, por lo que es objetivo de la UE eliminar las restricciones al comercio y, por tanto, las diferencias legislativas que restringen el comercio deben ser eliminadas⁷³. De hecho, LANDO indica que la unificación del Derecho Contractual será tanto más urgente cuanto más crezcan el comercio y la comunicación⁷⁴. BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER llaman la atención, en este sentido, sobre que el desarrollo constante de la autonomía de las partes, caracterizada por la libertad de éstas para elegir la ley aplicable en un entorno internacional, aumenta la necesidad de que las partes contratantes (en particular los operadores comerciales) estén bien informadas del contenido de las leyes contractuales nacionales. Mientras que antes sólo las grandes empresas operaban en los mercados internacionales, ahora una proporción cada vez mayor de las partes en un contrato

⁷² CARVAJAL-ARENAS, L., 2011, *Op. Cit.* pág. 17.

⁷³ LANDO, O. así lo exponía: *“Anyone doing business abroad knows that some of his contracts with foreign partners will be governed by a foreign law. The unknown laws of the foreign countries is one of his risks. They are often difficult for him and his local lawyer to get to know and to understand. They make him feel insecure, and may keep him away from foreign markets. This is an impediment to world trade. In Europe the existing variety of contract laws is a non-tariff barrier to the inter-union trade. It is the aim of the Union to do away with restrictions of trade within the Communities, and therefore the differences of law which restrict this trade should be abolished”* (“Cualquiera que haga negocios en el extranjero sabe que algunos de sus contratos con socios extranjeros se regirán por una ley extranjera. Las leyes desconocidas de los países extranjeros es uno de sus riesgos. A menudo son difíciles de conocer y comprender para él y su abogado local. Lo hacen sentir inseguro y pueden alejarlo de los mercados extranjeros. Esto es un impedimento para el comercio mundial. En Europa, la variedad de leyes contractuales existentes es una barrera no arancelaria para el comercio intracomunitario. El objetivo de la Unión es eliminar las restricciones al comercio dentro de la Comunidad, por lo que las diferencias legislativas que restringen este comercio deben ser abolidas” –traducción propia a efectos informativos–); según LANDO, O., 2000, 4 *Op. Cit.*, pág. 346.

⁷⁴ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 367.

(proveedores, clientes, empleados, estudiantes, jubilados, migrantes, turistas) participan en transacciones internacionales⁷⁵.

También CARO GÁNDARA se pronuncia en este sentido, al poner de manifiesto en el proceso de unificación europea la insuficiencia del Derecho Contractual, por cuanto precisamente la diversidad de ordenamientos jurídicos que disciplinan el contrato constituye una gran debilidad para el mercado interior europeo, traducida principalmente en un aumento de los costes de transacción⁷⁶. LEÓN ARCE considera que “*no es posible alcanzar una verdadera unificación del mercado en Europa como paso previo a la unión política, si las reglas jurídicas a las que deben someterse los operadores no son también las mismas. Además, la unificación jurídica es deseable porque provoca un aumento de la seguridad jurídica y una reducción de los costes de transacción*”⁷⁷.

La unificación jurídica puede ser un fenómeno universal o regional. En cuanto al primero, es destacable el trabajo realizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)⁷⁸, con la promulgación de los Principios para los Contratos del Comercio Internacional (Principios UNIDROIT), los cuales constituyen un sistema no vinculante de reglas de Derecho Contractual que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna. Pueden ser elegidos por las partes como ley aplicable, servir de referencia a los Jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de Derecho Internacional uniforme, como la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM)⁷⁹, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales⁸⁰.

⁷⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., *Cases, materials and text on contract law*, Bloomsbury Publishing, 2019, pág. 140-141.

⁷⁶ CARO GÁNDARA, R., “Capítulo I. 1. En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: El enfoque de justicia relacional”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView. Apdo. 49.

⁷⁷ LEÓN ARCE, A., “Capítulo I. EL Consumo como realidad social, económica y jurídica”, en *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 45.

⁷⁸ UNIDROIT fue fundado en 1926 con el objetivo de “*examinar la manera de armonizar y coordinar el Derecho Privado de los Estados y de los grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los diversos Estados de normas uniformes de Derecho Privado*” (artículo 1 del Estatuto Fundacional UNIDROIT); según UNIDROIT, “About UNIDROIT, Overview”, acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>.

⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

⁸⁰ CAMPUZANO DÍAZ, B., “¿Hacia Un Derecho Contractual Europeo?”, *Anuario De Derecho Europeo*, 2, 2002, pág. 50.

A nivel regional, se pueden citar los esfuerzos realizados por la Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil (OHADA)⁸¹, Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC)⁸², así como en América Latina la Fundación Fueyo Laneri, la *Fondation pour le Droit Continental*⁸³ o el Grupo para la Armonización del Derecho de Obligaciones en América Latina (GADAL)⁸⁴. También desde el ámbito académico europeo se han llevado a cabo ambiciosos proyectos frecuentemente impulsados por las propias Instituciones europeas, que han aportado relevantes propuestas en la unificación del Derecho Contractual, como son los ya mencionados PECL. Sin embargo, conviene advertir que estos proyectos contienen únicamente “principios”. Su concepción y

⁸¹ OHADA fue creada a principios de los 90 del siglo XX, auspiciada por países del África Central y Occidental para avanzar en su integración jurídica y económica, en este caso en el ámbito del Derecho mercantil. Su Tratado constitutivo, firmado en Port Louis en 1993 constituye la base del proyecto armonizador del Derecho mercantil en África. Con una clara inspiración en el Derecho comunitario europeo, la uniformización de los sistemas legislativos de los países miembros se efectúa principalmente mediante la aprobación de unos actos uniformes que, a semejanza de los Reglamentos de la UE, se superponen a las normas internas nacionales, siendo plenamente aplicables a partir del momento de su entrada en vigor; según OHADA, acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.ohada.com/accueil.html>.

⁸² La OHADAC nace como una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho Mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. El proyecto OHADAC nace con ocasión de una conferencia celebrada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) el 15 de mayo de 2007. En 2014, se concluyeron los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales, los cuales responden a un modelo de Derecho no vinculante o *soft-law*, cuya finalidad reside en proporcionar una guía jurídica comercial, proponiendo reglas y usos comunes, proporcionando cláusulas-tipo para que las partes puedan suplir los vacíos o limitaciones legales a través de regímenes contractuales especialmente diseñados por ellas mismas y en atención a la naturaleza y fin del contrato y a sus propias expectativas; según OHADAC, “Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales”, acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html>.

⁸³ Estas fundaciones latinoamericanas patrocinaron un proyecto que dio lugar a los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, cuya primera versión fue presentada públicamente en noviembre de 2013; según FERRANTE, A., “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, 30, 2016, pág. 120.

⁸⁴ El GADAL se conformó en el año 2013, en la ciudad de Lima-Perú, por juristas provenientes de varios países latinoamericanos con el fin de proponer iniciativas de armonización del Derecho para América Latina, que reflejen la especificidad y riqueza del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo del sistema jurídico de Derecho Romano. La actividad del GADAL se centra actualmente en la armonización del Derecho latinoamericano en el ámbito del Derecho de Obligaciones; según GADAL, “Quiénes somos”, acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <https://gadaluexternado.edu.co/quienes-somos/>.

valoración es más cercana a los *Restatements of Contracts* estadounidenses⁸⁵ que a la de los Códigos Civiles del siglo XIX⁸⁶.

La labor de los académicos, por ende, se suma a la desarrollada por la propia UE mediante el análisis de la conveniencia de adoptar un texto común de Derecho Contractual. Sin embargo, pese a que el proceso de búsqueda de una unificación jurídica del Derecho Contractual en la UE comenzó en 1.989, con la Resolución del Parlamento Europeo, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros”⁸⁷, después de tantos años de compromisos políticos, investigación y presentación de propuestas académicas, constatamos que no se ha adoptado políticamente ningún instrumento, ya sea vinculante u optativo, que abarque una Teoría General de los Contratos en la UE. Motivo por el cual la presente investigación ha conducido a la propuesta de una unificación jurídica en esta materia.

⁸⁵ Los *Restatements of contracts* reflejan la tensión entre el Derecho Contractual clásico del *Common Law*, representado por el *Case Law*, y el criterio del Código de Comercio Uniforme norteamericano. Forman parte de los *Restatements of the Law*, con la idea de sistematizar los principios generales del *Common Law*; si bien, no tienen fuerza de ley, gozan de un gran peso entre la doctrina y la jurisprudencia; según FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho Privado de la Unión Europea", *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán, Montevideo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pág. 15-16.

⁸⁶ LEÓN, L.L., "De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina", *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, 45, 2011, pág. 15.

⁸⁷ Parlamento Europeo. *Resolución sobre un "Esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros"*, (DOCE núm. C 158/400, 26 de mayo de 1989).

CAPÍTULO II. POSIBLES VÍAS PARA LLEGAR A UNA UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN.

El presente Capítulo II abarca el análisis de distintas vías que podrían permitir llegar a una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos aplicable en los Estados miembros, como método adecuado para facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior. En nuestra opinión, esta valoración se basa en diversas razones: por un lado, cabe destacar que la unificación jurídica en la Unión Europea (UE) no ha tenido lugar principalmente a través de la unificación del Derecho material, sino a través del Derecho Internacional Privado (DIPr), si bien el propio Derecho de la UE lo excluye como instrumento adecuado para potenciar el mercado interior europeo, ya que las alternativas se acercan más a la creación de un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales, mediante la técnica del DIPr. Por tanto, nosotros entendemos que el DIPr no puede considerarse como una vía para la unificación del Derecho material, sino como un medio complementario para conseguir la unificación del Derecho. También desde el ámbito académico e institucional de la UE se han llevado a cabo ambiciosos proyectos frecuentemente impulsados por las propias Instituciones de la UE, que han aportado relevantes propuestas en la unificación del Derecho Contractual, como son los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), elaborados por la Comisión Lando y presentados en 2.001; o, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL), de 11 de octubre de 2.011⁸⁸. Sin embargo, como se verá a lo largo de este Capítulo, pese a que el proceso de armonización y unificación jurídica del Derecho Contractual en la UE comenzó en 1.989, con la Resolución del Parlamento Europeo, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros”⁸⁹, después de tantos años de compromisos políticos, investigación y presentación de propuestas académicas, no se ha adoptado políticamente ningún instrumento, ya sea vinculante u optativo, que abarque la Teoría General de los Contratos en la UE.

⁸⁸ Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final - 2011/0284 (COD) C7-0329/11, 11 de octubre de 2011.

⁸⁹ Parlamento Europeo. *Resolución sobre un "Esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros"*, DOCE núm. 89/C 158/05, 26 de mayo de 1989.

Y, por otro, el hecho de que hasta ahora se han adoptado medidas de carácter sectorial (especialmente en el ámbito del Derecho de Consumo) mediante el recurso a la armonización a través de Directivas promulgadas por la UE, dando lugar a ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos. Como consecuencia, los Estados miembros tienen la posibilidad de mantener o introducir requisitos obligatorios más estrictos que los previstos en el acervo y el resultado sigue siendo, a nuestro entender, la diversidad jurídica.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y OTRAS TÉCNICAS INTERNACIONALES DE UNIFICACIÓN.

La diversidad legislativa en el ámbito internacional explica la función del DIPr, pues una misma relación jurídica puede estar conectada con más de un ordenamiento cuando hay presencia de un elemento extranjero, lo que puede dar lugar a contradicciones y dificultades legislativas en las transacciones transfronterizas⁹⁰. De ahí que las relaciones de tráfico externo en el ámbito de la Teoría General de los Contratos se hayan canalizado a través del DIPr, tanto mediante la unificación de las normas de conflicto, como por la unificación del Derecho material. Ejemplos de tales contradicciones y dificultades se pueden observar en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) o Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), por ejemplo, en las Sentencias del TJCE, de 9 de octubre de 2.009⁹¹, y del TJUE, de 23 de octubre de 2.014⁹², la cuales resuelven una serie de cuestiones prejudiciales

⁹⁰ “La internacionalidad del DIPr no se debe, pues, a su origen, sino a su objeto. Es éste último el que resulta “internacional” y lo caracteriza: la presencia en el planeta de un conjunto de ordenamientos jurídicos diferenciados da lugar a la posible existencia de relaciones y situaciones jurídicas que aparecen vinculadas, por motivos diversos, a más de uno de ellos”; según ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J.L.; PALAO MORENO, G., “Lección 1. El Derecho Internacional Privado: Características generales”, en *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 14ª Edición, 2020, pág. 93.

⁹¹ TJCE. As. 133/08, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) vs. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV. Sentencia de 9 de octubre de 2009. Esta Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio promovido por Intercontainer Interfrigo SC, sociedad con domicilio social en Bélgica, contra Balkenende Oosthuizen BV y MIC Operations BV, dos sociedades con domicilio social en los Países Bajos, a fin de obtener que se condenara a éstas a abonar unas facturas impagadas expedidas sobre la base de un contrato de fletamento celebrado entre las partes.

⁹² TJUE. As. 305/13, Haeger & Schmidt GmbH vs. Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, en calidad de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA. Sentencia de 23 de octubre de 2014. Esta Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre, por una parte, Haeger & Schmidt GmbH, sociedad alemana, y, por otra parte, Mutuelles du Mans assurances IARD), el Sr. Lorio, el Sr. M. Miquel, en su condición de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, sociedad francesa, Ace Insurance SA NV, Axa Corporate Solutions SA y Va Tech JST SA, relativo a la reparación del perjuicio sufrido por esta última con motivo del transporte de un transformador que había adquirido para las necesidades de su actividad.

relacionadas con la interpretación divergente del artículo 4 del Convenio de Roma de 1.980 (CR) relativo a la ley aplicable a falta de elección; las Sentencias del TJUE, de 15 de marzo de 2.011⁹³, y de 12 de septiembre de 2.013⁹⁴, la cuales resuelven cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 6.a.a) del CR, relativo a la ley aplicable a un contrato de trabajo.

No obstante, es preciso subrayar que, en el ámbito del Derecho aplicable, la mayor parte de los Convenios se limitan a unificar las normas conflictuales. Como apunta SÁNCHEZ LORENZO⁹⁵, muchos de los problemas de eficiencia jurídica y económica que entraña la diversidad de los Derechos nacionales no pueden resolverse adecuadamente a través de reglas conflictuales, como han demostrado casos reales como la Sentencia del TJCE de 24 de enero de 1.991⁹⁶. Sólo en muy pocos casos existen Convenios que alcanzan a unificar las normas de DIPr de carácter material⁹⁷, las cuales dan una respuesta directa y material a un supuesto de tráfico externo. Es por ello que, como se expone a continuación, dada la insuficiencia de Derecho material aplicable a la materia, se han desarrollado técnicas de regulación y unificación

⁹³ TJUE. As. 29/10. Heiko Koelzsch vs. État du Grand-Duché de Luxembourg. Sentencia de 15 de marzo de 2011. Esta Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial en el marco de un recurso por responsabilidad interpuesto por el Sr. Koelzsch contra el État du Grand-Duché de Luxembourg y se basa en la supuesta infracción del artículo 6.2.a) del CR por parte de las autoridades judiciales de dicho Estado. Las mencionadas autoridades tuvieron que pronunciarse sobre una demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por el recurrente en el litigio principal contra la empresa de transporte internacional Ove Ostergaard Luxembourg SA, anteriormente Gasa Spedition Luxembourg, con domicilio en Luxemburgo, con la que éste había celebrado un contrato de trabajo.

⁹⁴ TJUE. As. 64/12, Anton Schlecker vs. Melitta Josefa Boedeker. Sentencia de 12 de septiembre de 2013. Esta Sentencia resuelve una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre Schlecker sociedad con domicilio en Ehingen (Alemania), y la Sra. Boedeker, residente en Mülheim an der Ruhr (Alemania) y que trabaja en los Países Bajos, relativo a la modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador, y, en esas circunstancias, del Derecho aplicable al contrato de trabajo.

⁹⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S., “La Unificación del Derecho Contractual Europeo vista desde el Derecho Internacional Privado”, *Derecho patrimonial europeo*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 366.

⁹⁶ TJCE. As. 339/89. Alsthom Atlantique SA vs. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA. Sentencia de 24 de enero de 1991. En este caso se planteó si la interpretación de la *Cour de Cassation* francesa del artículo 1.643 del Código Civil francés era contraria a los postulados comunitarios, falseando la competencia y obstaculizando la libre circulación de mercancías, pues no existía en ningún otro Estado miembro. En este sentido, la *Cour de Cassation* francesa entendía que un vendedor profesional está sujeto a una presunción *iuris et de iure* de que conocía los defectos de la cosa vendida y de que sólo puede liberarse de esta presunción si se trataba de relaciones contractuales con un profesional de la misma especialidad. El TJCE consideró que el Derecho comunitario no se opone a la aplicación de la jurisprudencia de un Estado miembro que, al prohibir a los vendedores profesionales probar que no tuvieron conocimiento de los vicios del producto en la fecha de su entrega, les impide ampararse en las disposiciones legales nacionales que permiten limitar su responsabilidad cuando no se tiene conocimiento de los vicios en los mismos términos en que pueden hacerlo sus competidores de los restantes Estados miembros.

⁹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Civitas, Sexta Edición, 2011, pág. 34.

alternativas a los Convenios a efectos de buscar mayor autonomía y flexibilidad en las relaciones de carácter internacional.

Los Convenios de unificación conflictual, en primer lugar, se han ido adoptando para aportar cierta seguridad jurídica a las transacciones internacionales. Concretamente, apunta CAMPUZANO DÍAZ, que al disponerse en los distintos países de un mismo sistema de normas de conflicto, resulta indiferente que el litigio que pueda surgir en torno a una relación jurídica se plantee en un país u otro, ya que el Derecho aplicable al fondo del asunto no va a variar⁹⁸.

Tras el nacimiento del Derecho de la UE en 1.957, la entonces Comunidad Europea (CE) carecía de competencia objetiva para legislar sobre cuestiones de DIPr, salvo intervenciones puntuales y muy escasas para lograr una armonización de legislaciones de los Estados miembros. Sin embargo, un DIPr europeo era necesario para alcanzar el correcto funcionamiento del mercado comunitario y de las libertades de circulación, por lo que los Estados miembros firmaron diversos Convenios internacionales al margen de la estructura jurídica de la CE. Ello explica la existencia del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1.968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CB)⁹⁹, y del Convenio de Roma de 19 de junio de 1.980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR)¹⁰⁰, los cuales no formaban parte del Derecho comunitario. De este modo, por el artículo 65 del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1.997¹⁰¹, la UE adquirió la competencia objetiva para elaborar normas de DIPr en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior. Con el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2.007¹⁰², nace el DIPr europeo independiente del mercado interior y vinculado al Espacio Judicial Europeo, con la finalidad de desarrollar una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, mediante la cual se posibilitó la adopción de medidas de

⁹⁸ CAMPUZANO DÍAZ, B., 2002, *Op. Cit.* pág. 46.

⁹⁹ Hoy Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

¹⁰⁰ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DOCE núm. L 266, de 9 de octubre de 1980). Hoy Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008).

¹⁰¹ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 2 de octubre de 1997 (DOCE núm. C 340/1, de 10 de noviembre de 1.997).

¹⁰² Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007 (DOUE núm. C306/1, de 17 de diciembre de 2007).

aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros (artículo 81 del TFUE)¹⁰³.

De este modo, en el ámbito contractual, el CR fue sustituido por el Reglamento Roma I (RRI) de 17 de junio de 2008¹⁰⁴, el cual dispone que la ley aplicable podrá ser determinada por las propias partes (artículo 3 del RRI); y, en defecto de elección, se determinará conforme a las normas que establece el RRI (artículo 4 del RRI). Asimismo, la aplicación de una determinada ley no impedirá la aplicación de las leyes de policía del foro (artículo 9.2 del RRI), ni las del lugar de cumplimiento de la obligación, siempre que tales leyes de policía conviertan la ejecución del contrato en ilegal (artículo 9.3 del RRI). En virtud del artículo 6.1 del RRI, si las partes no han elegido la ley aplicable a un contrato con un consumidor, será de aplicación la ley de la residencia habitual del consumidor. En un contrato entre empresa y consumidor, por ejemplo, un consumidor irlandés compra en línea un móvil a un minorista francés. En este caso, se aplicará el Derecho Contractual irlandés si el lugar donde está la sede de Internet del minorista francés está diseñado para consumidores irlandeses. Por tanto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del RRI, siempre que un comerciante haya dirigido sus actividades a consumidores en otro Estado miembro, debe cumplir el Derecho Contractual de ese Estado miembro. En caso de que las partes hayan elegido otra ley aplicable y que las disposiciones obligatorias de protección de los consumidores del Estado miembro del consumidor prevean un nivel de protección más elevado, deben respetarse estas disposiciones obligatorias. En consecuencia, los comerciantes han de saber de antemano si la ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor ofrece un mayor nivel de protección y asegurarse de que su contrato cumpla los requisitos legalmente establecidos¹⁰⁵.

Así las cosas, como llama la atención AGUILAR GRIEDER, detrás del RRI subyace la voluntad de las Instituciones de la UE de coordinar este texto legal con otros instrumentos de la UE –tanto con otros textos de DIPr como con el Derecho material elaborado por las Instituciones de la UE para determinados sectores de la contratación–, así como la voluntad de reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales, en aras a alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros¹⁰⁶.

¹⁰³ CARRASCOSA, J., "Espacio judicial europeo y Derecho Internacional Privado Bienvenidos al futuro", *Escritura Pública*, 93, 2015, pág. 11.

¹⁰⁴ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008).

¹⁰⁵ COM (2011) 635 final, *Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 2-3.

¹⁰⁶ AGUILAR GRIEDER, H., "Desafíos y tendencias en el actual Derecho Internacional Privado Europeo de los Contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4, 2, 2012, pág. 23-48.

En comparación con su predecesor, el RRI tiene un ámbito sustantivo de aplicación más amplio en relación con la protección de los consumidores, dado que el CR era sólo aplicable a los contratos de suministro de bienes o servicios, o un contrato para la provisión de crédito para tales fines. Así, el artículo 6 del RRI es, en principio, aplicable a todos los contratos celebrados por los consumidores. Esta extensión era necesaria desde hacía tiempo con el fin de incluir los bienes intangibles como el *software* y las descargas de música. Sin embargo, el artículo 6.4 del RRI establece las mismas excepciones que el CR, lo que supone un déficit de protección, incluyendo dichas excepciones los servicios que se abastecen exclusivamente fuera del país de residencia del consumidor habitual, por ejemplo, reservas de hoteles, programas de idiomas vacacionales, etc.; contratos de transporte, contratos sobre derechos de propiedad sobre bienes inmuebles; y, los contratos de alquiler.

De la regulación contenida en el RRI se desprende una progresiva tendencia a la especialización y materialización de las normas en el actual DIPr europeo de los contratos, así como a la conciliación del conjunto del ordenamiento jurídico de la UE¹⁰⁷. Si bien es cierto, sostiene FERNÁNDEZ ROZAS, que este tipo de instrumentos conducen a la aplicación del Derecho interno de un país u otro y no eliminan la diversidad existente en la normativa material de los distintos Estados miembros¹⁰⁸. El RRI es, en sí mismo, un mecanismo de conflicto de leyes, el cual supuso un importante avance, pero no en el terreno material o sustantivo¹⁰⁹.

Por consiguiente, según el citado autor, sería necesario, o al menos conveniente, complementar la técnica tradicional de la norma de conflicto en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional¹¹⁰. Del mismo modo, SÁNCHEZ LORENZO afirma que “*las viejas soluciones conflictuales, precisamente savignyanas, deberían yacer enterradas al menos a la misma profundidad que el gran jurista y aristócrata alemán, si se quiere que el comercio globalizado del siglo XXI cuente con soluciones jurídicas a la altura de sus propósitos*”¹¹¹. Según LEÓN ARCE, es necesario buscar una solución a la diversidad de legislaciones de los Estados miembros de la UE, teniendo en cuenta que el sistema unificado de normas de conflicto, a favor del cual algunos abogaban, no es suficiente para lograr la unidad del mercado¹¹². ZIMMERMANN, por su parte, considera que, pese a la unificación de las normas de conflicto, la determinación de las normas de un sistema

¹⁰⁷ AGUILAR GRIEDER, H., 2012, *Op. Cit.*, pág. 26.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 127-129.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, 140, 2009, pág. 603.

¹¹⁰ *Ibid.*, pág. 117.

¹¹¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2003, *Op. Cit.*, pág. 364.

¹¹² LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 45.

jurídico extranjero no es fácil, por lo que una unificación del Derecho sustantivo supondría ventajas prácticas¹¹³. O bien, como destaca LANDO, la norma conflictual es un instrumento pobre de cara a la integración jurídica, dado que en caso de que sea aplicable una ley extranjera, deberá comprobarse la misma. Esta comprobación será viable cuando las partes o el Tribunal tengan buen acceso a fuentes fiables de información sobre la ley extranjera. En general, se puede comprobar la ley de un país que pertenece a la misma familia de leyes y que se expresa en el mismo idioma o en uno parecido. Un Tribunal inglés no tendrá grandes problemas con la ley irlandesa, ni tampoco un Tribunal alemán con leyes austriacas o suizas. Cuando el comercio entre dos países es intensivo, y los litigios son muy frecuentes, como por ejemplo en el caso de las transacciones entre operadores holandeses y alemanes, los abogados y los Tribunales suelen saber cómo obtener la información, aunque requiere tiempo y esfuerzos; los cuales serán aún mayores cuando se trate de Estados que pertenecen a familias jurídicas distintas o tienen idiomas muy diferentes. Igualmente, las dificultades que puede tener un Tribunal a la hora de formarse una imagen real sobre el Derecho extranjero pueden ser considerables y, más aún, cuando la jurisprudencia en el otro país sea contradictoria o poco clara¹¹⁴. Afirma el citado autor, por ende, que el incremento de las transacciones comerciales en el mundo y el rápido aumento del comercio en la UE han conllevado asimismo el crecimiento de problemas en la aplicación de las normas conflictuales, de modo que la única solución sería limitar el uso de estas normas conflictuales. Lo anterior podría lograrse si las normas materiales se unificasen para evitar que los casos en que sea necesario acudir a las normas sobre conflicto de leyes surjan con frecuencia¹¹⁵.

¹¹³ ZIMMERMANN, R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 389.

¹¹⁴ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 347-349.

¹¹⁵ LANDO apunta que: *“We must conclude that the choice-of-law rule is a poor tool of legal integration. Its greatest weakness is that it involves the application of a foreign law which has to be ascertained and adjusted. The growing commercial intercourse in the world and the rapidly increasing commerce in the European Union have given rise to more conflict cases than earlier. The only way out is to limit the operation of the choice-of-law rules. That can be achieved if the substantive law rules are unified so as to avoid that conflicts cases arise as often as they do today”* (“Debemos concluir que la norma conflictual es una herramienta pobre de integración jurídica. Su mayor debilidad es que implica la aplicación de una ley extranjera que hay que averiguar y ajustar. El creciente intercambio comercial en el mundo y el rápido aumento del comercio en la Unión Europea han dado lugar a más casos de conflicto que antes. La única salida es limitar el funcionamiento de las normas conflictuales. Esto puede lograrse si se unifican las normas de Derecho sustantivo para evitar que los casos de conflicto surjan con tanta frecuencia como lo hacen hoy en día” –traducción propia a efectos informativos–); según *Ibid.*, pág. 355.

Interesante es también la apreciación de ARENAS GARCÍA en este aspecto, al destacar que en la UE “pueda plantearse una tensión entre, por una parte, la regulación material directa de los supuestos heterogéneos y, por otra parte, el recurso a las normas de conflicto como herramienta legislativa dentro de la UE. La primera opción colocaría en manos del legislador de cada una de las materias el establecimiento de las particularidades de las situaciones heterogéneas, particularidades que pueden concretarse, por ejemplo, en ciertas exigencias en lo que se refiere al ámbito de aplicación espacial o personal de ciertas normas nacionales; la segunda sería especialmente pertinente en los ámbitos armonizados, pues en estos la determinación de cuál fuera el Derecho europeo que se aplicara tendría

Así, siguiendo a REDONDO TRIGO, las medidas de unificación de las normas materiales confieren beneficios particulares a las partes contratantes que hacen negocios en diferentes Estados, porque se aplican de manera uniforme en el territorio de los diversos Estados, se separan de cualquier ordenamiento jurídico particular, se encuentran disponibles en idiomas de los cuales uno al menos será seguramente conocido por las partes, y que, con el tiempo, serán mucho más familiares para quienes las utilizan que las reglas nacionales individuales de los diversos Estados extranjeros en los que lleven a cabo negocios¹¹⁶.

Respecto a este ámbito material o sustantivo, existen múltiples Convenios de unificación a nivel internacional sobre distintas materias¹¹⁷, elaborados principalmente en el seno de organismos internacionales. Estos Convenios han venido ofreciendo una respuesta específica y directa a los contratos internacionales. Por su relevancia, cabe destacar la experiencia en la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1.980 (CVCIM)¹¹⁸, cuyo uso está muy extendido en el comercio mundial y ha sido ratificado por más de setenta países, entre los que se encuentran la gran mayoría de las potencias comerciales mundiales (excepto Reino Unido y Brasil). Establece normas uniformes para la compraventa internacional de mercancías, las cuales se aplican salvo disposición expresa en sentido opuesto de las partes de los contratos de compraventa. Indica RUBIO GUERRERO que la CVCIM ofrece un ejemplo útil para valorar la conveniencia del proceso de unificación jurídica¹¹⁹. Este texto contiene un conjunto de principios abiertos en materia de Derecho Contractual, en cuanto que forma parte del Derecho interno de los países firmantes al haber sido aprobado por conferencia diplomática. Es más, al disponer su artículo 9 que “*las*

una importancia menor dada la existencia de elementos comunes en todos ellos”; según ARENAS GARCÍA, R., “Cinco décadas de proceso codificados en la UE: historia de un éxito”, en *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 25.

¹¹⁶ REDONDO TRIGO, F., 2010, *Op. Cit.*, pág. 1656.

¹¹⁷ Por ejemplo, entre otros, Convención de UNIDROIT relativa a una ley uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías, firmada en La Haya en 1964; Convención de UNIDROIT relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la compraventa internacional de mercaderías, firmada en La Haya, el 1 de julio de 1964; Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías adoptada en Nueva York en 1974; Convención de Viena de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980; Convención de UNIDROIT sobre representación en la compraventa internacional de mercaderías, firmada en Ginebra, el 17 de febrero de 1983; Convenio de UNIDROIT sobre el Leasing Internacional, adoptado en Ottawa el 28 de mayo de 1988; Convenio de UNIDROIT sobre el Factoring Internacional, adoptado en Ottawa, el 28 de mayo de 1988; Ley modelo de Naciones Unidas sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al Derecho interno, adoptada en 1996.

¹¹⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

¹¹⁹ RUBIO GUERRERO, R., 2001, *Op. Cit.*, pág. 213.

partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”, la CVCIM está dando entrada a otras “fuentes” de Derecho¹²⁰, esto es, a la denominada *Lex Mercatoria*. Entendemos que constituye, por ende, una referencia muy completa, de índole suplementaria, que puede reemplazar a los ordenamientos jurídicos nacionales si las partes la eligen para regular sus relaciones.

Asimismo, desde la firma de la CVCIM, numerosos países, como Alemania o Francia, han modernizado su Derecho de Obligaciones y Contratos, teniendo en cuenta la regulación de la CVCIM. Esta normativa internacional marcó el inicio de una nueva era en el desarrollo del Derecho Contractual, proyectando en Europa su influencia sobre la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1.999) (Directiva VBC)¹²¹ o los PECL; así como en el plano global, sobre los Principios para los Contratos del Comercio Internacional (Principios UNIDROIT). No obstante lo anterior, el desarrollo del Derecho Contractual europeo ha ido más allá de los contenidos de la CVCIM. Por ejemplo, la CVCIM no incluye los contratos de consumo y, como se verá más adelante, la UE ha llevado a cabo una extensa labor de armonización de esta materia. Asimismo, la UE ha elaborado criterios para el control de las cláusulas no negociadas, ha legislado en el ámbito de la formación del contrato, sobre los deberes precontractuales o el comercio electrónico¹²².

Sin embargo, queremos destacar también las dificultades en la elaboración de este tipo de Convenios habida cuenta principalmente que: (i) los Estados deben estar dispuestos a renunciar a su propia normativa en favor de una normativa común, lo que exige complicadas negociaciones que van a repercutir decisivamente en el texto del acuerdo definitivo¹²³; (ii) el eventual déficit democrático, por la frecuente desvinculación de los redactores de los proyectos y de los negociadores en la Conferencia Internacional, con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan, resultando un exceso de cantidad de normas y un defecto de calidad, sacrificando la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos; (iii) la interpretación judicial a través de categorías jurídicas internas o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la asimilación del Derecho

¹²⁰ GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M.; PÉREZ VERA, E., VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., 2019, *Op. Cit.*, pág. 508.

¹²¹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171/12, de 7 de julio de 1999).

¹²² SCHULZE, R., “Nuevos retos para el derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Editorial Marcial Pons, 2016, pág. 17-18.

¹²³ CAMPUZANO DÍAZ, B., 2002, *Op. Cit.* pág. 47-48.

unificado en los sistemas jurídicos nacionales; (iv) la rigidez¹²⁴ que entrañan muchas soluciones convencionales, toda vez que en muchas ocasiones no incorporan mecanismos flexibilizadores para adaptarse a la rápida evolución del comercio internacional y, (v) la existencia de un amplia red de convenios, muchas veces no coordinados entre sí, da lugar a contradicciones en relación con sus ámbitos de aplicación, así como respecto de los propios conceptos y términos que incorporan. Por tanto, tal y como sostiene FERNÁNDEZ ROZAS, la unificación a través de Convenios de unificación, se considera en general una solución inadecuada, inapropiada o incompleta para abordar un proceso unificador, dando lugar a problemas generales que caracterizan a esta disciplina jurídica¹²⁵.

Dada la complejidad del recurso a los Convenios de unificación jurídica material a nivel internacional, se han desarrollado técnicas de regulación y unificación alternativas a los mismos a efecto de buscar mayor autonomía y flexibilidad en las relaciones de carácter internacional. En primer lugar, cabe destacar la evolución de la *Lex Mercatoria*, como un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un conjunto de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales, especialmente, de los contratos internacionales a los que se puede aplicar directamente en lugar de las normas domésticas. En este sentido, por Nueva *Lex Mercatoria* hoy se entiende un Derecho creado por las grandes empresas transnacionales y entidades financieras, sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a regular de modo uniforme las relaciones comerciales a nivel global. Por eso, esta Nueva *Lex Mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación de las legislaciones internas de sus respectivos países¹²⁶. Como afirma FERNÁNDEZ ROZAS, la Nueva *Lex Mercatoria* “se proyecta hacia el futuro sustentado en un Derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones

¹²⁴ Esta rigidez resulta muchas veces de la ausencia de un poder político distinto de los Estados, que impulse la elaboración de los Convenios internacionales y su grado de cumplimiento; según FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 65.

¹²⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2009, *Op. Cit.*, pág. 128-129; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 65.

¹²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Teoría y praxis en la codificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz. Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, 1, 2002, pág. 120.

O, también como destacan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Es un Derecho dado a sí mismo por los protagonistas del comercio internacional. El dato clave que caracteriza a la Nueva *Lex Mercatoria* radica en que todos estos materiales que forman la “Nueva *Lex Mercatoria*” han sido creados por los comerciantes para regular los contratos propios del comercio internacional. Es un “Derecho corporativo”; según CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2020, *Op. Cit.*, pág. 63.

estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional acudiendo para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto”¹²⁷.

Las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) adoptadas por la UE y elaboradas por un organismo privado –*International Accounting Standards Board (IASB)*–, los Términos Internacionales de Comercio –*International Commercial Terms (INCOTERMS)*–, las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios (RRU 2000) promulgadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Contrato Marco para operaciones en derivados entre las instituciones financieras –*Master Agreement*– elaborado por la Asociación Internacional de *Swaps* y Derivados –*International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*– son sólo algunos de los ejemplos más relevantes económicamente de la producción privada de reglas que se pueden incluir en la *Lex Mercatoria*. Las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de las reglas de estas asociaciones privadas internacionales son dirimidas, en la mayoría de los casos, a través del arbitraje y, excepcionalmente, por las jurisdicciones estatales determinadas por las partes¹²⁸.

El aspecto más innovador de la *Lex Mercatoria* se encuentra hoy, por una parte, en su aceptación como fenómeno, en cuyo desarrollo y expansión el contrato tiene una contribución decisiva; y, por otra, en el incremento de este tipo de “normas”, ante la insuficiencia o inadecuación de las estructuras normativas estatales para dar respuesta jurídica adecuada, por ejemplo, a todas las actividades económicas vinculadas con el desarrollo tecnológico¹²⁹. En este sentido, afirma también LANDO que, en los casos internacionales, la *Lex Mercatoria* tiene una gran ventaja, de forma que cuando se aplica y todos los que intervienen en un procedimiento (partes, consejeros y árbitros) son de países diferentes, nadie tiene la ventaja de que el caso se alegue y decida por su propia ley y nadie tiene el inconveniente de verlo regido por una ley extranjera¹³⁰.

Sin embargo, del propio concepto de *Lex Mercatoria* surgen una serie de problemas, como su difusa juridicidad, su autonomía respecto al Derecho estatal e internacional y, en consecuencia, cuál es su sistema de fuentes¹³¹. Como afirma PÉREZ LUÑO, “la coactividad que

¹²⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2002, *Op. Cit.*, pág. 127.

¹²⁸ LÓPEZ RUIZ, F., “La *lex mercatoria*: una excepción a la legitimidad del orden jurídico-político moderno”, en *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, 2011, pág. 319-322.

¹²⁹ GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M.; PÉREZ VERA, E.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., 2019, *Op. Cit.*, pág. 508.

¹³⁰ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 376-377.

¹³¹ LÓPEZ RUIZ, F., 2011, *Op. Cit.*, pág. 330.

garantiza el cumplimiento de esas normas de Derecho global, es una coactividad imprecisa, indeterminada y difusa, que contrasta con la tipificación precisa con la que la ley estatal establece la coacción”¹³². Asimismo, no existe un consenso entre la doctrina sobre las fuentes formales que compondrían la *Lex Mercatoria*, pudiendo incluirse en su definición fuentes tales como los contratos tipo, la costumbre y los usos del comercio internacional, los principios generales y la jurisprudencia arbitral, entre otros. Incluso se llega a afirmar por VON BAR que la doctrina de la *Lex Mercatoria* es “teóricamente falsa, como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vista de la política jurídica, equivocada”¹³³. Parte del problema surge del hecho del déficit de legitimación democrática con respecto a las normas legales promulgadas por los Estados de Derecho. En ellos, la ley es creada por los Parlamentos integrados por los representantes de la soberanía popular, mientras que la *Lex Mercatoria* es el producto de los acuerdos entre agencias, corporaciones y multinacionales, carentes de cualquier representatividad democrática¹³⁴. Por ello, como afirman CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, permitir la elección de la Nueva *Lex Mercatoria* como Derecho regulador del contrato no constituye una solución eficiente para muchos empresarios y particulares que, sin ser grandes corporaciones, operan también en el comercio internacional. Y tampoco lo es para los Estados, que no desean perder el control sobre las reglas jurídicas aplicables a los contratos internacionales¹³⁵.

Por ende, estimamos que aunque la *Lex Mercatoria* puede constituir un instrumento útil, coherente y eficaz respecto a las relaciones entre grandes corporaciones u otras organizaciones supranacionales, en aras a establecer normas particulares de comportamiento para regular sus relaciones multilaterales; sin embargo, no se considera un instrumento adecuado a efectos de unificar la Teoría General de los Contratos, ya que en última instancia no beneficia a todos los operadores del mercado y no regula de forma general las relaciones jurídicas entre particulares. De este modo, se debe descartar como una posible vía para la unificación jurídica.

Así las cosas, las dificultades expuestas han motivado que se busquen otras fórmulas alternativas tanto al Convenio, buscando opciones más flexibles, pero con menor efecto unificador; como a la *Lex Mercatoria*, tratando de eliminar su vaguedad y reducir su incertidumbre. Tales fórmulas constituyen el denominado *soft-law*, esto es siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS, “un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin

¹³² PÉREZ LUÑO, A-E., “Nuevo derecho, nuevos derechos”, *Anuario de filosofía del derecho*, 32, 2016, pág. 24.

¹³³ VON BAR, C., “Unechtes (nichtstaatliches) Einheitsprivatrecht und Lex Mercatoria”, en VON BAR, C., MANKOWSKI, O., *Internationales Privatrecht*, vol. I (Allgemeine Lehren), 2, 2003, pág. 80.

¹³⁴ PÉREZ LUÑO, A-E., 2016, *Op. Cit.*, pág. 25.

¹³⁵ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2020, *Op. Cit.*, pág. 65.

*embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materia de carácter preferentemente dispositivo*¹³⁶.

En este sentido, entre otros instrumentos internacionales caracterizados como *soft-law*, cabe destacar los Principios UNIDROIT, publicados por primera vez en 1.994, con una segunda edición en 2.004 y actualmente vigente la edición de 2.016¹³⁷. El grupo de trabajo encargado de su redacción se constituyó en 1.980 con miembros expertos en Derecho comparado y en Derecho del comercio internacional pertenecientes a los principales sistemas jurídicos y socioeconómicos del mundo. Dado que los Principios representan un sistema de principios de Derecho Contractual que son comunes a los sistemas jurídicos nacionales o bien que se adaptan mejor a las circunstancias especiales de las transacciones comerciales internacionales, puede haber buenas razones para que las partes los elijan expresamente como ley aplicable a su contrato. Cada principio se presenta, junto con un comentario de dicho principio y ejemplos o ilustraciones del mismo, a efectos de explicar o ejemplificar como operarían en la práctica. Además, por una parte, los Principios se inspiran ante todo en modelos jurídicos occidentales, tendiendo a crear un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law*; y, por otra, ofrecen algo más que una codificación del Derecho existente: hay aspectos en relación con los cuales los autores prefirieron aportar soluciones propias, a la luz de las necesidades características del comercio internacional (lo que se conoce como “*better law approach*”)¹³⁸.

Los Principios UNIDROIT pueden, asimismo, servir de modelo a los legisladores nacionales e internacionales para la redacción de legislación y compilaciones en el ámbito del Derecho Contractual general o con respecto a tipos especiales de transacciones. A nivel nacional, los Principios pueden ser particularmente útiles para los países que carecen de un conjunto de normas jurídicas relacionadas con los contratos y que pretenden actualizar su legislación, al menos en lo que respecta a las relaciones económicas externas, con las normas internacionales vigentes. No muy diferente es la situación de aquellos países con un sistema jurídico bien definido, pero que después de los recientes cambios dramáticos en su estructura sociopolítica pueden tener una urgente necesidad de reescribir sus leyes, en particular las relacionadas con las actividades económicas y empresariales. A nivel internacional, los

¹³⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2009, *Op. Cit.*, 2009, pág. 132.

¹³⁷ UNIDROIT PRINCIPLES, acceso en julio de 2021. Disponible en Web: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

¹³⁸ No obstante, la propia autora apunta que el hecho de que los Principios sean objeto de incorporación explícita al clausulado de contratos tipo de Instituciones internacionales –como, la International Chamber of Commerce; o, The Global Fund que incluye en todos sus contratos una cláusula de elección de los Principios junto a otra de arbitraje– inclina a pensar que probablemente hay más supuestos de uso de los que trascienden al público; según REQUEJO ISIDRO, I., “25 años de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: estado de la cuestión”, en *UNIDROIT y la Codificación internacional del derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, 2020, pág. 96, 101.

Principios tienden a convertirse en un importante término de referencia para la redacción de Convenciones y Leyes Modelo.

Actualmente, los Principios, en efecto, se utilizan como elementos para la interpretación o la integración del Derecho por parte del operador jurídico, así como fuente de inspiración de los propios Tribunales¹³⁹ y legisladores. En cambio, como apunta REQUEJO ISIDRO, los Principios parecen emplearse poco en lo que se pretendía fuera su función primaria: la regulatoria o normativa directa, como ley aplicable elegida por las partes de un contrato internacional, o por el operador jurídico que deba resolver una controversia¹⁴⁰, por lo que entendemos que tampoco constituiría una solución jurídica adecuada a efectos de la unificación de la Teoría General de los Contratos; si bien, ello no obsta a que pueda tomarse como referencia para la elaboración de un texto a nivel de la UE.

Al hilo de todo lo anterior, podemos concluir que la técnica del DIPr no sería una vía aconsejable para la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE, ya que; por una parte, no puede eludir la repercusión de los costes de transacción, puesto que genera el problema que supone la aplicación procesal del Derecho extranjero, lo que acaba perjudicando a una de las partes en el proceso; no estando garantizada ni la seguridad jurídica ni la justicia. Y, por otra, la unificación jurídica a través de Convenios de unificación material tampoco parece una técnica adecuada a nivel de la UE, por la complejidad que entraña la negociación y aplicación de tal tipo de Convenios.

No obstante lo anterior, sí que hay que llamar la atención sobre una virtud del DIPr, esto es, como indican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, el DIPr ha instaurado en el

¹³⁹ Es interesante apuntar que los Tribunales españoles son especialmente activos en la utilización de los Principios UNIDROIT como fuente de interpretación e integración, tal y como se observa en numerosas Sentencias, como entre las más recientes: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 561/2021 de 23 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena, sobre la inclusión del daño moral en el deber de resarcimiento; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 616/2021, de 21 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile, sobre el concepto de buena fe; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 247/2018, de 25 de abril, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz, sobre el incumplimiento esencial; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 348/2016 de 25 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto, sobre el incumplimiento esencial; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 333/2014 de 30 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno, respecto a la interpretación de la figura del incumplimiento esencial; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 820/2013, de 17 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán, sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, de 18 de enero. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel, sobre la regla que libera al deudor en caso de imposibilidad en el cumplimiento del contrato; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 537/2012, de 10 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, asimismo sobre el incumplimiento esencial.

¹⁴⁰ REQUEJO ISIDRO, I., 2020, *Op. Cit.*, pág. 92-93.

sector de los contratos internacionales un principio fundamental en total expansión: la libre elección de la normativa aplicable. Ello conduce a la admisión, por el legislador europeo, de la posibilidad, para las partes, de elegir normativas no estatales para regular y solventar tales controversias¹⁴¹; aunque también hay que añadir que, hoy por hoy, el artículo 3 del RRI autoriza la elección de una ley estatal, permitiendo sólo incorporar por referencia un Derecho no estatal o Convenio internacional (considerando 13 del RRI). Por tanto, no es posible la elección de conjuntos de normas, como los Principios UNIDROIT, como ley aplicable al contrato¹⁴²; si bien, debemos destacar que el RRI sí que previó la posibilidad de que las partes pudieran elegir como ley aplicable al contrato las normas del Derecho material de los contratos incluidas en un instrumento jurídico adoptado por la UE (considerando 14 del RRI), hecho que a día de hoy todavía no ha tenido lugar.

Así las cosas, aunque el DIPr no se presente como una vía adecuada para el mercado interior europeo, sí que podría favorecer la aplicación de un conjunto de normas sobre la Teoría General de los Contratos en la UE, permitiendo a las partes su elección como Derecho aplicable a sus contratos. Conjunto de normas que podría inspirarse en las alternativas flexibles que podría ofrecer el *soft-law*. Por tanto, el DIPr no debe ser una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo para preparar una unificación jurídica suave y progresiva. O dicho de otro modo, según SÁNCHEZ LORENZO, “*va a ser difícil hacer matemáticas sin física, esto es, Derecho Internacional Privado europeo sin Derecho Privado europeo*”¹⁴³.

III. LOS PROYECTOS EUROPEOS.

Además de recurrir al DIPr como medio para alcanzar el correcto funcionamiento del mercado comunitario, el Derecho de la UE ha luchado durante años contra diversas barreras a la libre circulación de personas y factores productivos. En una primera fase, en los años cincuenta y sesenta del siglo XX, el Derecho de la UE eliminó los derechos de aduanas, las exacciones de efecto equivalente, así como los topes o contingentes de exportación e importación. En una segunda fase, ya en los años setenta y ochenta, se combatieron los obstáculos constituidos por las normas técnicas. Una tercera fase, que comenzó en los años noventa y que se prolonga hasta la fecha actual, se caracteriza por la lucha del Derecho de la UE contra los obstáculos a la libre circulación generados por la diversidad legislativa existente

¹⁴¹ CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2020, *Op. Cit.*, pág. 87.

¹⁴² REQUEJO ISIDRO, I., 2020, *Op. Cit.*, pág. 136.

¹⁴³ SÁNCHEZ LORENZO, S., “Cincuenta años del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, en *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 71.

en la UE¹⁴⁴. Es precisamente en esta tercera etapa en la que se iniciaron los proyectos de unificación del Derecho Contractual europeo, tanto desde el punto de vista académico como institucional, y cuyo desarrollo se presenta en los siguientes Apartados.

3.1. Perspectiva académica.

Varios grupos y comisiones de estudio han ido contribuyendo a la labor del análisis de la armonización y unificación jurídica en la UE, cuyas aportaciones tienen un valor relevante en todo el proceso. *Ex ante*, conviene traer a colación la valoración de BERNAD en cuando a la actividad académica desarrollada en la materia, pues si bien destaca que su valoración general ha sido positiva, no se pueden perder de vista los riesgos que ello también ha podido acarrear: *“por un lado, el hecho de que cada uno de los grupos se erige motu proprio en un virreinato estanco con ánimo expansivo y colonizador, poco dado a la integración en su seno de los sistemas jurídicos menos representativos; por otro, una realidad evidencia que, tanto en las listas de reclutamiento efectuadas, como en la selección de expertos practicada podemos entrever frecuentemente criterios caprichosos y fácilmente comprensibles”*¹⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior y de que pueda ofrecer una foto poco optimista, en nuestra opinión, la realidad muestra que, como se verá a continuación, varios grupos académicos han ido centrando sus esfuerzos en un proyecto concreto, esto es, el estudio del Derecho Contractual en los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, en aras a encontrar puntos diferentes, aspectos comunes y lagunas que la legislación actual muchas veces no llega a cubrir; comparando la realidad europea con otros sistemas normativos no europeos, así como con otras compilaciones de Derecho Contractual no vinculantes. Esfuerzos que muestran un interés en la materia y que han creado una base doctrinal útil. Base que cualquier proyecto de unificación jurídica del Derecho Contractual debería considerar al iniciar un análisis en este ámbito. No obstante, también es cierto que dichos esfuerzos muchas veces son poco conocidos en áreas distintas al concreto proyecto de unificación jurídica del Derecho Contractual, así como en el propio ámbito universitario, donde el Derecho Contractual europeo no recibe la atención que debería si se quiere que un proyecto de tal envergadura pudiera tener un resultado tangible en el futuro.

¹⁴⁴ CARRASCOSA, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 10.

¹⁴⁵ BERNAD, R., "El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 20, 2018, pág. 202.

3.1.1. La Comisión Lando.

Los esfuerzos realizados por la Comisión Lando a lo largo de los años, como apunta HESSELINK, fueron dirigidos a la preparación y elaboración de unos principios comunes a los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*, basándose en los Principios UNIDROIT y en la CVCIM¹⁴⁶, dando como resultado los “Principios del Derecho Europeo en materia de Contratos”, Volumen Primero (Partes I y II), (*Principles of European Contract Law*, PECL), presentados en 2.001 en su versión completa, en el que se detallan principios comunes en los países de la CE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; el cumplimiento, incumplimiento y los recursos, así como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. En el texto se proponían posibles redacciones de normas comunes, acompañadas de un comentario y un análisis comparativo de cada una de ellas. Por su parte, el Segundo Volumen apareció en 2.005, y recoge la parte III, relativa a pluralidad de sujetos, cesión de créditos, sustitución del deudor, cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización del interés. El objetivo de los PECL consistía en crear una base para la legislación europea, servir a las partes contratantes como ley aplicable a sus contratos, constituir la formulación de una *Lex Mercatoria* moderna, servir de modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho Contractual y facilitar la armonización del Derecho Contractual europeo¹⁴⁷. Entre otros autores, DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES afirmaron que los PECL “*ofrecen un conjunto de reglas que se pueden aplicar en los territorios de todos los Estados y que se encuentran disponibles en lenguas bien conocidas*”¹⁴⁸. Por su parte, MARTÍNEZ SANZ denominó los PECL como el “*mínimo común denominador*” del Derecho Contractual europeo, “*aunque, en sentido estricto, tampoco sea cierto, pues son bastantes las soluciones acogidas que no son conocidas en determinados ordenamientos*”¹⁴⁹.

La Comisión Lando¹⁵⁰ estaba formada, en su mayoría, por académicos y además algunos eran abogados practicantes. Es relevante, a este respecto, que los miembros de la Comisión no

¹⁴⁶ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 928.

¹⁴⁷ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual europeo*, Editorial Dykinson, 2014, pág. 99-102.

¹⁴⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 2002, pág. 76.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., “Principios de Derecho Europeo de los contratos (Comisión Lando)”, *Derecho Privado Europeo*, Editorial Constitución y Leyes, Colex, 2003, pág. 195.

¹⁵⁰ La primera Comisión estaba formada por: Profesor BEALE, H. (desde 1987), Profesor BERCOVITZ, A. (desde 1986), Profesora BERLIOZ-HOUIN, B. (hasta 1986), Profesora BIANCA, M., Profesor JOACHIM BONELL, M., Profesora MAGELHAES COLLAÇO, I. (desde 1986), Profesor DROBNING, U., Maître ELVINGER, A., EVRIGENIS, D. (hasta 1986), Profesor M. GOODE, R., Profesor HORSMANS, G., Profesor HOUIN, R. (hasta 1986), Profesor KERAMEUS, K. (desde 1987), Profesor LANDO, O., Profesor

representaban ningún interés político o gubernamental específico. Todos ellos perseguían el mismo objetivo, esto es, redactar las reglas sobre Derecho Contractual más apropiadas para Europa¹⁵¹.

La Comisión partió de considerar las similitudes existentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, el denominado “núcleo común del Derecho de los Contratos”, para posteriormente crear una normativa mejor (“*better rules*”). HESSELINK afirma que la Comisión Lando prefirió buscar similitudes antes que las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, calificando a este método con el nombre de *presumptio similitudinis*¹⁵². Una vez halladas las similitudes, la Comisión Lando realizó una “aproximación funcional”, consistente en redactar las reglas en función de las soluciones que ofrecen a los problemas, en lugar de buscar una aproximación de los planteamientos dogmáticos o de las instituciones jurídicas¹⁵³.

Los PECL tuvieron como finalidad la elaboración de unos principios comunes y generales del Derecho Contractual europeo, ofreciendo a los operadores un conjunto de reglas generales neutras que, sin basarse en un sistema jurídico concreto, regulen sus contratos (artículo 1:101). Este sería el propósito a corto plazo, pero el Profesor LANDO apuntaba otro ulterior al reconocer que “*The main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code*”¹⁵⁴ (“*el propósito principal de estos Principios es servir como un primer borrador de una parte de un Código Civil Europeo*” –traducción propia a efectos informativos–). No obstante, se han venido aplicando como parte de la *Lex Mercatoria*, por ejemplo en supuestos en los que las partes acuerdan que su contrato se regule por los principios contractuales generalmente aceptados a nivel internacional, o que no deseen someter su negocio a un concreto sistema jurídico, o en el caso que no resulte claro determinar qué Derecho resulta aplicable a su vinculación contractual¹⁵⁵.

MCMAHON, B., Profesor ROUHETTE, G. (desde 1987), Profesor TALLON, D., Dr. WADE, J.A., Dr. J.A. VAN DER VELDEN, F., Profesor WILSON, W.

La segunda Comisión, por su parte, estaba formada por: Profesor VON BAR, C., Profesor BEALE, H., Profesor JOACHIM BONELL, M., Profesor BRIDGE, M., Profesora MAGELHAES COLLAÇO, I., Profesor DROBNING, U., Maitre ELVINGER, M., Profesor HARTKAMP, A., Profesor HONDIUS, E., Profesor HORSMANDS, G., Profesor KERAMEUS, K., Profesor LANDO, O., Profesor MCMAHON, B., Profesor POSCH, W., Profesor RAMBERG, J., Profesor ROUHETTE, G., Profesor SALVADOR CODERCH, P., Profesor STORME, M.E., Profesor TALLON, D., Profesor WILHEMSSON T.

¹⁵¹ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 364.

¹⁵² HESSELINK, M.W., “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission”, *Global Jurist*, 1, 1, 2001, pág. 30.

¹⁵³ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 109-134.

¹⁵⁴ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 364.

¹⁵⁵ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 99-102.

En opinión de LARROUMET, los PECL tienen una flexibilidad que es muy positiva. Además, respecto al contenido de los Principios, sostiene que no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre Sistemas de Derecho de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los Principios UNIDROIT. Por este motivo, según LARROUMET, no se puede considerar que los PECL constituyen una repetición inútil de los Principios UNIDROIT¹⁵⁶.

3.1.2. La Academia de Pavía.

Por su parte, la Academia de Jusprivatistas Europeos o Academia de Pavía se constituyó en Pavía, el 9 de noviembre de 1.992. Como se precisaba en el artículo 1º de sus Estatutos, la Academia tenía por objetivo contribuir mediante la investigación científica a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del Derecho Privado en Europa y promover el desarrollo de la cultura jurídica. Con este fin, cumplió su propósito de redactar un “Código Europeo de Contratos” (CEC), comenzando con este proyecto en 1.995¹⁵⁷, concluyendo con su presentación ante el Parlamento Europeo el 16 de octubre del año 2.000.

La idea del proyecto de Pavía se debió al Profesor italiano GANDOLFI quien convocó, en 1.990, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La respuesta de los asistentes al Congreso de Pavía fue mayoritaria en sentido afirmativo, concretándose que la preparación de semejante cuerpo legal europeo debía partir del Código Civil italiano de 1.942 (que a su vez contiene el doble influjo del Código Civil francés y el BGB alemán), y del manuscrito aportado –y posteriormente publicado– al Congreso por el Profesor inglés MC GREGOR, en relación con el Derecho Contractual de su país (trabajo encargado al autor inicialmente por la *Law Commission* del Parlamento inglés, con vistas a una eventual unificación con el Derecho escocés, idea ulteriormente abandonada), bien entendido que el señalamiento de ambos textos lo era en concepto de referencias genéricas y a modo orientativo, y en modo alguno significaban un criterio limitativo o restrictivo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ LARROUMET, C., “La Unificación del Derecho de las obligaciones en Europa”, *Revista de Derecho Privado*, 13, 2006, pág. 76-77.

¹⁵⁷ Academy of European Private Lawyers. "General Information", acceso en agosto de 2020. Disponible en Web: <http://www.accademiagiuristieuropei.it/>.

¹⁵⁸ GARCÍA CANTERO, G., *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004, pág. 3.

El CEC contiene, por ende, un conjunto de normas y soluciones basadas en las leyes de los Estados miembros de la UE y Suiza, y abarca los ámbitos de la formación, contenido y forma de los contratos; interpretación y efectos contractuales; cumplimiento e incumplimiento de contratos; cesación y extinción, y otras anomalías y recursos contractuales¹⁵⁹. Este grupo optó por establecer un “Código de reglas” y no un “Código de principios”, considerando que, como apunta FERNÁNDEZ ROZAS, era una necesidad impuesta por el mercado único, a la que no se daba respuesta con las normas de DIPr y con la CVCIM¹⁶⁰.

Siguiendo a GARCÍA CANTERO, dicho texto, de la misma manera que el proyecto de la Comisión Lando, no ha conseguido disfrutar a día de hoy de carácter oficial. Es verdad que ambos Proyectos, de alguna manera, han sido “oficializados” por los organismos europeos, ya sea por haberlos, en cierto modo, autorizado a lo largo de su elaboración, o bien por haber sido presentados ante aquéllos; no obstante, carecen de cualquier mínima fuerza vinculante. Sin embargo, cabe resaltar que las divergencias entre ambos proyectos son notorias, tanto por el modo de actuar de los grupos de juristas que las han elaborado, como por el del trabajo obtenido por cada uno. Así las cosas, la Comisión Lando se orientó especialmente por la experiencia inglesa, mientras que la Academia de Pavía aspiraba a elaborar un conjunto de reglas o preceptos que fueran inmediatamente aplicables por el Juez o el operador del Derecho, sin olvidarse de las concepciones del Derecho inglés, pero tomando también en consideración la experiencia codificadora europea¹⁶¹. No obstante, frente a lo sostenido por este autor, consideramos que los PECL también tuvieron muy en cuenta en su redacción los ordenamientos continentales, sin perjuicio de que adoptara soluciones del Derecho inglés que, por su flexibilidad, entendemos en general adecuadas y coherentes con la actual cultura jurídica europea.

3.1.3. El *Common Core Group*.

El *Common Core Group* fue constituido en 1.995 en la Universidad de Trento, bajo la dirección de los Profesores italianos MATTEI y BUSSANI. Su objetivo era confeccionar una cartografía jurídica para desenterrar el núcleo común del Derecho Privado de los distintos sistemas jurídicos de la UE¹⁶², denominado como el “Núcleo Común del Derecho Privado Europeo” (“*The Common Core of European Private Law*”), de forma que sirviera como una base para la armonización del Derecho Privado. Según FIORENTINI, este Proyecto puede ser

¹⁵⁹ Comisión Europea. *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "Derecho Contractual Europeo"*, COM (2001) 398 final, 11 de julio 2001, Apartado 7.

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 19.

¹⁶¹ GARCÍA CANTERO, G., 2004, *Op. Cit.*, pág. 2.

¹⁶² PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.* pág. 157-160.

visto como el fruto de una fusión legal metodológica entre Estados Unidos y Europa¹⁶³. Ese núcleo común buscaba en las áreas de los contratos, los daños y la propiedad, formulando un mapa con datos fiables para la armonización legal. Asumía que esta armonización suponía la búsqueda de la racionalidad, la armonía y la reforma ideales, con la consiguiente selección de las normas jurídicas más adecuadas, pero derivaba de una decisión política ajena a su tarea¹⁶⁴.

Indica FIORENTINI que la proyección europea del *Common Core* podría ser medida, como mínimo, en tres direcciones: en primer lugar, la riqueza de la red de trabajo internacional que se desarrolló en los primeros veinte años de vida del proyecto. En segundo lugar, destacar la importancia y la tasa de difusión de los resultados conseguidos hasta ahora por el *Common Core*. Por último, el proyecto *Common Core* es bien conocido en Europa en el circuito de la literatura sobre Derecho Privado europeo. En los distintos trabajos sobre el tema se pone de manifiesto que el proyecto tiene ya un papel consolidado, que ambiciona crear una cultura jurídica europea, como base del Derecho Privado europeo y, como tal, se contrapone a las iniciativas que, en cambio, tienen como objetivo la producción de un conjunto de principios generales para Europa –por ejemplo, como la Comisión Lando o su sucesor el *Study Group on a European Civil Code*–. Sin embargo, comenta el citado autor que el proyecto también ha sido objeto de algunas críticas relativas al método en que se ha basado este grupo. Asimismo, se ha observado una contradicción entre los objetivos del proyecto –el mapeo a gran escala del Derecho Privado europeo de los países de la UE– y la modalidad de aplicación del método de investigación, que en cambio se ha concentrado en temas demasiado específicos de Derecho Privado¹⁶⁵.

3.1.4. El *Study Group on a European Civil Code*.

En 1.999 se creó el *Study Group On a European Civil Code (Study Group)* en la Universidad de Osnabrück (Hamburgo), como sucesor de la Comisión Lando, bajo los auspicios del Ministro de Justicia Holandés y presidido por el Profesor VON BAR. Se encargó a este grupo la realización de un trabajo que fue presentado en junio de 1.999 bajo el título “Estudio de los sistemas de Derecho Privado respecto a las discriminaciones y la elaboración de un Código Civil europeo”, donde, destacaba la necesidad de armonizar todas esas materias y, además, la gestión de negocios ajenos, para crear mayor transparencia y remover obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales incluidos en el Tratado de la Comunidad Europea

¹⁶³ FIORENTINI, F., “El proyecto *The Common Core of European Private Law*: aportaciones italianas a la comparación jurídica europea”, *ADC*, Tomo LXVIII, 2015, pág. 1312.

¹⁶⁴ MANTILLA ESPINOSA, F., PIZARRO WILSON, C., *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008, pág. 88.

¹⁶⁵ FIORENTINI, F., 2015, *Op. Cit.*, pág. 1337-1341, 1351-1353.

(TCE)¹⁶⁶. De acuerdo con el estudio, el ámbito de la armonización se extendía al Derecho de Obligaciones, en general, y también a algunos sectores de los derechos reales. Para el Grupo los trabajos debían encaminarse a la elaboración de un Código Civil europeo comentado y completado por referencias detalladas de Derecho comparado. Entre sus acciones cabe destacar el “Seminario Internacional sobre unificación del Derecho Contractual Europeo” al que siguió una reunión del Grupo que tuvo lugar en Valencia (España), los días 11 a 15 de junio de 2.002¹⁶⁷. Además, este grupo extendió su labor más allá del Derecho Contractual, abordando la responsabilidad extracontractual, enriquecimiento injustificado, gestión de negocios ajenos, garantías del crédito y transferencia de la propiedad de los bienes muebles. Su propósito principal fue la elaboración de los denominados “Principios de Derecho Europeo” (*Principles of European Law –PEL–*), los cuales tenían por objeto la regulación de determinados contratos especiales¹⁶⁸.

En opinión de LARROUMET, el proyecto de VON BAR fue muy ambicioso, argumentando que el objetivo de unificación de todo el Derecho Civil, incluso el Derecho de los bienes y de la familia, no corresponde a ninguna necesidad. Considera que si bien la responsabilidad contractual podría ser unificada, es muy dudoso que la extracontractual debiera correr la misma suerte¹⁶⁹. Opinión la anterior que aquí compartimos, toda vez que se entiende necesaria la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, como paso previo a la regulación de otras áreas más específicas del Derecho Contractual, como puede ser la regulación de los distintos tipos de contratos de forma específica; pero no se entiende necesaria extender tal unificación jurídica a otras áreas del Derecho Privado que no afectan a las transacciones transnacionales.

3.1.5. El *Acquis Group*.

El *Acquis Group* (*European Research Group on Existing EC Private Law*) fue fundado en 2.002, en la Universidad de Bielefeld, bajo la coordinación del Profesor SCHULTE-NÖLKE, para el estudio y mejora del Derecho comunitario en materia contractual de protección al consumidor. Este Grupo no trató tanto de crear nuevas reglas, sino de armonizar las ya existentes y de buscar soluciones a problemas de interpretación planteados por ellas. Los “*Acquis Principles*” (ACQP) se formularon en una primera versión en 2.007 y en una segunda en 2.009 –que además tiene en cuenta el texto del “Proyecto del Marco Común de Referencia”

¹⁶⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE núm. C 224/6, de 31 de agosto de 1992).

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 18-19.

¹⁶⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 201.

¹⁶⁹ LARROUMET, C., 2006, *Op. Cit.*, pág. 75.

(“*Draft of Common Frame of Reference*”, DCFR)¹⁷⁰, y cuya elaboración se expone más adelante en el Apartado 3.2.1-. Este Grupo se centró en el establecimiento de principios que constituyeran el cimiento de la futura expedición de leyes comunitarias o nacionales, pudiendo ser considerada esta compilación como un *restatement* de principios, reglas y normas¹⁷¹. En particular, su artículo 1:101 (2) establece que estos principios y normas sirven como fuente para la redacción de normas, la transposición y la interpretación del Derecho comunitario europeo. No son, por tanto, un Código europeo, sino que respondían a una doble finalidad: por un lado, como soporte indispensable en la redacción del “Marco Común de Referencia” (“*Common Frame of Reference*”, CFR), puesto que proporcionaron la base del Derecho europeo. Por otro lado, los ACQP tenían como objetivo facilitar la transposición del Derecho comunitario en los Derechos nacionales, servir de apoyo a la futura legislación comunitaria y ayudar a su interpretación¹⁷².

Este grupo se diferencia de otros grupos académicos, principalmente, por la metodología empleada y sus fuentes. En el primer caso, sigue metodológicamente la “aproximación comunitaria” que como afirma ARROYO I AMAYUELAS no tiene “*pretensión innovadora alguna en su formulación y que, más bien, sólo se trata de compilar y reformular el derecho existente a base de generalizar algunos principios implícitos en algunas Directivas y de colmar las lagunas que hoy se detectan en muchas de ellas*”¹⁷³. En cuanto a sus fuentes, se toma todo el acervo comunitario (principalmente Directivas y jurisprudencia del TJUE), y otras fuentes como la CVCIM; las normas de transposición en los Estados miembros y las legislaciones nacionales¹⁷⁴.

En definitiva, es patente que los esfuerzos académicos y la investigación llevada a cabo hasta ahora en el ámbito del Derecho Privado en general, y del Derecho Contractual en particular, han sido notables, cada uno recurriendo a su propia metodología y presentando interesantes propuestas en la materia. De los grupos y proyectos estudiados que presentaron compilaciones generales de Derecho Contractual, estimamos que los PECL es quizá el proyecto de mayor relevancia, dada su influencia en años posteriores en la integración e interpretación

¹⁷⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 201.

¹⁷¹ RIVERA RESTREPO, J.M., “Marco Común de Referencia y derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual”, *Dikaion*, 25, 2016 (I), pág. 276.

¹⁷² RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., “El proceso de unificación del Derecho Privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales”, *Diario La Ley*, 7331, 2010, Apdo. III.

¹⁷³ ARROYO I AMAYUELAS, E., “Hacia un Derecho Contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario”, en *Derecho Contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pág. 211.

¹⁷⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 168-172.

del Derecho Contractual tanto a nivel nacional, como supranacional. Además, consideramos la metodología seguida por la Comisión Lando la más adecuada a efectos de unificar los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, partiendo de considerar las similitudes existentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, el denominado “núcleo común del Derecho de los Contratos”, para posteriormente crear una normativa mejor (*better rules*). Y ello, frente a otros grupos, como la Academia de Pavía, que sí partió de un determinado ordenamiento (italiano) para compilar el CEC; o como el *Acquis Group*, cuya pretensión no fue tanto la de crear *better rules*, sino establecer un conjunto útil de normas con base principalmente –y como se acaba de exponer– en el acervo comunitario. Además, los PECL se acercan a la experiencia inglesa, sin olvidar la presencia de los ordenamientos continentales; mientras que el CEC se acerca más en su concepción a la experiencia codificadora europea.

3.2. Perspectiva institucional.

3.2.1. Planes de Acción y el *Draft of Common Frame of Reference*.

Los antecedentes respecto al impulso de la unificación jurídica del Derecho Contractual por parte de las Instituciones comunitarias se remontan a la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1.989, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros”¹⁷⁵, la cual ya disponía la necesidad de contar con un Derecho Privado común y modernizado en orden a lograr la ampliación de los vínculos de la entonces CE con terceros países. En particular, se consideró relevante la unificación del Derecho de Obligaciones, como rama importante para el desarrollo del mercado único. Se trataba de impulsar la colaboración en las tareas de unificación, resultando necesario el estímulo –moral y material– tanto de los estudios de Derecho comparado dentro de la CE, como de los trabajos más generales de codificación.

Más adelante, el Consejo Europeo reconoció en las reuniones de Birmingham y Edimburgo en 1.992¹⁷⁶ que el mercado interior era un proceso dinámico y que debía ajustarse y mejorarse para su adaptación a los cambios de coyuntura, haciendo hincapié en la necesidad de garantizar que del mercado interior se derivasen ventajas para todos los ciudadanos y empresas de la CE. Asimismo, en sus reuniones de 10 y 11 de diciembre de 1.993¹⁷⁷, el Consejo Europeo sostenía que la existencia de un gran mercado interior de vocación exportadora constituía para la economía europea una baza capital de la que debía sacarse el máximo partido posible. Para

¹⁷⁵ Parlamento Europeo, 1989, *Cit.*

¹⁷⁶ Consejo Europeo. *Reuniones del Consejo Europeo en Edimburgo y Birmingham*, 1992.

¹⁷⁷ Consejo Europeo. *Reuniones del Consejo Europeo de Bruselas*, 1993.

conseguir este objetivo, hacía un llamamiento en orden a simplificar y aligerar la normativa comunitaria de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

Como continuación a lo anterior, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 1.994 sobre “la transparencia del Derecho comunitario y la necesidad de su codificación”¹⁷⁸, destacaba la seguridad jurídica como un pilar fundamental de la UE y enfatizaba que una armonización progresiva de determinados sectores del Derecho Privado era esencial para la realización del mercado interior, considerando oportuno apoyar los trabajos de unificación de Derecho Contractual de la Comisión Lando o Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos (*Comission on European Contract Law*), constituida en 1.980 por el Profesor LANDO, su presidente.

Como vemos, las Resoluciones de 1.989 y 1.994 del Parlamento Europeo constituyeron las primeras propuestas para la elaboración de un Código europeo de Derecho Privado y, por ende, de unificación de la Teoría General de los Contratos en cuanto parte integrante del Derecho Privado. Es interesante comentar a este respecto que ya, en los años noventa¹⁷⁹, la unificación jurídica del Derecho Privado generaba un floreciente interés, el cual como se verá más adelante fue incrementándose de forma relevante a lo largo de los años; para luego, ya en el siglo XXI, cambiar de senda y comenzar otra nueva, marcada sobre todo por los cambios tecnológicos y el mundo digital. No obstante, en opinión de LEÓN ARCE que aquí compartimos, los hechos han demostrado que ambas Resoluciones (1.989 y 1.994) eran poco realistas, dado que ya entonces no existía una auténtica voluntad política de llevar a cabo el proyecto¹⁸⁰.

Más adelante, la Resolución del Consejo de 8 de julio de 1.996¹⁸¹ hizo especial alusión a la conveniencia de hacer más accesible y comprensible la legislación relativa al mercado interior en interés de los agentes económicos y de los ciudadanos, en particular mediante una mejora de la calidad de dicha legislación a través de la unificación jurídica, una mayor coherencia de los textos y una mayor legalidad. Así, ya se habían puesto en marcha iniciativas encaminadas a simplificar y unificar la legislación existente con el fin de flexibilizar los sistemas legislativos mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Y todo ello, teniendo en cuenta que las iniciativas legislativas que se tomasen, debían tener en cuenta las

¹⁷⁸ Parlamento Europeo. *Resolución sobre "La transparencia del Derecho comunitario y la necesidad de su codificación"*, (DOCE núm. C 205/514, 6 de mayo de 1994).

¹⁷⁹ Afirma FIORENTINI que los primeros años noventa coinciden con la fase de la primera aceleración de la integración jurídica europea en el sector del Derecho Privado y Mercantil, impulsada por las Instituciones comunitarias, a partir de 1.989; según FIORENTINI, F., 2015, *Op. Cit.*, pág. 1313.

¹⁸⁰ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 46.

¹⁸¹ Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución sobre "la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior"*, (DOCE núm. 224/3, 1 de agosto de 1996).

necesidades de las empresas, especialmente de las PYMEs. El Consejo consideraba que una legislación nacional demasiado compleja podía obstaculizar el buen funcionamiento del mercado interior y que, por ende, debería realizarse el mismo esfuerzo de simplificación a escala nacional, con el fin de evitar la aparición de nuevos obstáculos a los intercambios, cuyo efecto sería la fragmentación del mercado interior.

Por su parte, el Parlamento en su Resolución de 2 de junio de 1.997¹⁸², manifestó su preocupación sobre la tendencia de la Comisión a presentar, debido al fracaso de iniciativas más ambiciosas y/o a la política del Consejo, Directivas marco y códigos de conducta, pues se corría el riesgo de crear así un Derecho de naturaleza incierta, menos vinculante (*soft-law*) y menos seguro, traducido en una armonización ficticia y una incorporación aleatoria a los ordenamientos jurídicos nacionales.

En febrero de 1.997, se celebró una Conferencia Internacional sobre el tema “Hacia un Código Civil Europeo”, en La Haya, presidido por el Profesor VON BAR. Esta Conferencia tuvo por objeto discutir la armonización del Derecho Privado y Comercial europeo, reuniendo con este propósito a más de doscientos juristas, la mayoría de ellos académicos, Jueces, profesionales del Derecho y funcionarios de los Estados miembros de la UE, así como representantes del Parlamento y de la Comisión Europea¹⁸³.

El Consejo Europeo celebró una sesión especial en Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1.999¹⁸⁴, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. A este respecto, el Consejo Europeo hizo referencia a la consideración esencial de que la UE desarrollase su capacidad para actuar y ser considerada como un socio significativo en la escena internacional. Asimismo, llamó la atención sobre el requerimiento de realizar un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.

¹⁸² Parlamento Europeo. *Resolución sobre "los informes de la Comisión al Consejo Europeo - sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en 1994, COM(94)0533 C4-0215/95,- "Legislar mejor", sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y sobre la simplificación y la codificación - 1995(CSE(95)0580 - C4- 0561/95),- "Legislar mejor", sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y sobre la simplificación y la codificación - 1996(CSE(96)0007 - C4- 0015/97) y- sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Informe provisional) (CSE(96)0002 - C4-0355/96)",* (DOCE núm. C 167/34, 2 de junio de 1997).

¹⁸³ LOOKOFKY, J., "The Harmonization of Private and Commercial Law: Towards a European Civil Code", *Scandinavian Studies in Law* 39, 2000, pág. 111.

¹⁸⁴ Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo sobre "La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia"*, 15 y 16 de octubre de 1999.

Como continuación de su trayectoria anterior, en su Resolución de 16 de marzo del año 2.000¹⁸⁵, el Parlamento Europeo reiteró sus peticiones, considerando esencial para el mercado interior, una armonización mayor del Derecho Civil, solicitando a la Comisión la elaboración de un estudio en este ámbito. En su respuesta al Parlamento Europeo de 25 de julio del 2.000, la Comisión declaró que, dada su importancia para el desarrollo del mercado interior y las tendencias comerciales y tecnológicas futuras, analizaría el acervo comunitario, vigente o en preparación, en los campos pertinentes del Derecho Civil a fin de determinar las lagunas y los trabajos académicos efectuados o en curso¹⁸⁶.

Desde el punto de vista doctrinal, durante este periodo, cabe destacar la opinión de ZIMMERMANN, quien sostuvo que no era posible una verdadera unificación jurídica en Europa si no se realizaba una labor previa de comprensión de las diversas variedades jurídicas nacionales a partir de su nexo histórico común. Por ello, proponía buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos Derechos Privados nacionales para, de este modo, formar el núcleo de un nuevo Derecho común europeo que pudiese constituir la base de un Código civil para toda Europa¹⁸⁷. Perspectiva que, consideramos, debería haber comenzado con la búsqueda de los fundamentos comunes sobre la Teoría General de los Contratos en los distintos ordenamientos jurídicos de la UE.

Más adelante, durante el Consejo Europeo de Estocolmo, de 23 y 24 de marzo de 2.001, se enfatizó la relevancia del buen funcionamiento de los mercados para incrementar los beneficios de los consumidores y crear un entorno emprendedor. Desde el punto de vista de la armonización legislativa, se instaba a los Estados miembros a incorporar en su Derecho interno las Directivas sobre el mercado interior¹⁸⁸.

Como resultado, la Comisión emitió su Comunicación sobre “Derecho Contractual Europeo”, de 11 de julio de 2.001¹⁸⁹, cuyo objeto radicó en ampliar el debate sobre dicha materia entre el Parlamento Europeo, el Consejo y otros interesados, como empresas, profesionales de la justicia, académicos y grupos de consumidores, siendo un primer paso hacia

¹⁸⁵ Parlamento Europeo. *Resolución sobre "El Programa Legislativo Anual de La Comisión para 2000"*, (DOCE núm. C 377/328, 16 de marzo de 2000).

¹⁸⁶ COM (2001) 398 final, *Cit.*, Apdo. 3.

¹⁸⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado europeo”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 14, 2006, pág. 240; ZIMMERMANN, R.; VAQUER ALOY (ÜBERSETZUNG), A., *Estudios de Derecho Privado europeo*, Civitas Ediciones, 2000, pág. 12-13.

¹⁸⁸ Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo*, 23 y 24 de marzo de 2001.

¹⁸⁹ COM (2001) 398 final, *Cit.*

la puesta en práctica de las Conclusiones de Tampere. La Comisión puntualizó que la aproximación de determinados ámbitos específicos del Derecho Contractual a nivel comunitario abarcaba un número creciente de problemas. Hasta entonces, el legislador comunitario había seguido un planteamiento selectivo consistente en adoptar Directivas sobre contratos específicos cuando se detectaba una necesidad de armonización. Por ello, la Comisión Europea deseaba recopilar información sobre la necesidad de llevar a cabo acciones comunitarias más amplias en el ámbito del Derecho Contractual, en orden a averiguar si los problemas se debían a divergencias entre el Derecho Contractual de los Estados miembros. En particular, se preguntaba si los problemas relativos a la celebración, la interpretación y la aplicación de los contratos transfronterizos podrían afectar al buen funcionamiento del mercado interior y podrían obstaculizar las transacciones transfronterizas o aumentar su coste.

Por ello, la Comunicación invitaba a opinar sobre si el planteamiento de armonización sectorial del Derecho Contractual podía dar lugar a incoherencias a nivel comunitario, o a problemas de falta de uniformidad en la aplicación de la legislación comunitaria y de las medidas de transposición nacionales. En caso de detectarse problemas concretos, la Comisión solicitaba opiniones sobre cómo deberían o podrían resolverse. Para facilitar su formulación, la Comunicación ofrecía una lista no exhaustiva de soluciones posibles:

- (i) Dejar que sea el mercado quien resuelva los problemas detectados (que denominamos aquí como “solución de no intervención”), en cuanto que el mercado crea con frecuencia problemas de interés público, pero desarrolla también sus propias soluciones. Esta opción consideraba que los Estados miembros y las asociaciones comerciales podrían orientar eficazmente el mercado en una dirección específica (como, acelerar la utilización de nuevas tecnologías o estimular nuevos tipos de prácticas comerciales), por ejemplo, mediante incentivos que ofrecieran asistencia y asesoramiento sobre transacciones transfronterizas.

Sin embargo, consideramos que esta opción no hubiera contribuido en modo alguno a la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE; si bien estimamos conveniente que, en cualquier caso, los Estados miembros y asociaciones deberían colaborar a efectos de ofrecer orientación a los operadores en las transacciones transfronterizas dentro de la UE, así como impulsar el uso de nuevas tecnologías, lo que podría suponer un ahorro de costes tanto en el ámbito jurídico como en otras áreas (desplazamientos, personal o infraestructuras).

- (ii) Promover el desarrollo de principios comunes de Derecho Contractual no vinculantes (que denominamos aquí como “solución de *soft-law*”), de forma que estos principios podrían ser de utilidad a las partes contratantes en la fase de redacción de nuevos

contratos y para la ejecución de los contratos. Se consideraba que también podrían ser útiles para los Tribunales e Instancias Arbitrales nacionales para decidir sobre cuestiones jurídicas –referidas sobre todo a casos transfronterizos– que no estuvieran cubiertas plenamente por normas nacionales vinculantes o respecto a las cuales no existiese ninguna disposición legislativa. Al mismo tiempo, los principios comunes podrían contribuir a que los Tribunales nacionales que deban aplicar una normativa extranjera comprendieran los aspectos básicos de los principios generales del Derecho subyacentes. Esta opción estimaba que los Estados miembros o la CE podrían respetar en la medida de lo posible los principios a la hora de promulgar nueva legislación o modificar la existente en el ámbito del Derecho Contractual nacional. Se sostenía que incluso la aplicación de los principios comunes podría propiciar la creación de Derecho consuetudinario si su puesta en práctica fuera prolongada y continua y existiera un convencimiento compartido. Ello podría influir o incluso modificar aquellas prácticas comerciales en vigor en los Estados miembros que crearan obstáculos al pleno funcionamiento del mercado interior. Una vez que estos principios comunes hubieran sido definidos y acordados por todas las partes interesadas de los Estados miembros, deberían ser ampliamente difundidos entre aquellos que debieran aplicarlos, a fin de garantizar una puesta en práctica uniforme y coherente. No obstante, la aplicación de estos principios comunes sólo podría tener carácter voluntario. Con todo, la Comunicación apuntaba que si se lograra que fueran aplicados continuamente por un grupo suficientemente numeroso de profesionales de la justicia y de legisladores nacionales y comunitarios, aumentaría la convergencia en el ámbito del Derecho Contractual europeo.

Si bien estimamos que esta medida podría ser útil a efectos de tener una referencia de principios sobre la Teoría General de los Contratos a nivel de la UE, se entiende que conllevaría mucho tiempo el hecho de que éstos logaran una convergencia real en este ámbito. De este modo, en nuestra opinión, podría ser una medida previa de cara a una unificación jurídica, de forma que se fuera analizando el Derecho Contractual vigente en los Estados miembros y compilando unos principios comunes, para después crear una Teoría General de los Contratos común sobre la base de tales principios.

- (iii) Revisar y mejorar la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho Contractual para que fuera más coherente y pudiera aplicarse a situaciones que no estaban contempladas en el momento de su adopción (que denominamos aquí como “solución de revisión”), lo que implicaría una labor de modernización, consolidación, codificación y refundición de instrumentos ya existentes y, en particular, una simplificación de las disposiciones de las Directivas dentro del proyecto de

Simplificación de la Legislación del Mercado Interior (SLIM)¹⁹⁰. Por otra parte, una mejora adicional consistiría en adaptar, en caso necesario, el contenido de los instrumentos jurídicos existentes antes de aprobar otros nuevos. Por ejemplo, si fuera necesario y pertinente, se debería ampliar el ámbito de aplicación de algunas Directivas a los contratos u operaciones que presentasen numerosas características similares a las de los contratos y operaciones cubiertos por dichas normas pero que, por diversos motivos, no se incluyeron en su campo de aplicación en el momento de su aprobación.

Medida que aquí estimamos conveniente en cualquier caso y que debería llevarse a cabo de forma recurrente en el tiempo, de forma que los actos promulgados por las Instituciones de la UE fueran revisados cuando fuera necesaria una modificación y actualización de su contenido, emitiendo versiones consolidadas de los distintos instrumentos y coherentes respecto a otros instrumentos que regulen áreas, conceptos y términos similares.

- (iv) Adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario (que denominamos aquí como “solución de unificación”), es decir, un texto general que contuviera disposiciones sobre cuestiones generales del Derecho Contractual y contratos específicos. Ello dependería del tipo de instrumento y de la naturaleza vinculante del mismo. El instrumento elegido dependería de varios factores, entre ellos el grado de armonización previsto. Por un lado, una Directiva daría a los Estados miembros cierto margen para adaptar las disposiciones respectivas de la legislación de transposición a sus distintas situaciones económicas y jurídicas nacionales. Por otro lado, no excluiría que existieran diferencias en la puesta en práctica, lo que podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interior. Optar por un Reglamento reduciría el margen de disposición de los Estados miembros para incorporar las disposiciones comunitarias a sus sistemas jurídicos nacionales; pero, por otro lado, garantizaría una mayor uniformidad y transparencia de las condiciones en las que operan los agentes económicos en el mercado interior. Optar por una Recomendación sólo vendría al caso si se eligiera un modelo totalmente opcional. En lo tocante a la naturaleza vinculante de las medidas propuestas, existen varias alternativas, que también se podrían combinar: (a) un modelo puramente opcional que habrían de elegir las partes; por ejemplo, una Recomendación (como el artículo 1:101 (2) de los PECL) o un Reglamento (como el Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de

¹⁹⁰ El proyecto piloto SLIM se emprendió en 1996 como una iniciativa destinada a mejorar la calidad de la legislación del mercado interior, eliminar la legislación superflua y reducir los costes de aplicación de la normativa.

la Sociedad Europea¹⁹¹) que se aplicasen cuando las partes acordasen que su contrato se rigiera por estos textos; (b) un conjunto de normas de aplicación automática salvo disposición contractual en sentido opuesto (como la CVCIM). Se trataría de disposiciones de salvaguardia en los casos en que las partes contratantes fueran libres de acordar otras soluciones a través del contrato, es decir, la aplicación de una normativa nacional coexistente o soluciones contractuales específicas. Garantizaría que las partes contratantes conservasen plena libertad para definir el contenido del contrato, constituyendo al mismo tiempo una “red de seguridad” que se aplicaría únicamente en ausencia de disposiciones contractuales específicas; (c) un conjunto de normas cuya aplicación no se pudiera excluir en el contrato. La tercera alternativa sustituiría a la normativa nacional en vigor, mientras que el previsto en la primera coexistiría con ésta. La segunda opción podría coexistir con la normativa nacional o sustituirla. Cada conjunto de normas aplicables podría distinguir entre normas obligatorias y no obligatorias.

Dentro de las opciones anteriores propuestas por la Comunicación, en nuestra opinión, la opción (a) podría ser la más viable a efectos de su implantación, toda vez que se constituiría sobre una base puramente voluntaria y no implicaría que las partes tuvieran que conocer de antemano la aplicación automática de las normas que tuvieran que excluir (como es el caso de la opción (b)) o la aplicación de normas supranacionales en el ámbito de Derecho Contractual que las partes no pudieran excluir del Contrato (como la opción (c)).

Así, la Comunicación puso en marcha un proceso de consulta que permitió obtener muchas contribuciones de los gobiernos y de las partes interesadas, incluyendo las empresas, los profesionales de la justicia, los académicos y las organizaciones de consumidores. Todos los autores de las contribuciones dieron su opinión sobre las diferentes opciones. Sólo una pequeña minoría era favorable a la opción (i) (“solución de no intervención”) y en general se consideró que debía descartarse por los riesgos que suponía, principalmente para los consumidores, dejar al mercado la labor de aproximación de las legislaciones. Un amplio apoyo recibieron las

¹⁹¹ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE núm. L294/1, de 10 de noviembre de 2001).

opciones (ii) (“solución de *soft-law*”)¹⁹² y (iii) (“solución de revisión”)¹⁹³, considerando que eran las más adecuadas y realistas para alcanzar un cierto grado de armonización. Al menos en esta etapa, una mayoría manifestó su oposición a la opción (iv) (“solución de unificación”). No obstante, muchas contribuciones señalaron que esta propuesta debería volver a examinarse a la luz de las futuras evoluciones resultantes de las opciones (ii) (“solución de *soft-law*”) y (iii) (“solución de revisión”)¹⁹⁴.

Entre los juristas, VON BAR y LANDO señalaron que la elaboración de una serie de principios comunes constituía un paso esencial en la actuación por etapas que se proponía de cara a la elaboración y aceptación de un futuro Código Civil común. Pero otros defendieron posturas más moderadas, por ejemplo GOODE estaba igualmente a favor de la opción (ii) (“solución de *soft-law*”), añadiendo que debería modificarse el CR de modo que fuera posible su elección, pero en contra de que los principios llegaran a sustituir con el tiempo a los Derechos nacionales¹⁹⁵. KARSTEN y PETRI consideraban que una Recomendación –opción (iv.a)– sería posiblemente la alternativa de mayor alcance, ya que tal acto se estructuraría como un Reglamento con preámbulo y artículos. El uso de una Recomendación podría considerarse como una forma de subrayar que el destinatario del acto no era sólo la Comisión o las demás Instituciones (cuando se proponen enmiendas a los proyectos de la Comisión), sino también los agentes externos como los legisladores y Tribunales nacionales, los árbitros o los operadores¹⁹⁶.

¹⁹² El gobierno británico se mostraba partidario de la opción (i) (“solución de no intervención”), pero no se oponía e incluso consideraba oportuno que se identificaran una serie de principios comunes, útiles por ejemplo para los Tribunales a la hora de aplicar el Derecho extranjero, siempre que con ellos no se pretendiera una mayor convergencia de los Derechos nacionales. En otra línea se situó el gobierno portugués, que apoyaba la opción (ii) (“solución de *soft-law*”) para que los contratantes tuvieran la oportunidad de someterse voluntariamente a los principios, pues los mismos constituían un paso obligado en el caso de que se pretendía una mayor armonización –opción (iv) (“solución de unificación”)–. En el ámbito empresarial no se mostró gran entusiasmo. Asimismo, las asociaciones de consumidores se opusieron, alegando que la normativa aplicable a su sector debía tener fundamentalmente carácter imperativo, y que la formulación de una serie de principios con carácter voluntario no se ajustaba a sus necesidades; en CAMPUZANO DÍAZ, B., 2002, *Op. Cit.* pág. 58-59.

¹⁹³ Esta opción también fue bien acogida, sobre todo porque, como indica GALLEGU DOMÍNGUEZ “*no está en contradicción con la opción segunda, ni con la cuarta, contemplándose a veces como una etapa hacia la opción cuarta*”; según GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “La unificación del derecho civil patrimonial”, en AA. VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

¹⁹⁴ Comisión Europea, *Un Derecho Contractual Europeo Más Coherente - Plan De Acción*, COM (2003) 68 final, 15 de marzo de 2003, Apdo. 7.

¹⁹⁵ CAMPUZANO DÍAZ, B., 2002, *Op. Cit.* pág. 58-59.

¹⁹⁶ KARSTEN, J.; PETRI, G., “Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission’s 2004 Communication ‘European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward’”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pág. 38.

Por su parte, el Profesor SONNENBERGER propugnaba la elaboración de un Derecho uniforme de conflictos normativos en el ámbito del Derecho Contractual bajo forma de un Reglamento junto a la elaboración de una “parte general” de un Derecho material contractual de la UE, aunque era consciente de que no existía, o al menos era muy dudosa, la competencia comunitaria para crear un Derecho Contractual europeo¹⁹⁷.

Sin embargo, fueron muchas las opiniones contrarias a la codificación o a una amplia intervención legislativa que desembocase en la elaboración y promulgación de un Código. Por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL defendía la no intervención –opción (i)– y que fueran los propios operadores económicos los que, a través de la libertad de contratación, elijan las normas más efectivas para la regulación de su relación. Así, según este autor, se alcanzaría un nivel elevado de uniformidad jurídica a través de la vía de la armonización negativa o de mercado. ALFARO ÁGUILA-REAL solo era partidario de la armonización positiva (intervención del legislador centralizado) en casos muy limitados, como las normas imperativas cuando tiendan a reducir las posibles externalidades entre Estados o a corregir los resultados cuando éstos no sean los más eficientes desde el punto de vista social¹⁹⁸.

En general, vemos como las respuestas obtenidas mostraron un claro consenso sobre la necesidad de mejorar la coherencia de la legislación existente en el ámbito del Derecho Contractual en la UE a fin de garantizar su aplicación uniforme y el buen funcionamiento del mercado interior; lo que estimamos que debería haber sido una medida necesaria y coherente tenida en cuenta independientemente del proceso de armonización o unificación del Derecho Contractual.

A raíz de los precedentes anteriores, el 15 de noviembre de 2.001, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución relativa a la “aproximación del Derecho Civil y Mercantil de los Estados miembros”¹⁹⁹, donde se lamentaba que la Comisión se hubiese limitado al estudio de la unificación del Derecho Privado Contractual y que no hubiese explorado otras posibilidades, en la línea de lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere. Igualmente, instaba la continuación de los trabajos de la armonización del Derecho Contractual²⁰⁰, estableciendo un Plan de Acción detallado con medidas a corto, medio y largo plazo con un calendario

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 7.

¹⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 237; ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva”, *Derecho Privado europeo*, ed. Codex, 2003, pág. 107 y ss.

¹⁹⁹ Parlamento Europeo, *Resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros*, COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), (DOCE núm. C 140 E/538, 13 de junio de 2002).

²⁰⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 8.

determinado, para finalizar en 2.010 con la elaboración y adopción de un corpus de reglas sobre el Derecho Contractual de la UE. Además, pedía a la Comisión que examinase si no sería más eficaz y pertinente, en el marco de la futura legislación del mercado interior, recurrir al Reglamento como instrumento jurídico²⁰¹.

No obstante, considerando el estado de la cuestión, consideramos aquí que el Reglamento no era el instrumento propicio para conseguir una unificación jurídica, dada la dificultad de su adopción y negociación entre los Estados miembros de la UE y la diversidad de opiniones respecto a la necesidad real de una unificación vinculante, por lo que habría sido recomendable considerar otras vías de acción que implicaran una menor intervención en los ordenamientos de los Estados miembros.

Por su parte, el Consejo, a raíz de la Comunicación de 11 de julio de 2.001, en su Informe de 16 de noviembre del mismo año, sobre “la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”²⁰², instaba a la Comisión a que determinara los ámbitos en los que la diversidad de las legislaciones nacionales en materia contractual pudiera menoscabar el buen funcionamiento del mercado interior y la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

A raíz de lo anterior, la Comisión en su Comunicación de 5 de diciembre de 2.001²⁰³, reconocía que, a pesar de los esfuerzos realizados, los resultados obtenidos distaban mucho de los objetivos marcados, debido a la complejidad de la tarea y a la falta de apoyo político real. Ponia de manifiesto que la mejora y la simplificación del marco regulador constituía una necesidad absoluta para el futuro de la UE, tal y como se explicaba en el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea de la Comisión publicado el 25 de julio de 2.001²⁰⁴. Así las cosas, en la Comunicación de 5 de junio de 2.002²⁰⁵, la Comisión precisó que era necesario un compromiso político firme por parte de las otras Instituciones y de los Estados miembros para la definición y aplicación del Plan de acción.

²⁰¹ Parlamento Europeo, 2001, *Cit.*, Apdo. 20.

²⁰² Consejo de la UE. *Justicia, Asuntos De Interior y Protección Civil*, Sesión núm. 2385, C/01/409, 16 de noviembre de 2001.

²⁰³ Comisión Europea. *Comunicación sobre "Simplificar y Mejorar el Marco Regulador"*, COM (2001) 726 final, 5 de diciembre de 2001.

²⁰⁴ Comisión Europea. *Comunicación sobre "La gobernanza europea - Un Libro Blanco"*, COM (2001) 428 final, 25 de julio de 2001.

²⁰⁵ Comisión Europea. *Comunicación sobre "Simplificar y Mejorar El Marco Regulador"*, COM (2002) 278 final, 5 de junio de 2002.

Por su parte, en su Dictamen de 17 de julio de 2.002 sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual europeo"²⁰⁶, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) hizo hincapié en la necesidad de buscar soluciones en el ámbito contractual a escala mundial. No obstante, dado que estas soluciones no eran posibles, consideraba preferible que se elaborara un Derecho Contractual europeo uniforme y general, por ejemplo en forma de Reglamento. Las partes podrían elegir a medio plazo este instrumento (*opt-in solution*), que, a largo plazo, podría convertirse en un instrumento común que las partes podrían siempre soslayar cuando prefirieran aplicar una legislación nacional específica (*opt-out solution*)²⁰⁷.

El Parlamento, en su Informe de 6 de diciembre de 2.002²⁰⁸, sostuvo que podría prescindirse de complejos y lentos ejercicios de simplificación si desde un primer momento se velara por la elaboración de una legislación de buena calidad en la que se indicasen con claridad las repercusiones administrativas y financieras. Asimismo, consideraba que los esfuerzos de la Comisión Europea habían desembocado en una serie de actos típicos (resoluciones, comunicaciones, libros verdes, etc.) cuya naturaleza y cuyas repercusiones seguían sin resultar claros, hasta el punto de que el TJCE no los consideraba vinculantes. En consecuencia, el Parlamento destacaba que era esencial que las iniciativas de simplificar y mejorar el marco legislativo dieran lugar a acciones concretas y resultados cuantificables.

De este modo, las soluciones que se plantearon en esta etapa abarcaban desde la no intervención a la adopción de un instrumento vinculante. Entre estas dos soluciones extremas, se plantearon soluciones intermedias como promover el desarrollo de principios comunes de Derecho Contractual no vinculantes ("solución de *soft-law*"). De hecho, las opciones que planteó la Comisión en esta etapa nos recuerdan a las diferencias existentes entre el planteamiento de SAVIGNY y THIBAUT en su debate doctrinal sobre el modo de armonizar o unificar el Derecho. Como muchos de los actores presentes en esta etapa, ambos estaban de acuerdo en que el Derecho debía ser unificado o armonizado. Los seguidores de SAVIGNY, sin embargo, imaginaban un Derecho común desarrollado a partir de los debates en la universidades europeas, en revisiones jurídicas y su desarrollo en manuales. Según esta corriente, el Derecho Contractual europeo debería implementarse progresivamente en las personas, a partir de las aportaciones académicas y apoyado por la comunidad empresarial a partir del establecimiento de usos y prácticas comunes. Este nuevo Derecho europeo sería enseñado a los estudiantes de

²⁰⁶ CESE. *Dictamen sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual europeo"* (DOCE núm. C 241/1, 7 de octubre de 2002).

²⁰⁷ COM (2003) 68 final, *Cit.*, Apdo. 11.

²⁰⁸ Parlamento Europeo. *Informe sobre la Comunicación de la Comisión Relativa a la "Simplificación y Mejora Del Marco Regulator"*, A5-0443/2002, 6 de diciembre de 2002.

manera que, cuando lleguen a ser Jueces, lo aplicasen en sus decisiones. Por su parte, THIBAUT defendía la idea de la codificación del Derecho. No obstante, podemos decir que tanto una como otra corriente estaban de acuerdo en algunos aspectos, como en la necesidad de que, ya sea un Código o un Derecho común desarrollado por la práctica, es necesario sentar antes las bases para ello. Por ejemplo, la promoción de un grupo de académicos que fuera progresivamente desarrollando este nuevo Derecho europeo. Si contrastamos lo anterior con esta etapa en la unificación del Derecho Contractual europeo, la UE había conseguido promover una “escuela” de académicos europeos, cuyas preocupaciones, escritos y debates no se centraban en su propio país, sino que estaban dedicados al futuro Derecho europeo. Además, ambos planteamientos también necesitarían un debate académico en torno al Derecho Contractual europeo y que el mismo fuera enseñado antes y después de proceder a su codificación o unificación. Del mismo modo, observamos como tal debate sobre la unificación del Derecho Contractual en Europa estaba teniendo lugar²⁰⁹.

A este respecto, podríamos decir que la Comisión europea desarrolló sus opciones a partir de las corrientes antes expuestas y que, siguiendo los resultados de la consulta, podríamos resumir en dos corrientes actuales: aquellos que preferían el desarrollo del *soft-law* (como SAVIGNY) y aquellos que abogaban por la adopción de un instrumento de unificación (como THIBAUT). Cabe añadir, ya desde este momento, que si bien consideramos que la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos mediante un instrumento (ya sea optativo o vinculante) sería deseable e idealmente solucionaría los problemas que genera la dispersión jurídica más eficazmente, la opción *soft-law* como un primer paso podría ser mucho más acorde con los tiempos actuales, más fácil de implantar a través de la jurisprudencia, enseñanza y práctica, y menos invasiva de los Derechos nacionales. Si bien, también observamos que si no se adoptara ninguna medida legislativa al cabo del tiempo, es muy probable que su aplicación en la práctica no se generalizara más allá de la interpretación y estudio académico.

Retomando el hilo de los acontecimientos, el siguiente hito importante lo constituyó el Plan de Acción de la Comisión, de 12 de febrero de 2003²¹⁰, el cual supuso un paso más en el proceso de consulta y debate sobre los medios necesarios para resolver los problemas derivados de las divergencias entre los diferentes Derechos Contractuales nacionales de la UE, proponiendo medidas, para intervenir específicamente en determinados sectores; aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho Contractual; promover la elaboración de cláusulas contractuales tipo a nivel comunitario; y, analizar si otros problemas

²⁰⁹ Con base en la exposición que LANDO realiza sobre SAVIGNY y THIBAUT; en LANDO, O., *Op. Cit.*, 2000, pág. 360-361.

²¹⁰ COM (2003) 68 final, *Cit.*

relativos al Derecho Contractual europeo podían exigir soluciones no sectoriales, tales como un instrumento facultativo para resolver los problemas planteados.

La Comisión proponía la elaboración de un CFR, a través de la investigación y contribución de todos los interesados, presentando las mejores soluciones posibles a nivel de terminología y de reglas comunes, como la definición de conceptos fundamentales y abstractos como “contrato” o “daños”, y de las normas aplicables, por ejemplo, en caso de incumplimiento de contrato. La Comisión sostenía que una revisión del acervo actual en materia de Derecho Contractual europeo podía eliminar las incoherencias identificadas, mejorar la calidad de la redacción, simplificar y clarificar las disposiciones vigentes, adaptar la legislación en vigor a ciertos elementos económicos y comerciales novedosos que no estaban previstos en el momento de la adopción, y suplir las carencias de la legislación comunitaria que habían venido causando problemas en su aplicación, respondiendo a las necesidades y las expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspiraba a convertirse en la economía más dinámica del mundo. El segundo objetivo del CFR era constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho Contractual europeo.

Así, la Comisión sostenía que si el CFR se aceptaba ampliamente como el modelo de Derecho Contractual europeo que mejor respondía a las necesidades de los operadores económicos, era muy posible que fuera aceptado también como criterio de referencia por los poderes legislativos nacionales de la UE y, en su caso, por terceros países que desearan establecer nuevas normas en materia de Derecho Contractual o revisar las existentes. Por tanto, según la Comisión, el CFR podría reducir las divergencias entre los Derechos Contractuales en la UE.

Como continuación a la anterior Comunicación, la Comisión emitió una nueva sobre “Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”, de 11 de octubre de 2004²¹¹, constituyendo el seguimiento del Plan de Acción de 2003, a la luz de las respuestas de las Instituciones europeas, los Estados miembros y las partes interesadas, mediante la cual se indicaba como se elaboraría el CFR para mejorar la coherencia del acervo actual y futuro, y establecer planes específicos para los elementos del acervo relativos a la protección de los consumidores. Asimismo, describieron las actividades previstas para promover las cláusulas contractuales tipo de ámbito comunitario, pretendiendo continuar la reflexión sobre la oportunidad de adoptar un instrumento facultativo. De esta manera, en su Comunicación de 10 de mayo de 2005, la Comisión exponía como uno de los objetivos

²¹¹ Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Un Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro"*, COM (2004) 651 final, 11 de octubre de 2004.

estratégicos 2.005-2.009, mejorar el Derecho Contractual sustantivo de la UE, siendo precisa la adopción del CFR, como fecha límite en 2.009, que se utilizaría como un conjunto de instrumentos para mejorar la coherencia y calidad de la legislación de la UE²¹².

Afirmaron KARSTEN y PETRI que la forma en que el Derecho Contractual europeo se estableció como una política a través de dos procedimientos de consulta confirmaba su carácter de proyecto de mercado interno. El proyecto se mantenía dentro de los intereses de la UE, encontrando su justificación en la problemática de la aplicación transfronteriza del Derecho Contractual. Esta política estaba cuidando evitar el debate propio de los círculos académicos sobre el futuro Código Civil europeo, que seguiría eludiéndose mientras se seguía buscando una base jurídica. Así, la Comunicación de 2.004 negaba expresamente cualquier intención de ese tipo, manteniendo un tono conservador en el sentido de perseguir una política de mejora del acervo a través de un CFR, promoviendo el uso de términos estándar en toda la UE y continuando la reflexión sobre un instrumento opcional²¹³.

En su Resolución, de 23 de marzo de 2.006²¹⁴, el Parlamento Europeo resaltaba que numerosos investigadores y terceros interesados, que estaban trabajando en el proyecto, estaban convencidos de que el resultado final a largo plazo sería la redacción de un Código europeo de obligaciones o de un Código Civil europeo plenamente desarrollado y que, en cualquier caso, el proyecto constituía la iniciativa más importante emprendida en el ámbito del Derecho Civil. Asimismo, corroboraba su convicción en cuanto que el mercado interior uniforme no podía funcionar correctamente sin mayores avances hacia una armonización del Derecho Civil. Por otra parte, consideraba que la adopción definitiva del CFR sólo podía llevarse a cabo después de su validación política por el Parlamento Europeo y el Consejo.

A raíz de dicha Resolución, el Parlamento Europeo dictó una nueva con fecha 7 de septiembre de 2.006, sobre "Derecho Contractual Europeo"²¹⁵, en la que manifestó su apoyo a un CFR más amplio en las cuestiones de Derecho Contractual que fueran más allá del ámbito de la protección del consumidor. Sin embargo, subrayaba que el objetivo final y la forma jurídica del CFR aún no estaban claros. No obstante, instaba a que el trabajo se hiciera correctamente, pues el resultado final a largo plazo podría ser un instrumento vinculante.

²¹² Comisión Europea. *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "Programa De La Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una Asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia"*, COM (2005) 184 final, 10 de mayo de 2005.

²¹³ KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 34.

²¹⁴ Parlamento Europeo, 2006, *Cit.*

²¹⁵ Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Derecho Contractual Europeo"*, (DOUE núm. C 305 E/247 de 14 de diciembre de 2006).

Más adelante, la Comisión en su Informe de 25 de julio de 2.007²¹⁶, ponía de relieve que el CFR era un ejercicio a largo plazo, “*cuyo objeto es garantizar la coherencia y calidad de la legislación de la CE en el ámbito del Derecho Contractual. Podría utilizarse para establecer definiciones claras de los términos jurídicos, principios fundamentales y modernas normas coherentes de Derecho Contractual al revisar la legislación sectorial en vigor o preparar legislación nueva, si se considera necesario. No tiene por objeto una armonización a gran escala del Derecho Privado, ni establecer un Código Civil europeo*”.

El 4 de septiembre de 2.007, el Parlamento Europeo publicó dos Resoluciones. En la primera, denominada “Legislar mejor en la Unión Europea”²¹⁷, lamentaba la práctica de la sobrerregulación de los Estados miembros y pedía a la Comisión que investigara qué medidas ulteriores podrían tomarse para evitarla, incluida la introducción de un Derecho de acción directa para los ciudadanos. En la segunda Resolución “sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo”²¹⁸, destacaba que cuando la UE tiene una competencia legislativa, el procedimiento correcto pasa por la adopción de un acto legislativo por las Instituciones democráticas de la UE, garantizando la seguridad jurídica, el Estado de Derecho, la tutela judicial y la aplicación de las leyes, lo que implica también el respeto del equilibrio institucional inscrito en el Tratado y la transparencia del proceso decisorio. El Parlamento en su Resolución de 12 de diciembre de 2.007, sobre “Derecho Contractual Europeo”²¹⁹, puntualizó que debía llegarse a un punto en el que la Comisión decidiese si ejercía o no su derecho de iniciativa y, en su caso, sobre qué ámbitos relacionados con el Derecho Contractual y con qué fundamento jurídico lo haría. Reiteraba, asimismo, su petición a la Comisión de que se mantuvieran abiertas todas las opciones posibles sobre la finalidad y la forma jurídica del futuro instrumento del CFR, incluida la del carácter optativo del mismo.

Como consecuencia de todo lo anterior, el *Study Group on a European Civil Code*, el *Common Core Group* y el *Acquis Group (the Joint Network on European Private Law o Network of Excellence)* unieron sus esfuerzos para formular un DCFR, el cual constituía uno

²¹⁶ Comisión Europea. *Segundo Informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, 25 de julio de 2007.

²¹⁷ Parlamento Europeo. *Resolución sobre “Legislar mejor en la Unión Europea”*, P6_TA(2007)0363, 4 de septiembre de 2007, Apdo. 30.

²¹⁸ Parlamento Europeo. *Resolución sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo*, P6_TA(2007)0366, 4 de septiembre de 2007, considerando J.

²¹⁹ Parlamento Europeo. *Resolución sobre “Derecho Contractual Europeo”*, P6_TA (2007) 0615, 12 de diciembre de 2007.

de los objetivos de la Comunicación de la Comisión de 12 de febrero de 2.003²²⁰, y en cuya redacción participaron un amplio número de expertos, instituciones y universidades procedentes de todos los Estados miembros de la UE²²¹. La aportación del *Study Group* consistió en la ampliación y actualización de la labor realizada por la Comisión Lando, fundamentalmente, con el método comparatista. El *Acquis Group* incorporó en el texto del *Study Group*, principalmente, el campo de la regulación de los consumidores, los principios, reglas y definiciones del acervo comunitario²²². El primer borrador se hizo público en 2.008 (*Interim Outline Edition*), publicándose en 2.009 una segunda versión (*Outline Edition*). Además, se publicó un comentario al texto del DCFR, exponiendo el contenido de los Principios, las razones de la regulación (*Comments*) y las notas relativas a los Derechos nacionales (*Notes*). El DCFR fue caracterizado por la propia Comisión Europea como una “caja de herramientas” (*tool box*) de apoyo para una futura legislación en el campo del Derecho Contractual. Específicamente, el DCFR fue desarrollado con base en estudios comparativos del Derecho comunitario y de la legislación de los Estados miembros, absorbiendo el contenido de los PECL, los cuales a su vez se habían basado en los Principios UNIDROIT y en la CVCIM²²³. Apunta DE LA CUESTA RUTE, en este sentido, que para la elaboración del DCFR “*se ha utilizado con maestría el método comparatista propiamente tal que, como es sabido, no se limita a exponer los perfiles de los distintos ordenamientos en relación con la cuestión de que se trate, sino que consiste en sacar a la luz la identidad o diversidad de soluciones alcanzadas en cada uno a partir de los principios que se acomodan en cada caso a la tradición propia de cada cultura jurídica*”²²⁴.

El contenido del DCFR era más amplio que el de los PECL, incluyendo la regulación de determinados tipos de contratos, responsabilidad precontractual, enriquecimiento injusto, propiedad inmobiliaria, *trusts*, etc. Según VON BAR, un CRF sobre Derecho Contractual sin cubrir estas materias hubiera estado simplemente incompleto²²⁵.

HESSELINK caracterizó el DCFR como un texto exhaustivo (ya que trata todos los temas de Derecho Patrimonial en un solo Código y responde a todas las preguntas generales), sistemático

²²⁰ COM (2003) 68 final, *Cit.*

²²¹ HESSELINK, M. W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 928.

²²² PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 142.

²²³ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 923-928.

²²⁴ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, en *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, Editorial Bosch, 2011, pág. 268.

²²⁵ VON BAR, C., "Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities", *Tul.Eur. & Civ.LF* 23, 2008, Apdo.11.

(por contener normas generales, en varios niveles de abstracción), coherente (ya que tiene por objeto tratar casos similares y hace un uso coherente de los conceptos), situado en un solo nivel de gobierno (es decir, hay uno, el CFR europeo), y estático (puede estar sujeto a cambios, pero no tiene por objeto el cambio; es instrumental)²²⁶.

El DCFR se caracterizó por su neutralidad y objetividad, tanto desde el punto de vista cultural (pues tiene influencia del *Common Law* y del *Civil Law*), como en términos ideológicos. Los propios redactores del DCFR –como el mismo coordinador de la *Joint Network*, SCHULTE-NÖLKE– lo describían como un texto académico²²⁷ –teniendo en cuenta que las reglas contenidas en el mismo no habían sido aprobadas por una institución política legitimada para ello–, resultado de un largo proyecto europeo de investigación, invitando a su evaluación desde tal perspectiva, y que podría servir como base para un futuro texto político, es decir, para el CFR.

Siguiendo a VALPUESTA GASTAMINZA, el DCFR fue el resultado de una metodología de Derecho comparado. Los redactores estudiaron los diversos sistemas jurídicos y la regulación nacional de cada institución, y luego redactaron el régimen que mejor recogía los diferentes principios. El DCFR realizó elecciones entre sistemas y principios, de forma que fue una combinación adecuada de reglas nacionales, tomando las tendencias modernas y dejando de lado normas obsoletas. Se puede decir que intentó ser un Derecho moderno, recogiendo lo mejor de las regulaciones nacionales en un texto coherente²²⁸.

Por tanto, como apunta VON BAR, la función del DCFR fue claramente distinta de la función de un futuro CFR. Así, el primero tuvo como objetivo ampliar el conocimiento sobre la existencia de un Derecho Privado europeo y demostrar el relativamente reducido número de casos en los cuales los diferentes sistemas legales producen respuestas sustancialmente distintas a problemas comunes. Asimismo, sus redactores esperaban que el texto sirviera como fuente de inspiración para aportar posibles soluciones a las distintas cuestiones de Derecho Privado²²⁹.

²²⁶ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 923.

²²⁷ VON BAR, C., 2008, *Op. Cit.*, Apdo. 10.

²²⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference”, en *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, Editorial Bosch, 2011, pág. 76.

²²⁹ VON BAR, C., CLIVE, E., AND SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2009, pág. 4-8.

Según PETRUCCI, los objetivos del DCFR habrían sido hacer aún más coherentes las disposiciones del *acquis communautaire* (esto es, de la legislación comunitaria europea ya vigente en materia de Derecho Privado) en el Derecho Contractual y promover su aplicación uniforme para facilitar las transacciones transfronterizas y sugerir a los legisladores nacionales un conjunto de reglas modelo, que habrían podido favorecer la formación de un Derecho Contractual general y uniforme, en el caso de que hubiera sido adoptado de manera voluntaria por los Estados miembros de la UE²³⁰.

Por otra parte, también había autores que participaron en su redacción, como HESSELINK, miembro del grupo de coordinación del *Study Group*, que opinaban que *“it (the DCFR) is a European civil code in all but name”* (“es un Código Civil Europeo en todo a excepción de su nombre” –traducción propia a efectos informativos–)²³¹. Aunque, frente a tal afirmación, VON BAR matizó que la idea del DCFR no era la de crear un Código Civil europeo: *“one should not lose any time on the question whether or not all of this is “in reality” about the creation of a European Civil Code. The “reality” is that it does not matter whether one responds to this in the positive or in the negative. It clearly has to be answered in the negative if by a “European Civil Code” we mean a legislative instrument like the Code Napoleon, the Codice civile or the Bürgerliches Gesetzbuch. That is definitely not the idea, not even mine!”* (“no hay que perder tiempo en la cuestión de si todo esto es “en realidad” sobre la creación de un Código Civil Europeo. La “realidad” es que no importa si uno responde a esto en positivo o en negativo. Es evidente que hay que responder negativamente si por “Código Civil Europeo” entendemos un instrumento legislativo como el Código Napoleón, el Codice civile o el Bürgerliches Gesetzbuch. ¡Esa no es definitivamente la idea, ni siquiera la mía! –traducción propia a efectos informativos–)²³².

Destaca RODRÍGUEZ MARTÍNEZ que hasta el DCFR no se había publicado previamente un texto de estas características, pues cubría prácticamente todo el Derecho Patrimonial (Derecho Contractual –teoría general y regulación específica–, Derecho de daños, restitución, transferencia de la propiedad, garantías reales e incluso fideicomisos). Asimismo, el DCFR incluía una armonización completa en aquellos ámbitos en los que el núcleo común normativo estaba claro; en cambio, realizaba una armonización mínima en aquellas materias en las que no había un núcleo común normativo. En este sentido, se trataba de un instrumento que debía servir para conseguir una convergencia gradual dirigida a una futura armonización completa²³³. Cabe

²³⁰ PETRUCCI, A., “Desarrollos del derecho contractual europeo y tradición jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 30, 2016, pág. 86.

²³¹ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.* pág. 923-928.

²³² VON BAR, C., 2008, *Op. Cit.*, Apdo. 5.

²³³ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.* pág. 927-957.

destacar la respuesta de LEIBLE cuando se preguntó qué hacer con el DCFR: “*una combinación de MCR [CFR] e instrumento opcional solucionaría desde luego la mayoría de los problemas del Derecho Privado comunitario y al mismo tiempo haría una contribución tan importante a la consecución de un mercado interior que ya no sería necesario un Código Civil europeo con el masivo ataque a las culturas jurídicas nacionales que éste comportaría. La cuestión, pues, ya no se plantearía, y el Código civil europeo se quedaría en lo que siempre fue una utopía (en mi opinión nada deseable)*”²³⁴.

Sin embargo, algunos autores (como EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER, ZIMMERMANN) sostenían que el DCFR contenía serias deficiencias, como decisiones políticas poco convincentes o no resueltas, así como la indefinición e inconsistencia del cuerpo de normas²³⁵. En particular, JANSEN consideró que no se trataba de un texto homogéneo, sino de una compilación –normativa y sistemáticamente– incoherente de textos divergentes, por lo que no podía entenderse como una compilación justa del Derecho Privado europeo; dejando la cuestión decisiva del Derecho al Juez en lugar de decidirla el propio texto. Entendía este autor que el DCFR dogmatiza innecesaria y poco convincentemente el Derecho privado²³⁶.

²³⁴ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., *Op. Cit.*, 2010, Apdo. II.

²³⁵ EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H.C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; AND ZIMMERMANN, R., "The Common Frame of Reference for European Private law—policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 4, 2008, pág. 60.

²³⁶ En particular, JANSEN sostiene que “*first, the DCFR is not a coherent set of norms, but a compilation of nine “text-masses” independently prepared by different actors, and these text-masses do not harmonise well with each other. Second, the DCFR is not based on a clear and coherent normative foundation or on a clear vision about its function and aim; at the same time, the DCFR entails unacceptably severe infringements on the traditionally central value of the individuals’ private autonomy. Third, whereas a codification should decide legal questions and leave, as far as possible, questions of doctrine to the legal discourse, the DCFR takes the opposite approach and leaves vital questions of law to the judge instead of deciding them itself; it can thus not add to a unification of private law in Europe. At the same time it unnecessarily and often unconvincingly dogmatizes private law. If taken as authoritative, it would thus become an obstacle for its future development*” (“*En primer lugar, el DCFR no es un conjunto coherente de normas, sino una compilación de nueve “masas de texto” preparadas independientemente por diferentes actores, y estas masas de texto no están bien armonizadas entre sí. En segundo lugar, el DCFR no se basa en un fundamento normativo claro y coherente ni en una visión clara de su función y su objetivo; al mismo tiempo, el DCFR conlleva inaceptablemente vulneraciones graves del valor tradicionalmente central de la autonomía privada de los individuos. En tercer lugar, mientras que una codificación debe decidir las cuestiones jurídicas y dejar, en la medida de lo posible, las cuestiones de doctrina al discurso jurídico, el DCFR adopta el enfoque contrario y deja las cuestiones de Derecho vitales al Juez en lugar de decidirlas él mismo; por lo tanto, no puede contribuir a una unificación del Derecho Privado en Europa. Al mismo tiempo, dogmatiza innecesariamente y a menudo de manera poco convincente el Derecho Privado. Si se toma como autoridad, se convertiría en un obstáculo para su desarrollo futuro*” – traducción propia a efectos informativos–); según JANSEN, N., “The authority of an academic “Draft Common Frame of Reference”, *European private law after the Common Frame of Reference. Edward Elgar, Chettenham/Northampton*, 2008, pág. 1, 14.

Por otra parte, el Consejo de la UE emitió un Informe, con fecha 11 de abril de 2.008, sobre la creación de un CFR en materia de Derecho Contractual europeo, en el cual resumía las discusiones mantenidas durante los años 2.007 y 2.008 en el Comité sobre Derecho Civil, habiéndose centrado en cuatro aspectos fundamentales²³⁷: en primer lugar, desde un principio, el Comité rechazó que la finalidad del CFR fuera armonizar el Derecho Contractual de los Estados miembros, mediante la creación de un Código Civil europeo. Asimismo, mantuvo que la opción de crear un CFR como un conjunto de términos generales y condiciones contractuales que podía ser elegido por las empresas como ley aplicable a un contrato, tampoco podría ser configurada como su finalidad. Así, el Comité favorecía la opción de que el CFR fuera utilizado como una herramienta por el legislador de la UE, para mejorar la legislación comunitaria a efectos de promulgar nueva legislación y revisar la ya existente. En segundo lugar, en opinión del Comité, el contenido del CFR debía estar formado por un conjunto de definiciones, principios generales y normas tipo en materia de Derecho Contractual. Tanto los principios como las normas debían proceder de la legislación comunitaria existente en el área de Derecho Contractual, así como de los Derechos nacionales y tradiciones legales, del amplio trabajo de investigación llevado a cabo en este área, entre otros, en relación con el trabajo realizado para la redacción del DCFR. En tercer lugar, el Comité consideró tres opciones en orden a configurar el contenido del CFR: (i) Derecho de Consumo; (ii) Derecho Contractual general, excluyendo el Derecho de Consumo; y, (iii) Derecho Contractual general, incluyendo el Derecho de Consumo, siendo ésta la opción preferida, pues se estimaba complejo tratar el Derecho de Consumo de manera independiente, así como tratar el Derecho Contractual general sin tener en cuenta el Derecho de Consumo. En nuestra opinión, un texto común sobre la Teoría General de los Contratos no debería incluir cuestiones específicas sobre Derecho de Consumo, pero sí debería convivir con un texto común de similares características aplicable a las relaciones de consumo. Estimamos que lo anterior sería preferible en términos de seguridad y certidumbre jurídica, dada la complejidad que implicaría diferenciar entre categorías de distintos actores que pueden ser partes de un contrato (como grandes empresas, PYMEs, consumidores, particulares) y la definición de normas generales para cada una de estas categorías. Por último, el Comité rechazó la opción de crear un instrumento vinculante en el área del Derecho Contractual para ser implementado en los Estados miembros; y, asimismo, la opción de otorgar al CFR fuerza jurídica vinculante para el legislador comunitario. Por el contrario, favoreció la opción de un CFR configurado como un conjunto de directrices para el legislador comunitario, como fuente de inspiración a efectos de mejorar la calidad de la legislación.

Frente a la opinión de JANSEN, HESSELINK contra-argumenta cada una de sus opiniones en HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.* pág. 948-959.

²³⁷ Consejo de la UE. *Informe de 11 de abril de 2008, sobre "La creación de un Marco Común de Referencia en materia de Derecho Contractual europeo"*, Núm. 8286/08, 2008, pág. 2-5.

En nuestra opinión, uno de los problemas del DCFR residía en que no analizaba la posible base jurídica necesaria para poder promulgar en un futuro y mediante una decisión política, un CFR,²³⁸. De este modo, vemos como el debate sobre la base jurídica necesaria para promulgar un instrumento unificador no se había tratado en profundidad hasta la fecha, sino que incluso se habían redactado compilaciones completas y no se había dispuesto cuál debía ser la base jurídica adecuada para poder otorgar eventualmente carácter político a estos instrumentos, debate que en la presente investigación, estimamos que debería haber sido uno de los primeros extremos a considerar a la hora de emprender un proyecto tan importante y amplio como la unificación jurídica del Derecho Contractual en la UE²³⁹. Igualmente, consideramos que el DCFR fue fruto de una importante labor académica, suponiendo una fuente útil de referencia para el estudio y análisis de una posible unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE.

Así las cosas, la Comisión ya había emprendido un proceso político interno de selección con objeto de determinar qué partes del DCFR se iban a integrar en un próximo documento; y el Parlamento, en su Resolución de 3 de septiembre de 2.008, sobre “un Marco Común de

²³⁸ Como apuntaba VON BAR, “*One has to admit, however, that the Plenum as such never discussed the issue. That, we hope, will follow when Commission and Council have made up their minds whether they want to bring about and proclaim a “political” Common Frame of Reference. That latter decision, I assume, will then be followed step by step by further decisions as to the purposes, coverage and structure of the CFR. At present, however, the political priorities are still rather unclear, and that leaves room for much speculation*” (“*Hay que admitir, sin embargo, que el Pleno como tal nunca discutió el tema. Esperamos que esto suceda cuando la Comisión y el Consejo hayan decidido si quieren crear y proclamar un Marco Común de Referencia “político”. Supongo que esta última decisión irá seguida, paso a paso, de otras decisiones sobre los objetivos, el ámbito y la estructura del CFR. En la actualidad, sin embargo, las prioridades políticas siguen siendo bastante poco claras, y eso deja lugar a muchas especulaciones*” –traducción propia a efectos informativos–); según VON BAR, C., 2008, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

O bien, como destacó DE LA CUESTA RUTE “*Por razón de la competencia de los órganos comunitarios para respaldar con eficacia jurídica el DCFR, en su significación de instrumento de armonización de los ordenamientos nacionales en materia de contratos, se le puede achacar haber sido compuesto y redactado por completo en el aire; esto es, al margen de la competencia que podríamos decir «legislativa» comunitaria*”; según DE LA CUESTA RUTE, J.M., Capítulo 1, 2011, *Op. Cit.*, pág. 26.

²³⁹ Y ello, considerando ya la Sentencia del TJCE, As. 376/98, República Federal de Alemania vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 5 de octubre de 2000. Apdo. 96 – 105, en la que el TJCE rechazó que el legislador comunitario pudiera basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios y a la libre prestación de servicios para adoptar la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DOCE núm. L 213/9, de 30 de julio de 1998). Es decir, el TJCE deslegitimó la competencia de las Instituciones europeas para una armonización global e indiscriminada del Derecho Privado de los Estados miembros; en SÁNCHEZ LORENZO, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 66.

Referencia para el Derecho Contractual europeo”²⁴⁰, manifestó que el documento de la Comisión constituiría la base de la decisión de las Instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del CFR, su contenido y su efecto jurídico, que podía variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el Derecho Contractual europeo. Por otra parte, sugería que si el formato futuro del CFR fuera la de un instrumento opcional, el mismo debía limitarse a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario hubiera actuado o fuera a actuar probablemente en un futuro próximo, o que estuvieran estrechamente relacionados con el Derecho Contractual; y, asimismo, sugería que cualquier posible instrumento opcional se debía basar en el DCFR.

Nuevamente, el Parlamento, en su Resolución de 25 de noviembre de 2.009, en relación con el “Programa de Estocolmo”²⁴¹, pedía a la Comisión que impulsara el trabajo sobre el Derecho Contractual europeo sobre la base del DCFR, y que asociase plenamente al Parlamento en el proceso abierto y democrático que debía desembocar en la aprobación de un CFR político. Asimismo, hacía hincapié en que el CFR político debería tener como resultado un instrumento optativo y directamente aplicable que permitiese que las partes contratantes, empresas y consumidores, entre otras, pudieran optar libremente por el Derecho Contractual europeo como norma que regulase sus transacciones. El Parlamento sostenía que el DCFR debía servir ya en ese momento como instrumento jurídico no vinculante para los legisladores europeos y nacionales (aunque si bien aquí creemos que el DCFR en ese momento constituía todavía la llamada “caja de herramientas” y, aún como instrumento jurídico no vinculante, hubiera requerido de una revisión y selección de su estructura y contenido a efectos de reforzar la seguridad jurídica en su aplicación por los legisladores europeos y nacionales).

Por su parte, el Programa de Estocolmo, vigente desde el 11 de diciembre de 2.009 hasta el 2.014, sobre una “Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”²⁴², tenía como objetivo crear una “Europa de la Ley y la Justicia”. Así, el Espacio Judicial Europeo debía servir para apoyar la actividad económica en el mercado único. El Consejo Europeo reiteraba que el CFR debía ser un conjunto no vinculante de principios fundamentales, definiciones y normas modelo para ser utilizadas por los legisladores a escala de la UE en orden a garantizar mayor

²⁴⁰ Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Un Marco Común De Referencia para el Derecho Contractual europeo"*, P6_TA (2008)0397, 3 de septiembre de 2008.

²⁴¹ Parlamento Europeo. *Resolución sobre "La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos – Programa de Estocolmo". Programa Plurianual 2010-2014 relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia (Programa de Estocolmo)*, P7_TA (2009)0090, 25 de noviembre de 2009.

²⁴² Consejo Europeo. *Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE núm. C 115/1, 4 de mayo de 2010).

coherencia y calidad en el proceso legislativo. En consecuencia, se invitaba a la Comisión a presentar una propuesta sobre un CFR.

Resultado de lo anterior, fue la Comunicación de la Comisión “Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010²⁴³, en la que se reconocía la necesidad de facilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyan contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo y modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE, avanzando hacia una legislación europea sobre contratos opcional.

En consecuencia, la Comisión dictó la Decisión de 26 de abril de 2010, por la que se creó un Grupo de expertos para la creación de un CFR en el ámbito del Derecho Contractual europeo²⁴⁴, incluido el Derecho en materia de contratos mercantiles y de consumo, utilizando el DCFR como punto de partida y teniendo en cuenta otros trabajos de investigación realizados en este campo, así como el acervo de la UE. En particular, el Grupo debía ayudar a la Comisión a seleccionar las partes del DCFR que fueran pertinentes, directa o indirectamente, para el Derecho Contractual, así como a reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados.

Llegados a este punto, conviene destacar las preguntas que el propio HESSELINK se planteó en su momento respecto al DCFR, esto es, “*Should the DCFR indeed become a source of law in a substantive sense, i.e., a source of inspiration for legislators, courts, and others in the area of European contract law? This question includes at least two important subquestions: whether a CFR as a source of law is desirable and whether the DCFR is good enough to play that role or at least to be the basis for it?*” (“¿Debería el DCFR convertirse efectivamente en una fuente de Derecho sustantivo, es decir, una fuente de inspiración para los legisladores, los Tribunales y otros en el ámbito del Derecho Contractual europeo? Esta pregunta incluye al menos dos sub-preguntas importantes: si es deseable un CFR como fuente de Derecho y si el CFR es lo suficientemente bueno para desempeñar ese papel o al menos para ser la base del mismo” – traducción propia a efectos informativos–)²⁴⁵. Pues bien, este autor consideró que el CFR podría jugar un papel esencial en el proceso de europeización del Derecho Privado, papel que un Código Civil vinculante no podría desempeñar, toda vez que el CFR, como instrumento *soft-law*, respetaría los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, su naturaleza extraoficial aseguraría más fácilmente su adaptación y actualización a nuevos cambios, y ello

²⁴³ COM (2010) 2020 final, *Cit.*

²⁴⁴ Comisión Europea. Decisión núm. 2010/233/UE, de abril de 2010, por la que se crea un grupo de expertos para un Marco Común De Referencia en el ámbito del Derecho Contractual europeo (DOUE núm. L 105/109, de 24 de abril de 2010).

²⁴⁵ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 932.

de acuerdo con la naturaleza dinámica del sistema europeo. No obstante, reconocía que ciertamente el DCFR era un texto académico que podría servir como punto de partida para un debate significativo sobre el futuro del Derecho Privado en Europa, centrándose en la mejora del texto principalmente desde el punto de vista de su ámbito de aplicación como de su contenido. Incluso si el DCFR, sostenía HESSELINK, permaneciese como un instrumento *soft-law* sin ningún tipo de respaldo político, sería probable que continuase teniendo una influencia considerable en el desarrollo ulterior del Derecho Privado en Europa. No obstante, proclamaba que había una necesidad urgente de re-politizar el proyecto del DCFR –lo que debería haberse realizado mucho antes–, desde un punto de vista democrático, pues sólo la aportación significativa del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales podría proporcionar al CFR final la legitimidad reguladora que necesitaba²⁴⁶.

Por nuestra parte, consideramos que es cierto que el DCFR supuso un avance en el estudio y análisis del Derecho Privado en Europa, constituyendo una compilación útil con base en estudios y recopilaciones anteriores. Estamos de acuerdo en que podría haber servido como punto de partida de cara a futuras discusiones sobre la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE. Claro está que la función del DCFR fue la de servir como una “caja de herramientas” para un futuro CFR; pero la cuestión que aquí nos planteamos es, ¿no hubiera sido más fácil intentar centrarse en un verdadero borrador del CFR, más que compilar un texto académico? Consideramos, por ende, que el DCFR podría haber seguido los pasos de los PECL, es decir, el contenido debería haberse centrado en el propio Derecho Contractual, intentando ir más allá y realizar un análisis comparativo más profundo y coherente a efectos de acercar los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro para luego plasmar dicho análisis en un verdadero borrador de CFR²⁴⁷.

²⁴⁶ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 947, 959, 962, 963.

²⁴⁷ A este respecto, destacar que JANSEN sostenía que “*Yet, the first thing to be done under such conditions, is to develop comparative restatements of the law, as it stands in the different legal systems of Europe; at the same time, new doctrinal approaches could be proposed as an academic contribution to the legal discourse. Such proposals should be based on arguments; they should not be devised as an authoritative text. But the attempt to authoritatively lay down a totally new doctrinal system without giving arguments is not helpful for the future of European private law*” (“Sin embargo, lo primero que hay que hacer en esas condiciones es elaborar reformulaciones comparadas del Derecho, tal como está en los diferentes sistemas jurídicos de Europa; al mismo tiempo, se podrían proponer nuevos enfoques doctrinales como contribución académica al discurso jurídico. Esas propuestas deberían basarse en argumentos; no deberían concebirse como un texto autorizado. Pero el intento de establecer con autoridad un sistema doctrinal totalmente nuevo sin dar argumentos no es útil para el futuro del Derecho Privado europeo” –traducción propia a efectos informativos–); según JANSEN, N., 2008, *Op. Cit.*, pág.18.

3.2.2. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a “una Normativa Común de Compraventa Europea”.

Como continuación a la Estrategia Europa 2020, la Comunicación de 19 de mayo de 2010 de la Comisión Europea titulada “Una Agenda Digital para Europa”²⁴⁸ supuso una de las siete iniciativas emblemáticas de dicha Estrategia para conseguir unos niveles elevados de empleo, una economía de baja emisión de carbono, productividad y cohesión social, que debía aplicarse a través de medidas concretas a nivel nacional y de la UE. De este modo, la Agenda Digital para Europa tenía como finalidad definir la función capacitadora esencial que debería desempeñar el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). A tal efecto, la Agenda Digital proponía medidas que era preciso adoptar urgentemente para poner a Europa en la senda hacia un crecimiento inteligente, sostenible e incluyente. Sus propuestas establecían el marco para las transformaciones a largo plazo que traerían consigo una sociedad y una economía crecientemente digitales. En particular, la Agenda hizo hincapié en profundizar en la investigación para mejorar los derechos de los consumidores que adquieren productos digitales. Así, las transacciones transfronterizas en línea podrían facilitarse reforzando la coherencia del Derecho Contractual europeo sobre la base de un elevado nivel de protección del consumidor. Para ello, planteaba que, como máximo en 2012, propondría un instrumento opcional de Derecho Contractual que complementaría la futura Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho Contractual, en particular, en lo que se refiere al entorno en línea.

Asimismo, en mayo de 2010, los miembros del Grupo de Reflexión presentaron al Consejo Europeo el Informe titulado “Proyecto Europa 2030”²⁴⁹, presentando los principales desafíos a los que, previsiblemente, la UE se tendría que enfrentar en los próximos veinte años, analizando las respuestas más adecuadas a los mismos. En particular, se incidió en la necesidad de facilitar a los ciudadanos la posibilidad de recurrir a un estatuto jurídico europeo (“el vigésimo octavo régimen”), que se aplicaría a las relaciones contractuales en determinados ámbitos del Derecho Civil o Mercantil junto con los veintisiete regímenes nacionales.

LÓPEZ AZCONA considera que, a partir de 2010, parecía vislumbrarse un paso adelante por parte de las Instituciones europeas, y en particular, por la Comisión secundada por el Parlamento Europeo en aras a la consecución de un Derecho Contractual europeo: ya no se trataba sólo de elaborar, como hasta ahora, un conjunto no vinculante de principios

²⁴⁸ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre "Una Agenda Digital para Europa"*, COM (2010) 245 final, 19 de mayo de 2010.

²⁴⁹ Grupo de Reflexión, 2010, *Cit.*

fundamentales y definiciones, sino de adoptar un instrumento opcional de Derecho contractual, como apuntaba el Plan de Acción propuesto por la Comisión en 2.003²⁵⁰.

Así las cosas, la Comisión publicó el Libro Verde sobre “opciones para un Derecho Contractual europeo de los consumidores y la empresa”, de 1 de julio de 2.010²⁵¹, cuyo objetivo fue definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho Contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas. El Libro Verde establecía que un instrumento de Derecho Contractual europeo debía responder a los problemas de la divergencia de legislaciones sin introducir cargas o complicaciones adicionales para los consumidores o las empresas. Además, debía garantizar un alto nivel de protección al consumidor. En el ámbito que regulase, el instrumento debía ser amplio y autónomo, lo que implicaba reducir al máximo las referencias a las legislaciones nacionales o a instrumentos internacionales. En concreto, tales opciones eran las siguientes:

- (i) Publicar los resultados del Grupo de expertos, los cuales podrían estar fácilmente disponibles en el sitio de Internet de la Comisión sin otra sanción a nivel de la UE (que denominamos aquí como “opción de publicación de los resultados del Grupo de expertos”). Si el Grupo de expertos presentara un texto práctico y de fácil uso, podrían inspirarse en él los legisladores europeos y nacionales al redactar la legislación y las partes contractuales, al redactar sus condiciones y cláusulas tipo. También podría utilizarse en la educación superior o en la formación profesional como compendio extraído de las distintas tradiciones de Derecho Contractual de los Estados miembros. El uso generalizado de este trabajo podría contribuir, a largo plazo, a la convergencia voluntaria de las legislaciones contractuales nacionales.
- (ii) Proporcionar una “caja de herramientas” de la que pudieran disponer los legisladores de la UE para adoptar nuevos actos legislativos y que garantizase unas normas mejores y más coherentes (que denominamos aquí como “opción de *tool box*”). Dentro de esta opción, se proponían dos alternativas diferentes: por un lado, un acto de la Comisión sobre una “caja de herramientas” para redactar propuestas de nueva legislación o al revisar medidas en vigor. Y, por otro, un acuerdo interinstitucional entre la Comisión, el Parlamento y el Consejo sobre una “caja de herramientas”, para tener en cuenta las recomendaciones de la propuesta cuando se preparen y aprueben nuevos instrumentos legislativos.

²⁵⁰ LÓPEZ AZCONA, A., “La europeización del Derecho Civil: crónica de un proyecto inconcluso”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 8, 2018, pág. 513.

²⁵¹ Comisión Europea. *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, 1 de julio de 2010.

- (iii) Promulgar una recomendación sobre Derecho Contractual en la que se exhortase a los Estados miembros a que introdujeran el Derecho Contractual europeo en sus respectivos ordenamientos jurídicos (que denominamos aquí como “opción de Recomendación”). Dicha Recomendación permitiría que los Estados miembros adoptaran gradualmente el instrumento en sus legislaciones nacionales con carácter voluntario. Además, el TJUE sería competente para interpretar las disposiciones de la Recomendación. Tendrían cabida dos opciones distintas: por un lado, la Recomendación podría animar a los Estados miembros a sustituir sus legislaciones contractuales nacionales con el instrumento europeo recomendado²⁵²; o bien, podría animar a los Estados miembros a incorporar el instrumento de Derecho contractual europeo como régimen optativo que ofreciera a las partes contratantes una alternativa al Derecho nacional. No obstante, apuntaba la Comisión que una Recomendación de este tipo carecería de efecto vinculante para los Estados miembros y les otorgaría poder discrecional sobre cómo y cuándo aplicar el instrumento en su Derecho nacional.
- (iv) Adoptar un Reglamento de creación de un instrumento optativo de Derecho Contractual europeo (que denominamos aquí como “opción de Derecho Contractual europeo optativo”). Este instrumento optativo se entendería como “segundo régimen” en cada Estado miembro, ofreciendo así a las partes la posibilidad de optar entre dos regímenes de Derecho Contractual nacional. La referencia coherente a un único conjunto de normas haría innecesario que los Jueces y otros profesionales del Derecho investigaran legislaciones extranjeras en determinadas situaciones, como suele pasar en las normas sobre conflicto de leyes. La Comisión apuntaba que tal instrumento optativo podría acarrear beneficios importantes para el mercado interior sin necesitar de otras incursiones en el Derecho nacional. Por tanto, en sintonía con el principio de subsidiariedad, un instrumento optativo podría constituir una alternativa razonable a la armonización completa de los Derechos nacionales, ofreciendo una solución proporcionada a las barreras del mercado interior derivadas de legislaciones contractuales nacionales divergentes.

²⁵² Como antecedentes de esta posible solución puede considerarse el Código de Comercio uniforme estadounidense (UCC), el cual constituye un conjunto de normas aplicable a las transacciones comerciales en Estados Unidos. No constituye una ley federal, sino una ley adoptada de manera individual por cada Estado. La Comisión encargada de su redacción (“*Uniform Law Commission*”), junto con el *American Law Institute* (ALI) pusieron a disposición de los Estados el conjunto de normas en 1951. Pensilvania fue el primer Estado en adoptarlo y, a partir de entonces y durante veinte años, los demás Estados fueron adoptando este conjunto uniforme de normas; según *Uniform Commercial Code*, acceso en agosto de 2021. Disponible en Web: <https://www.uniformlaws.org/home>.

- (v) Adoptar una Directiva sobre Derecho Contractual europeo en base a normas mínimas comunes (que denominamos aquí como “opción de Directiva”). Según la Comisión, tal Directiva podría atenuar las divergencias jurídicas al lograr una cierta convergencia entre legislaciones contractuales nacionales. Ello, a su vez, podría generar mayor confianza, especialmente en los consumidores y las PYME, para arriesgarse en operaciones transfronterizas.
- (vi) Crear un Reglamento que estableciera un Derecho Contractual europeo (que denominamos aquí como “opción de plena armonización”), esto es, un conjunto de normas uniforme y europeo, que se aplicarían a los contratos no por opción de las partes sino con fuerza de Derecho nacional. El Reglamento podría sustituir las legislaciones nacionales únicamente en transacciones transfronterizas o hacerlo tanto en los contratos transfronterizos como en los nacionales.
- (vii) Crear un auténtico Código Civil Europeo, en sustitución de todas las normas nacionales en materia de contratos (que denominamos aquí como “opción de Código Civil Europeo”). Esta solución iría un paso más allá del Reglamento de creación de un Derecho Contractual europeo pues no solo cubriría el Derecho Contractual sino también otro tipo de obligaciones. Dicho instrumento reduciría aún más la necesidad de recurrir a las disposiciones nacionales.

El 1 de julio de 2010, la Comisión Europea decidió consultar al CESE sobre el Libro Verde, organismo que compartía el punto de vista de la Comisión en cuanto que era necesario completar el mercado interior europeo en lo que se refiere al Derecho Contractual europeo, reconociendo la importancia del trabajo de los académicos realizado en el CFR²⁵³. A este respecto, entre las diferentes opciones propuestas por la Comisión, el CESE prefería una opción mixta, compuesta por una “caja de herramientas”, como marco común de referencia ofrecido a las partes para la formulación de contratos transnacionales, acompañada de un régimen reglamentario opcional que estableciera las bases más favorables para las partes, a través de un nuevo régimen optativo avanzado al que recurrir, en el marco de las relaciones contractuales transnacionales, como alternativa a los regímenes nacionales, siempre que tanto la “caja” como el Reglamento estuviesen disponibles en todas las lenguas de la UE y garantizaran la seguridad jurídica sobre la base de las fórmulas de protección más avanzadas para los ciudadanos y las empresas. Esta reglamentación no obstaría para que los Estados miembros mantuviesen o introdujeran medidas más estrictas para la protección los consumidores.

²⁵³ Comité Económico y Social Europeo. *Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre el "Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas"*, 2011/C 84/01, 19 de enero de 2011.

Por su parte, la consulta pública lanzada por la Comisión, el 1 de julio de 2.010, para recabar orientación y opiniones sobre las posibles actuaciones en materia de Derecho Contractual finalizó el 31 de enero de 2.011, recibiendo trescientas veinte respuestas. Muchos de los encuestados manifestaron su preferencia por las opciones (i) (“opción de publicación de los resultados del Grupo de expertos”) y (ii) (“opción de *tool box*”)²⁵⁴. La opción (iv) (“opción de Derecho Contractual europeo optativo”) fue respaldada, bien tal cual, bien en combinación con una “caja de herramientas”, por varios Estados miembros así como por otros interesados²⁵⁵, a condición de que se cumplieran determinadas condiciones como, por ejemplo, un elevado nivel de protección de los consumidores y disposiciones claras y fáciles de aplicar²⁵⁶. Una de las principales preocupaciones expresadas en las respuestas de los interesados al Libro Verde era que no estaba suficientemente justificado que un instrumento de Derecho Contractual de la UE fuera a contribuir, efectivamente, a eliminar los obstáculos existentes para el pleno desarrollo del mercado interior y que tal instrumento fuera a incrementar las transacciones económicas²⁵⁷, por lo que muchos interesados requerían que se realizara un estudio de viabilidad sobre la cuestión. Asimismo, algunos interesados mostraron su preocupación, habida cuenta que en caso de que se dispusiera de un nuevo instrumento opcional, podría correrse el riesgo de aumentar la complejidad del sistema jurídico, dada la inexistencia de jurisprudencia que interpretara tal instrumento de Derecho Contractual²⁵⁸.

²⁵⁴ Por ejemplo, entre otros: The Commercial Bar Association for England and Wales, *COMBAR response to EU Commission Green Paper on policy options for progress towards an European Contract Law for Consumers and Business 1st July 2010*, 31 de enero de 2011; The Commission of the Bishops’ Conferences of the European Community, *A submission concerning the consultation launched with the “Green Paper on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses”*, 31 de enero de 2011; Ministerio de Justicia de la República Checa, *Comments from the Czech Republic on the Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, de 31 de enero de 2011.

²⁵⁵ Por ejemplo, entre otros: Clifford Chance, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión, de 28 de enero de 2011; o, The Association of Property, Mercantile and Personal Property Registrars of Spain, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión, de enero de 2011; The Council of Bars and Law Societies of Europe, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión; Ministerio de Justicia de Alemania, en *Observations by the Federal Government on the Green Paper from the the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, de diciembre de 2010; Dutch Working Group, *Choosing the best instrument for European contract law. A reply to the Green Paper on European contract law by the Dutch Working Group on International Contract Law*; Eurochambres, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión, de enero de 2011.

²⁵⁶ COM (2011) 635 final, *Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 8.

²⁵⁷ Por ejemplo: The Consumer Council of Norway, en su respuesta al Libro Verde de la Comisión, de 31 de enero de 2011.

²⁵⁸ Comisión Europea. *Impact Assessment accompanying the document “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law”*, SEC (2011) 1166 final, 11 de octubre de 2011, pág. 5-6.

Por lo que aquí respecta, consideramos que la opción (i) (“opción de publicación de los resultados del Grupo de expertos”) sólo tendría una labor meramente académica y no conseguiría reducir las divergencias o acercar los ordenamientos jurídicos europeos más que los proyectos existentes ya en ese momento (como los PECL). La propia Comisión también apuntó que no sería solución para abordar los obstáculos del mercado interior. Las divergencias en el Derecho Contractual no las reduciría de forma significativa un texto que careciera de autoridad o estatus formal para los órganos jurisdiccionales y los legisladores. La opción (ii) (“opción de *tool box*”), mediante la adopción de un acuerdo interinstitucional, podría comportar una mayor uniformidad en los actos legislativos adoptados por las tres Instituciones, al tener una base sobre la que coordinar las distintas medidas legislativas. Sin embargo, estimamos que podría no tener efecto en cuanto a la unificación del Derecho Contractual europeo, sino sólo conseguir resultados más coherentes entre los distintos instrumentos que fuera adoptando la UE para la regulación de materias específicas –aunque, dicho sea de paso, no sería un objetivo nada desdeñable²⁵⁹. La opción (iii) (“opción de Recomendación”) podríamos considerarla una medida proporcionada y que podría conseguir mejores resultados a efectos de seguridad jurídica que las anteriores, sin que supusiera reducir el margen de disposición de los Estados miembros para incorporar las disposiciones comunitarias a sus sistemas jurídicos nacionales; si bien también se correría el riesgo de no poder garantizar una aplicación uniforme del instrumento en todos los Estados miembros, aunque dicho riesgo se podría ver reducido gracias a la interpretación que hiciera el TJUE del mismo. La opción (iv) (“opción de Derecho Contractual europeo optativo”) estimamos que también sería una medida razonable y que otorgaría mayor seguridad jurídica que la anterior, pues evitaría en mayor medida el riesgo de una aplicación incoherente del conjunto de normas en los distintos Estados miembros. No obstante, y en línea con lo indicado en las respuestas a la consulta pública, un instrumento optativo europeo podría complicar el ámbito jurídico. La opción (v) (“opción de Directiva”) no llevaría necesariamente a la aplicación e interpretación uniforme de las normas y, además, sostenemos que seguiría siendo necesario el análisis de Derecho Contractual de cada Estado miembro al realizar transacciones transfronterizas, como consecuencia de la transposición que cada Estado miembro llevara a cabo. La opción (vi) (“opción de plena armonización”) acabaría con la fragmentación jurídica en materia de Derecho Contractual y llevaría a una aplicación e

²⁵⁹ Según KARSTEN y PETRI, un acuerdo interinstitucional tendría la ventaja innegable de garantizar que el Consejo y el Parlamento Europeo se comprometiesen a utilizar el CFR durante todo el proceso legislativo. El uso de un acuerdo interinstitucional haría hincapié en el CFR como instrumento legislativo para que las Instituciones mejorasen su labor legislativa. En sentido estricto, sólo las Instituciones que firmaran el acuerdo estarían obligadas por él, lo que podría tener el efecto de limitar el impacto del CFR en el mundo exterior. Sin embargo, opinan estos autores, este razonamiento era probablemente demasiado formalista; un CFR en forma de un acto jurídico como un acuerdo interinstitucional estaría ampliamente disponible como inspiración para los legisladores y los profesionales del Derecho más allá de las Instituciones; según KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 39.

interpretación uniforme de las disposiciones del Reglamento. No obstante, entendemos que esta opción podría provocar problemas delicados de subsidiariedad y proporcionalidad, a la vez que se estima como poco realista dada la difícil –por no decir imposible– negociación que conllevaría la adopción de un instrumento de tales características. Lo mismo podría decirse de la opción (vii) (“opción de Código Civil Europeo”), pues estimamos además que un Código Civil europeo no tendría ya justificación a nivel de la UE, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad.

Desde el punto de vista doctrinal, las opiniones de los autores se inclinaban hacia la puesta a disposición de un instrumento facultativo. En este sentido, ya LARROUMET había considerado que la unificación total sería incompatible con la existencia de la legislación civil actual, codificada o no. Si bien, si consideró este autor que “*una unificación facultativa en el ámbito del comercio entre personas que se encuentran en Estados distintos debe ser acogida favorablemente*”²⁶⁰. HESSELINK también había destacado que “*An optional instrument, whatever its exact legal form and modalities, will not operate in a vacuum. On the contrary, it will be embedded in a regulatory environment that changes from country to country and it will not be easy to make it become as self standing an instrument as the Commission seems to envisage*” (“*Un instrumento facultativo, cualquiera que sea su forma y modalidades jurídicas exactas, no quedará en el vacío. Por el contrario, se insertará en un entorno normativo que cambia de país a país y no será fácil hacer que se convierta en un instrumento tan autónomo como parece prever la Comisión*” –traducción propia a efectos informativos–). Aun así, este autor sí que sostuvo que un instrumento opcional podría convertirse en una fuente de inspiración para el TJUE y para los Tribunales nacionales a la hora de interpretar y seguir desarrollando el Derecho Privado europeo y nacional, incluso en los casos en que el instrumento no fuera la ley aplicable²⁶¹. En la misma línea, DE LA CUESTA RUTE consideró acertada la inclinación de la Comisión para el instrumento fuera disponible opcionalmente en el caso de contratos transfronterizos, considerando que su extensión a los nacionales supondría mayores inconvenientes que las ventajas que reportaría –ventajas que considera igualmente indiscutibles–²⁶². O VALPUESTA GASTAMINZA, quien viendo las opciones ofrecidas por la Comisión abogada por “*un texto opcional que sirva tanto para contratos de consumo como empresariales, y para contratos nacionales como interestatales*”²⁶³. Por su parte, DORALT consideró que el éxito de un instrumento opcional dependería más del alcance que de la propia

²⁶⁰ LARROUMET, C., 2006, *Op. Cit.*, pág. 74-75, 80.

²⁶¹ HESSELINK, M.W., “An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?”, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, 6, 2010, pág. 12, 15.

²⁶² DE LA CUESTA RUTE, J.M., Capítulo 1, 2011, *Op. Cit.*, pág. 58.

²⁶³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., Capítulo 2, 2011, *Op. Cit.*, pág. 86.

materia. Y ello, dado que podría ocurrir que las empresas sólo pudieran someter una parte de sus contratos al nuevo instrumento, lo que supondría tener que lidiar con un nuevo régimen jurídico, haciendo poco atractivo entonces la elección del Derecho Contractual opcional. Además, si las propias empresas ofrecieran a los consumidores la elección, entonces podría haber quien eligiera el Derecho Contractual opcional, mientras que otros preferirían seguir rigiéndose por el existente, añadiendo aún mayor complejidad al sistema. No obstante lo anterior, este autor también consideraba que si la mayoría de los contratos se sometieran al mismo régimen, entonces sí que podría suponer una simplificación y superar la diversidad jurídica existente entre la legislación de los distintos Estados miembros²⁶⁴.

Por su parte, ACEDO PENCO consideró que la unificación en materia contractual podría aportar ventajas en especial a los consumidores. En particular, afirmó que *“ya sea por razones de índole económica, ya porque cada vez sean similares los problemas en Derecho Privado, que requieren soluciones idénticas, lo cierto es que, al margen de que ya va siendo una realidad esta uniformidad a través de las directivas comunitarias, consideramos que el esfuerzo de elaborar y consolidar un Código de obligaciones común en toda la UE reportaría indudables beneficios e incuestionable seguridad jurídica al mercado interior, y en especial, a los consumidores comunitarios, en definitiva, a toda la población europea que aspira, simplemente, a una mejor calidad de vida. El Derecho ha de ser un instrumento que facilite las relaciones jurídicas entre las personas, al margen de sus nacionalidades, cada vez más imprecisas con la caída creciente de las fronteras físicas, y no un obstáculo para su desarrollo”*²⁶⁵. LÓPEZ AZCONA sostuvo que, si bien la adopción de un futuro Código Civil europeo tendría escasa viabilidad, era recomendable *“la existencia de un régimen jurídico uniforme en materia de obligaciones y contratos, ya no sólo por motivos económicos vinculados a la necesaria eliminación de obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, sino en aras de una mayor seguridad en las transacciones transfronterizas en el ámbito de la Unión Europea”*²⁶⁶. También SCHULZE, afirmó que *“La combinación entre lo viejo y lo nuevo y, en particular, la adaptación de los conceptos y estructuras esenciales del acervo comunitario y su extensión más allá del contrato de compraventa, proporciona la oportunidad de catálogo de principios aplicables tanto a la compraventa como a la prestación de servicios. Es posible, de esa forma, aproximarse más a un Derecho Contractual general. Al afrontar los desafíos que plantea la revolución digital se puede aspirar a conseguir aquellos que tantas veces han soñado Ole Lando y otros pioneros del Derecho Contractual europeo”*²⁶⁷.

²⁶⁴ DORALT, W., “The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance”, *Max Planck Private Law Research Paper*, 9, 2011, pág. 10.

²⁶⁵ ACEDO PENCO, A., *Teoría General de las Obligaciones*, Dykinson, 2013, pág. 35.

²⁶⁶ LÓPEZ AZCONA, A., 2018, *Op. Cit.*, pág. 528.

²⁶⁷ SCHULZE, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 26-27.

Además, ZIMMERMANN enumeró una serie de factores, con los que aquí estamos de acuerdo, por las que una solución basada en un Código Europeo de Derecho Contractual no era la ideal, principalmente: (i) no existe una lengua común para redactar dicho Código; (ii) no existe un Tribunal Supremo en materia de Derecho Privado que pueda garantizar eficazmente su aplicación uniforme; (iii) no existe todavía una doctrina jurídica europea suficientemente sólida que pueda sostenerlo; (iv) no existe todavía un fuerte sentimiento de identidad europea (comparable al sentimiento de identidad nacional del siglo XIX) que dé alas a tal empeño; y, (v) no hay un sentimiento de urgencia que haga que una codificación parezca indispensable²⁶⁸.

Retomando el hilo de los acontecimientos, como se ha mencionado anteriormente, el 26 de abril de 2010, la Comisión Europea había nombrado un Grupo de Expertos, para que elaborara una propuesta de CFR. Pues bien, el trabajo del Grupo concluyó en mayo de 2011 con la presentación a la Comisión de un Estudio de viabilidad sobre Derecho Contractual europeo para consumidores y empresarios –*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*– que analizaba la viabilidad de un instrumento de Derecho Contractual en el ámbito de la UE, aplicable tanto a los contratos celebrados entre empresas (*business to business, B2B*), como a los contratos celebrados entre empresas y consumidores (*business to consumers, B2C*); cuyo ámbito material cubriera los contratos de compraventa y los servicios relacionados con la compraventa (como instalación y mantenimiento); que comprendiera, asimismo, los aspectos de Derecho Contractual relevantes en las transacciones transfronterizas (por ello, aspectos menos relevantes para las transacciones transfronterizas, como la capacidad o representación, no fueron cubiertos por el estudio de viabilidad); que fuera un texto accesible tanto para consumidores como para las empresas, de manera que no fuera necesario ser experto en Derecho Contractual para poder manejarlo; que incluyera normas de protección a los consumidores que implicasen la máxima defensa de los derechos de los mismos y fueran obligatorias para las partes, en caso de que éstas eligieran el instrumento de Derecho Contractual como la ley aplicable a su contrato; mientras que, para los contratos entre empresas, regiría el principio de libertad contractual²⁶⁹.

El texto del Grupo de Expertos constituía un conjunto de normas de Derecho Contractual que cubría los aspectos que, desde un punto de vista práctico, eran relevantes en las transacciones transfronterizas en la UE (por ejemplo, derechos jurídicos en caso de mercancías defectuosas y las normas sobre las cláusulas contractuales injustas). La Comisión, entonces,

²⁶⁸ ZIMMERMANN, R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 391, 396.

²⁶⁹ Expert Group on European contract law. *A European Contract Law for consumers and businesses: Publication of the results of the Feasibility Study carried out by the Expert Group on European Contract Law for Stakeholders' and Legal Practitioners' Feedback*, 3 de mayo de 2011, pág. 6.

debía determinar si el texto del Grupo de Expertos podría servir de punto de partida, y en qué medida, en el caso de que posteriormente se presentara una iniciativa política sobre Derecho Contractual europeo²⁷⁰. En consecuencia, a partir del 3 de mayo de 2.011, comenzó una nueva consulta pública hasta el 1 de julio de 2.011, para que las partes interesadas opinasen sobre los distintos artículos redactados por el Grupo de Expertos. La mayoría de las contribuciones precisaron cuestiones sobre la redacción jurídica. Asimismo, en particular, las empresas expresaron preocupaciones sobre los efectos negativos que podría acarrear la elevada protección de los consumidores contenida en el texto²⁷¹.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó por mayoría, el 8 de junio de 2.011, la propuesta sobre normas optativas a escala de la UE para las empresas y los consumidores que celebran contratos en el mercado único. La votación del Parlamento Europeo se produjo tras una comunicación de la Vicepresidenta de la Comisión Europea, REDING, quien declaró que estaba considerando proponer el próximo otoño un Derecho Contractual europeo optativo²⁷². Su objetivo era proporcionar una mayor coherencia al Derecho Contractual en Europa, facilitando al mismo tiempo las transacciones transfronterizas, particularmente a las pequeñas empresas europeas y consumidores, considerando que era el momento político adecuado para llevar a cabo este proyecto. Asimismo, el 12 de abril de 2.011, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (JURI) aprobó un Informe de iniciativa propia elaborado por WALLIS, que apoyaba un Derecho Contractual europeo optativo y que constituyó la base para la votación en el pleno. Los diputados apoyaron el punto de vista de JURI, en el sentido de que un instrumento optativo podría ser complementado con un “arsenal de ideas” de referencia para garantizar la coherencia y la calidad de la legislación sobre el Derecho Contractual europeo²⁷³.

Asimismo, la creación del Instituto de Derecho Europeo, (*European Law Institute –ELI–*), en junio de 2.011, supuso un paso más en el proyecto que se estaba llevando a cabo, cuyo objetivo radicaba en contribuir a la mejora de la calidad de la legislación de la UE²⁷⁴.

²⁷⁰ Comisión Europea. *Transacciones transfronterizas: La Comisión Europea publica un Estudio de Viabilidad sobre Derecho Contractual europeo realizado por un Grupo de Expertos*, IP/11/523, 3 de mayo de 2011.

²⁷¹ SEC (2011) 1166 final, *Cit.*, pág. 7.

²⁷² REDING, V., *The next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, Keynote Speech at the Conference “Towards a European Contract Law” co-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster, Speech/11/411, 3 de junio de 2011.

²⁷³ Comisión Europea. *La Comisión Europea acoge con satisfacción el apoyo del Parlamento Europeo a un Derecho Contractual a escala europea*, IP/11/683, 8 de junio de 2011.

²⁷⁴ European Law Institute (ELI), acceso en septiembre de 2020. Disponible en Web: <http://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/>

En respuesta al Libro Verde, el Parlamento Europeo adoptó el 8 de junio de 2011 una Resolución²⁷⁵ en la que expresaba su firme apoyo a un instrumento que permitiera mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y beneficiara a los comerciantes, los consumidores y los sistemas judiciales de los Estados miembros²⁷⁶. Y ello, considerando que a raíz de la crisis financiera mundial, contar con un régimen coherente de Derecho Contractual europeo adquiriría más importancia que nunca para alcanzar todo el potencial del mercado interior y contribuir así a la consecución de los objetivos fijados para Europa 2020. Asimismo, el Parlamento llamaba la atención sobre la necesidad de un estudio más pormenorizado para comprender mejor las causas de la fragmentación del mercado interior, así como para adoptar la mejor solución para abordar tales problemas y garantizar la aplicación de la legislación existente.

En relación con las opciones planteadas en el Libro Verde de la Comisión, el Parlamento se mostraba favorable a la opción (iv), consistente en la creación de un instrumento optativo por medio de un Reglamento, tras realizar una evaluación de impacto y aclarar el fundamento jurídico, opción que respetaba el principio de subsidiariedad y no afectaba a las competencias legislativas de los Estados miembros en materia de Derecho Contractual y Civil. Consideraba que dicho instrumento optativo podría complementarse con una “caja de herramientas”, que podría aprobarse por medio de un acuerdo interinstitucional. Subrayó que un Reglamento por el que se estableciese un instrumento optativo de Derecho Contractual europeo mejoraría el funcionamiento del mercado interior debido al efecto directo y traería consigo ventajas para las empresas (reducción de los costes al obviar la necesidad de recurrir a normas sobre conflicto de leyes), los consumidores (seguridad jurídica, confianza, alto nivel de protección de los mismos) y los sistemas judiciales de los Estados miembros (no haría falta ya examinar la legislación de otros países). Opinaba que esta “caja de herramientas” podría ponerse en práctica poco a poco, empezando como una herramienta de la Comisión para acabar convirtiéndose luego, previo acuerdo entre las Instituciones, en una herramienta para el legislador de la UE. Además, facilitaría el marco y la base jurídica necesaria para el funcionamiento de un instrumento optativo y que las condiciones y cláusulas tipo pudieran funcionar y debieran basarse en una evaluación de las disposiciones nacionales obligatorias en materia de protección del consumidor existentes dentro y fuera del actual acervo de legislación sobre protección del consumidor. Consideraba que un instrumento optativo generaría un valor añadido europeo, en particular al garantizar una seguridad jurídica a través de la jurisdicción del TJUE, lo que facilitaría la posibilidad de superar los obstáculos jurídicos y lingüísticos, puesto que dicho instrumento estaría disponible en todas las lenguas de la UE. Por último, destacar que el

²⁷⁵ Parlamento Europeo. *Resolución sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas*, P7_TA(2011)0262, de 8 de junio de 2011.

²⁷⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 203.

Parlamento disponía que, a pesar de que la armonización a escala de la UE en materia de Derecho Contractual podría ser una manera eficaz de garantizar la convergencia y una mayor igualdad de condiciones, los retos que planteaba no obstante la armonización de los sistemas jurídicos no sólo de los Estados miembros sino también de las regiones con competencias legislativas en esta materia hacían que el recurso a un instrumento facultativo fuera una solución más factible, siempre que se garantizase su valor añadido para los consumidores y las empresas. Además, en su Resolución de 14 de septiembre de 2.011²⁷⁷, el Parlamento Europeo insistió que debía recurrirse en mayor grado a los Reglamentos en las propuestas legislativas, para reducir el volumen de la legislación y mejorar su calidad.

Como continuación del proceso anterior, el grupo responsable de realizar el Informe de Evaluación de Impacto, encargado por la Comisión y publicado el 11 de octubre de 2.011, fue creado en mayo de 2.011 (*Impact Assessment Steering Group*)²⁷⁸, cuyo cometido consistió en analizar las siete opciones de actuación recogidas en el Libro Verde, llegando a la conclusión de que las que permitirían alcanzar los objetivos marcados eran un régimen uniforme de Derecho Contractual de carácter facultativo –opción (iv)–, una Directiva de armonización plena –opción (v)– y un Reglamento por el que se estableciese un régimen uniforme de Derecho Contractual de carácter imperativo –opción (vi)–. Sin embargo, las dos últimas opciones impondrían una carga considerable para los comerciantes, pues incluso aquellos que solo operan en el mercado nacional tendrían que adaptarse a un nuevo marco legislativo. Por otra parte, la opción (iv) solo generaría costes puntuales para aquellos operadores que desearan utilizarlo para sus actividades comerciales transfronterizas, por lo que se consideró que sería la acción más proporcional.

Como resultado de lo anterior, y con base en el artículo 114 del TFUE, la Comisión presentó la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea” (*Common European sales Law, CESL*), de 11 de octubre de 2.011²⁷⁹, la cual suponía la puesta a disposición de un corpus uniforme y autónomo de normas de Derecho Contractual, que había de considerarse un segundo régimen de Derecho Contractual dentro de los sistemas jurídicos nacionales, aplicable a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes. Tenía como objetivo mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los

²⁷⁷ Parlamento Europeo. *Resolución del Parlamento Europeo sobre "Legislar mejor, subsidiariedad, proporcionalidad y normativa inteligente"*, P7_TA (2011)0381, 14 de septiembre de 2011.

²⁷⁸ SEC (2011) 1166 final, *Cit.*

²⁷⁹ Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final - 2011/0284 (COD) C7-0329/11, 11 de octubre de 2011.

consumidores. Asimismo, la CESL quería garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la creación de un conjunto propio de disposiciones imperativas que mantendría o mejoraría el nivel de protección que los consumidores disfrutaban en el marco de la legislación de la UE vigente en la materia²⁸⁰.

Además, el carácter facultativo de la CESL fue una de sus características principales, dado que desde los trabajos preparatorios del DCFR la idea de un instrumento opcional fue la más aceptada entre la doctrina (entre otros autores, HESSELINK²⁸¹, VALPUESTA GASTAMINZA²⁸², DE LA CUESTA RUTE²⁸³ o LEIBLE²⁸⁴), permitiendo a las partes ofrecer una normativa adecuada, protectora de sus intereses y moderna, sin obligarles a someterse a ella. Aunque el Libro Verde de la Comisión de 1 de julio de 2.010 ofrecía varias opciones, algunas de ellas no se podían llevar a cabo como consecuencia de la inexistencia de una base jurídica suficiente con la que fundamentar tal instrumento (como la propuesta de un Reglamento que impusiera un Derecho interno obligatorio en todos los Estados miembros)²⁸⁵. Así, según ARROYO I AMAYUELAS, la idea básica del instrumento opcional radicaba en potenciar la autonomía de los individuos porque estos podrían elegir el Derecho que mejor se adaptase a sus necesidades por la vía de la técnica del *opt-in*, frente a la vía del *opt-out* (como la CVCIM), que interfiere más en la autonomía de los Estados miembros pero que, probablemente, tendría la ventaja de incrementar las posibilidades de aplicación del instrumento opcional. Expone también ARROYO I AMAYUELAS que según parece la elección de la CESL no implicaba elección de ley aplicable, sino más bien una elección entre dos sistemas distintos que se ponen a disposición de los contratantes dentro del Derecho nacional interno de cada país. Una vez que las partes hubieran optado por la CESL, solo sus reglas podrían regir el contrato, en lugar de las propias del ordenamiento jurídico que, a falta de tal acuerdo, resultarían aplicables. Ahora bien, aunque la elección de la CESL fuera independiente de la elección de la ley aplicable, para que esa opción por la CESL fuera eficiente sería preciso que resultase aplicable la ley de un Estado miembro. En contratos B2C, el artículo 6.2 del RRI, que obliga a la aplicación de las leyes imperativas del lugar de residencia del consumidor, si son más protectoras, quedaría intacto; pero, una vez materializada la opción por la CESL, apunta esta autora, parece que el mecanismo se desactivaría, puesto que el texto ya comprendía un cuerpo completo de normas imperativas y plenamente armonizadas que protegerían a los consumidores tanto o más que sus Derechos nacionales. La estrategia de reemplazar por completo a las leyes nacionales, incluso las normas

²⁸⁰ COM (2011) 635 final, *Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 4-10.

²⁸¹ HESSELINK, M.W., 2010, *Op. Cit.*, pág. 12.

²⁸² VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 208.

²⁸³ DE LA CUESTA RUTE, J.M., Capítulo 1, 2011, *Op. Cit.*, pág. 58.

²⁸⁴ LEIBLE, S., 2006, *Op. Cit.* pág. 1602.

²⁸⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 208.

imperativas, obedece a que, de otro modo, el régimen del contrato se complicaría en exceso y, por tanto, no serviría al fin declarado de eliminar costes de transacción. No obstante, continúa ARROYO I AMAYUELAS, el planteamiento de la Comisión no dejaba de generar dudas, pues no estaba claro que el alto nivel de protección del consumidor establecido en la Propuesta fuera tan alto o más que el de cualquier Estado miembro. De hecho, bastaría traer a colación la distinta noción de consumidor en la CESL (solo persona física, artículo 2 (f)) y en el Derecho español (también las personas jurídicas y entidades sin personalidad sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, artículo 3.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁸⁶). El problema era, en definitiva, que no estaba claro que la elección de la CESL pudiera tener el efecto de desplazar las normas imperativas nacionales cuando estas fueran más favorables para el consumidor²⁸⁷.

Consideramos lo anterior muy relevante a efectos del éxito o fracaso que pudiera tener la Propuesta en ese momento, toda vez que un aspecto crucial para el éxito de la Propuesta radicada precisamente en la regulación del Derecho Contractual de Consumo. Y ello, toda vez que, al fin y al cabo, serían las empresas las que propondrían al consumidor la aplicación de la CESL en sus contratos; pero si, al elegir la CESL, se acabara aplicando la legislación del país de residencia habitual del consumidor, no tendría sentido ya para las empresas recurrir al instrumento en sus relaciones B2C.

Como consecuencia de las consultas, de fecha 11 de octubre, de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2011, dirigidas por el Consejo y el Parlamento Europeo al CESE, este organismo emitió un Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento CESL, de 21 de junio de 2012²⁸⁸, en el que acogía favorablemente la forma mediante Reglamento elegida por la Comisión respecto a la CESL y como un segundo régimen facultativo; si bien consideraba que no era suficiente para garantizar la expansión del comercio transfronterizo, explotar todo el potencial de crecimiento económico del mercado único y crear puestos de trabajo. Además, puntualizaba que, en ese momento, las opiniones de las organizaciones de consumidores, de empresarios y de PYMES todavía divergían en muchos puntos. Asimismo, llamaba la atención sobre una serie de aspectos en relación con la Propuesta de Reglamento CESL, como: (i) la existencia de dificultades

²⁸⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

²⁸⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E., “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 11, 2014, pág. 218-220.

²⁸⁸ CESE. *Dictamen sobre la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea" y la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones - Una Normativa Común de Compraventa Europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único"*, (DOUE núm. C 181/75, 21 de junio de 2012).

importantes en la aplicación de la CESL; (ii) la necesidad de tener en cuenta las características específicas de las PYMES; (iii) la elaboración de modelos europeos de contratos, diseñados para ámbitos comerciales o sectores de actividad específicos, que contuvieran cláusulas y condiciones estándares y estuvieran disponibles en todas las lenguas oficiales de la UE; (iv) la necesidad de garantizar una mayor seguridad jurídica y mejorar el contenido de la CESL; (v) la necesidad de tener en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores y de las PYMES al definirse y ejecutarse todas las políticas de la UE y las medidas adoptadas; (vi) la interrelación entre el instrumento facultativo y el DIPr, incluidas las leyes de policía nacionales y las normas de orden público; (vii) el papel del RRI en el caso de los contratos entre una empresa y un consumidor; (viii) la necesidad de garantizar aún más la seguridad jurídica y elaborar un corpus completo de normas de Derecho Contractual que no hiciera referencia a los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros y que no supusiera problemas de interpretación y aplicación; (ix) la necesidad de adoptar medidas de acompañamiento al instrumento propuesto para garantizar que las partes pudiesen aplicar la CESL de forma eficaz e interpretarla de manera uniforme.

El CESE consideraba que la Propuesta no era suficientemente accesible para las PYMES, siendo un instrumento complejo y abstracto en el ámbito del Derecho Contractual y que las PYMES no podrían aplicar sin recurrir a servicios de asesoramiento y consultoría jurídica. Por otra parte, siguiendo las opiniones de las organizaciones de consumidores, el CESE sostenía que la CESL no garantizaba plenamente la protección de los mismos. Igualmente, resaltaba que la Propuesta de Reglamento CESL hacía referencia a la legislación interna para muchos aspectos (por ejemplo, la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes incluida la asignación, la compensación y la concentración, el Derecho de propiedad incluida la transferencia de la propiedad, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho de faltas), lo que impondría a las empresas el estudio del marco legislativo, el aumento de los gastos de asesoramiento jurídico y la incertidumbre jurídica.

A partir de 2012, JURI organizó diversas audiencias, talleres y conferencias, con la participación de representantes de los Parlamentos de los Estados miembros, así como de profesionales de la justicia y representantes de empresas y consumidores. En enero de 2013, la Unidad de Evaluación de Impacto del Parlamento Europeo valoró positivamente la evaluación de la Comisión, pero expresó ciertas reservas en cuanto al uso de los sondeos de opinión²⁸⁹.

²⁸⁹ Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. *Normativa Común de Compraventa Europea*, núm. 130721REV1, 20 de febrero de 2014.

Con fecha 25 de septiembre de 2013, JURI presentó un Informe sobre la Propuesta de Reglamento CESL²⁹⁰, en el cual se recogían las enmiendas propuestas a la Propuesta de Reglamento CESL, así como sus opiniones. Así, JURI proponía una serie de modificaciones del texto de la Propuesta de Reglamento CESL. Por su interés, cabe destacar que los ponentes de JURI propusieron que la normativa se ofreciera únicamente a los contratos a distancia, pues el principal sector que se contemplaba era el de las ventas en Internet, en rápido crecimiento, en el que la idea de un instrumento opcional contaba con un importante apoyo, incluso en los círculos que se mostraban más reticentes al uso de dicho instrumento. Mantenían que la CESL, como conjunto de normas para toda la UE, era la herramienta ideal para el comercio en línea. Sin embargo, frente a tal posición, aquí estimamos que, si el instrumento se aplicara sólo a los contratos a distancia, conllevaría de nuevo una fragmentación más del ordenamiento jurídico, que era precisamente lo que se estaba intentando solventar.

Por su parte, la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) manifestó sus dudas en torno a la idoneidad de la Propuesta. Y ello debido a que un instrumento facultativo adicional, cuya elección dependiera de hecho del comerciante, no haría sino complicar la situación jurídica y empeorar, en particular, la posición del consumidor. Asimismo, llamó la atención sobre los reparos en torno a la falta de jurisprudencia, pues sería necesario el transcurso de muchos años antes de que el TJUE decidiera de manera vinculante sobre las consultas relativas a la interpretación de la CESL. Asimismo, para IMCO no resultó convincente el cálculo de los costes de transacción ni las suposiciones sobre la confianza del consumidor. No se tuvieron en cuenta, por ejemplo, los efectos de la armonización de la Directiva sobre los derechos de los consumidores (2011, Directiva DCONSUM)²⁹¹ ni la legislación sobre los mecanismos de resolución alternativa de litigios. Por consiguiente, las dos Comisiones competentes del Parlamento –JURI e IMCO–, presentaron un cuestionario a la Unidad de Evaluación de Impacto del Parlamento Europeo para comprobar la calidad de la evaluación de impacto de la Comisión. Los resultados se expusieron en la reunión de JURI de 22 de enero de 2013 y confirmaron en gran medida los reparos mencionados. Por ello, IMCO dispuso que no podía, en consecuencia, respaldar la propuesta de la Comisión para la CESL, proponiendo proseguir con el proceso de armonización del Derecho Contractual de los consumidores a escala de la UE.

²⁹⁰ Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI). *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, A7-0301/2013, 24 de septiembre de 2013.

²⁹¹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE núm. L 304/64, de 22 de noviembre de 2011).

Así las cosas, visto el Informe de 25 de febrero de 2.013 de JURI, el Parlamento Europeo aprobó mediante su Resolución de 26 de febrero de 2.014, las enmiendas propuestas al texto de la Propuesta de Reglamento CESL²⁹² (cuyo análisis se desarrolla en el Apartado III del Capítulo IV), entre las que cabe destacar aquella enmienda que limitaba el ámbito de aplicación del Reglamento para los contratos que se celebren a distancia y, en particular, en línea (enmiendas 1 y 2). Sin embargo, la Propuesta de Reglamento CESL nunca llegó a contar con el apoyo del Consejo.

De este modo, lo que era un proyecto de unificación del Derecho Privado se convirtió en una herramienta de Derecho Internacional, referida a relaciones jurídicas transfronterizas²⁹³. Llegó a afirmar SÁNCHEZ LORENZO que la Propuesta de Reglamento CESL “*es el modesto réditto de decenios de incesante actividad para progresar en la unificación del Derecho Privado europeo. Este instrumento facultativo (art. 3) limitado a algunos tipos contractuales de carácter estrictamente transfronterizo, parece ser la única opción factible, que deja en muy poco las esperanzas del Parlamento Europeo, y de líderes como Ch. Von Bar, que en su día se aventuraron a fijar en el año 2010 el horizonte de un Código Civil europeo. Un corto viaje, desde luego, para tantas alforjas, aunque el futuro dirá si una normativa común de compraventa europea (CESL) es sólo un hito que anuncia logros más ambiciosos*”²⁹⁴.

Asimismo, apunta ROCA GUILLAMÓN que una norma como la Propuesta de Reglamento CESL fue vista con recelos por distintas razones, principalmente económicas, pero por su repercusión fuera del ámbito de la UE se ha llegado a cuestionar la propia competencia de la UE para abordarla²⁹⁵. Del mismo modo, ARROYO I AMAYUELAS también cuestionó en su momento la falta de una base legal clara y la infracción de los principios de subsidiariedad y

²⁹² Parlamento Europeo. *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)*, 26 de febrero de 2014.

²⁹³ Este fenómeno muestra un evidente paralelismo con lo ocurrido en América Latina hace ya unas décadas. El denominado “Panamericanismo” tuvo como objetivo unificar el Derecho Privado, aunque el mismo quedó truncado y dejó paso a un proceso de creación de normas de DIPr, si bien es cierto que en tiempos recientes se ha vuelto a retomar aquel objetivo unificador. Y ello, dado que actualmente existe una clara voluntad política de unificar la legislación de América Latina con un carácter más amplio que el relativo a las obligaciones y contratos mediante leyes marco; según FERRANTE, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 110 y 117.

²⁹⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., “La Propuesta de Reglamento Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea y el Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 11, 2011, pág. 36.

²⁹⁵ ROCA GUILLAMÓN, J., 2012, *Op. Cit.*, pág. 22.

proporcionalidad²⁹⁶. También MICKLITZ y REICH argumentaron que una aplicación estricta del principio de proporcionalidad daría lugar a una reducción sustancial del ámbito de aplicación de la CESL, toda vez que: (i) debería haber excluido las transacciones B2B debido al principio de autonomía de la voluntad de las partes y a la existencia de instrumentos, que ya son opcionales, como la CVCIM; (ii) en las transacciones B2C, debería haber abarcado únicamente los ámbitos que tienen un impacto en el mercado interior al imponer normas obligatorias a las partes de un contrato, ya sea por la legislación de la UE o de los Estados miembros; (iii) esta reducción del ámbito de aplicación de la CESL podría haber requerido un replanteamiento del concepto de consumidor²⁹⁷.

Además, apunta PETRUCCI que amplios sectores del mundo académico y profesional señalaron la contradicción entre la decisión de incluir la normativa en un Reglamento y el carácter voluntario de su aplicación para los contratantes, la ausencia de comentarios sobre el contenido de los artículos, la omisión de materias importantes del Derecho Contractual, el afán excesivo en la tarea de redacción, con imprecisiones terminológicas y conceptuales o la extrema dificultad para los consumidores de comprender el significado de varias normas relativas a sus derechos²⁹⁸. O bien, se ha llegado a afirmar que la Propuesta de Reglamento CESL tenía una orientación política que en realidad se alejaba de la dimensión social del Derecho Contractual europeo. En este sentido, SÁNCHEZ LORENZO afirmó que supuso una concepción muy alejada de las exigencias constitucionales en relación con la concepción del mercado y de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE²⁹⁹.

En definitiva, después de tantos años de análisis e inversión en el proceso de unificación jurídica en la UE, observamos que lo que quedó fue un Reglamento sobre un instrumento optativo, sin una base legal clara, reducido a un limitado ámbito del Derecho Civil, esto es, a la compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios, y exclusivamente a su modalidad a distancia y sobre todo en línea (artículo 1 de la Propuesta de Reglamento CESL, tras su modificación por la Enmienda 26 del Parlamento Europeo en la citada Resolución de 26 de febrero de 2014), lo que entendemos suponía volver a complicar el marco jurídico y entrañaba mayor fragmentación en el Derecho Contractual europeo. Y ello, además, considerando que tampoco estaba claro que el nivel de protección del consumidor establecido en la Propuesta fuera tan alto o más que el de cualquier Estado miembro y que, por

²⁹⁶ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 203.

²⁹⁷ MICKLITZ, H-W.; REICH, N., "The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)"—Too Broad or Not Broad Enough?", *EUI Working Papers, European Regulatory Private Law Project (ERPL-03)*, 2012, pág. 10.

²⁹⁸ PETRUCCI, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 91.

²⁹⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 51.

tanto, si fuera elegido por las empresas para aplicar el instrumento en sus relaciones B2C, pudiera desplazar las normas imperativas nacionales cuando estas fueran más favorables para el consumidor.

3.2.3. La Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.

Con fecha 16 de diciembre de 2014, la Comisión Europea adoptó su Programa de Trabajo para 2015, el cual tenía por objeto cambiar la situación de la UE en relación con los desafíos económicos y sociales planteados –elevada tasa de desempleo, crecimiento lento, altos niveles de endeudamiento público, déficit de financiación y falta de competitividad en el mercado mundial–. La Comisión Europea, en su Comunicación de 16 de diciembre de 2014³⁰⁰, examinó todas las propuestas legislativas pendientes en ese momento y se propuso revisar o descartar aquellas propuestas que considerara que no contribuirían a alcanzar los nuevos objetivos, entre los cuales, cabe destacar el impulso del mercado digital, habida cuenta de que suponía un factor clave de una nueva dinámica en la economía europea en su conjunto para estimular el empleo, el crecimiento, la innovación y el progreso social. Asimismo, dispuso que era preciso explotar más resueltamente el potencial del mercado único para mejorar la competitividad de Europa en el mercado mundial y crear puestos de trabajo. Como consecuencia, entre las propuestas de retirada o modificación, la Comisión planteó la modificación de la Propuesta de Reglamento CESL, en orden a liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital³⁰¹. Fue una nueva visión de la Comisión que contó con el apoyo de ELI.

En esta línea, la Comisión en su Comunicación de 6 de mayo de 2015 sobre “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”³⁰² llamó la atención sobre la necesidad de potenciar el mercado único digital en la UE, definido como “*aquél en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada y en el que personas y empresas pueden acceder fácilmente a las actividades y ejercerlas en línea en condiciones de competencia, con un alto nivel de protección de los datos personales y de los consumidores, con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia*”.

Se requirieron, por tanto, medidas inmediatas para eliminar los obstáculos a la actividad transfronteriza en línea, entre otros, las diferencias en materia de Derecho Contractual, toda vez

³⁰⁰ Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el “Programa de Trabajo de la Comisión para 2015”, “un nuevo comienzo”*, COM (2014) 910 final, 16 de diciembre de 2014.

³⁰¹ COM (2014) 910 final, *Cit.* Anexo II, Punto 60.

³⁰² Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”*, COM (2015) 192 final, 6 de mayo de 2015.

que el hecho de disponer de distintas normativas contractuales nacionales de protección del consumidor había venido disuadiendo a las empresas de participar en transacciones transfronterizas e impidiendo que los consumidores se beneficiaran de ofertas más competitivas y de toda la gama de ofertas en línea³⁰³.

Asimismo, en un mercado único, las empresas deben ser capaces de gestionar sus ventas en el marco de un conjunto de normas comunes. Algunos aspectos del Derecho de Consumo y del Derecho Contractual ya fueron objeto de una armonización completa para las ventas en línea (por ejemplo, la información que debe proporcionarse a los consumidores antes de celebrar un contrato o el conjunto de normas que regulan su derecho a rescindir el acuerdo si cambian de parecer). Sin embargo, otros aspectos del contrato (como, por ejemplo, qué soluciones existen en caso de que los bienes materiales no sean conformes con el contrato de venta) solo estaban sujetos a las normas de la UE que proporcionaban una armonización mínima, lo que ocasionaba divergencias en la aplicación de tal normativa en cada Estado miembro. Cuando se trataba de medidas que afectan al contenido digital defectuoso comprado en línea no existía ninguna norma específica de la UE, solo algunas nacionales. Por ello, la Comisión mantuvo que unas normas modernas y simplificadas para las compras transfronterizas en línea y digitales animarían aún más a las empresas a realizar transacciones electrónicas transfronterizas, incrementando la confianza de los consumidores³⁰⁴.

En orden a conseguir tales objetivos y siguiendo con su Programa de Trabajo de 2015, la Comisión planteó la armonización de las normas reguladoras de compras en línea de contenidos digitales, para permitir a los comerciantes apoyarse en su legislación nacional basada en un conjunto específico de derechos contractuales clave obligatorios de la UE para las ventas nacionales y transfronterizas en línea de bienes materiales. El objetivo consistía en garantizar, según la Comisión, que los agentes económicos en el mercado interior no se vieran disuadidos de participar en las transacciones transfronterizas por las diferencias entre las legislaciones contractuales de consumo nacionales obligatorias, o las diferencias resultantes de las reglas específicas de los productos. Esta estrategia para el mercado único digital contó con la

³⁰³ Los consumidores de la UE podrían ahorrarse 11.700 millones de euros anuales si pudieran elegir dentro de una gama completa de bienes y servicios de la UE a la hora de hacer compras en línea. El 61 % de los consumidores de la UE no recelaba a la hora de comprar a través de Internet de un minorista situado en su propio Estado miembro, mientras que solo un 38 % confiaba al comprar en otro Estado miembro de la UE. Solo el 7 % de las PYME de la UE realizaron ventas transfronterizas; Según COM (2015) 192 final, *Cit.*, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión “Una estrategia para el mercado único digital de Europa – Análisis y pruebas”, SWD (2015) 100.

³⁰⁴ Si se aplicaran en todos los Estados miembros de la UE las mismas normas para el comercio electrónico, el 57 % de las empresas afirmaron que iniciarían o aumentarían sus ventas en línea a otros Estados miembros de la UE; según COM (2015) 192 final, *Cit.*, Punto 2.1.

aportación y el diálogo con los Estados miembros, el Parlamento Europeo y las partes interesadas³⁰⁵.

En concreto, ELI planteaba varias opciones a considerar en torno a una eventual regulación del Derecho Contractual sobre el mercado digital³⁰⁶: (1) un instrumento basado en la CESL, cuyo ámbito estuviese restringido al comercio electrónico; (2) un nuevo instrumento de Derecho Contractual diseñado específicamente para el ámbito del comercio electrónico. Este instrumento requeriría una simplificación respecto a los modelos de Derecho Contractual existentes, a la vez que debería incorporar disposiciones que éstos no contemplan; (3) un modelo europeo de términos estándar; (4) profundizar en la armonización completa del Derecho Contractual de Consumo, bien total bien en términos de comercio electrónico.

A raíz de la Estrategia de la UE para el mercado único digital, aprobada el 6 de mayo de 2.015, la Comisión comenzó, con fecha 12 de junio y hasta el 3 de septiembre de 2.015, una consulta pública en orden a recabar los puntos de vista de las partes interesadas sobre posibles modos de eliminar los obstáculos de Derecho Contractual relacionados con la compra en línea de contenidos digitales y bienes materiales.

Como resultado, se recibieron un total de doscientas dos respuestas a la consulta. Por lo que respecta a los contenidos digitales, la mayoría de las partes interesadas del ámbito de la empresa percibió la necesidad de una intervención de la UE en forma de armonización plena, aunque las empresas del sector de las TIC estuvieron más divididas. Las organizaciones de consumidores reconocieron la necesidad de intervenir y de apoyar la armonización plena siempre y cuando se garantizase un alto nivel de protección de los consumidores. La mayoría de los Estados miembros también se mostraron favorables a una intervención de la UE en materia de contenidos digitales. Por lo que respecta a los bienes, las empresas se mostraron a favor de actuar a escala de la UE. Mientras que una mayoría apoyaría la plena armonización, otros preferían la aplicación de la legislación del operador. Tanto en el caso de los contenidos digitales como en el de los bienes, casi todos los encuestados estaban a favor de que se abordasen solo los contratos entre empresas y consumidores. La mayoría de las partes interesadas advirtieron sobre la posible fragmentación entre las ventas de bienes en línea y fuera de línea³⁰⁷.

³⁰⁵ COM (2015) 192 final, *Cit.*, Punto 1.

³⁰⁶ ELI. *Statement of the European Law Institute: Unlocking the Digital Single Market – An Instrument for 21st Century Europe. Second Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, 2nd Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 2015, pág. 6-7.

³⁰⁷ COM (2015) 192 final, Documento de trabajo, 2016, *Cit.*

Asimismo, se publicó un Informe de Evaluación de Impacto³⁰⁸, el 17 de diciembre de 2015, que examinó varias políticas alternativas³⁰⁹: (i) normativa plenamente armonizada específica para bienes y contenidos digitales; (ii) aplicación de la ley del comerciante en combinación con la normativa armonizada existente sobre bienes/normativa plenamente armonizada y específica para contenidos digitales; (iii) ningún cambio en la política para bienes y normativa plenamente armonizada específica para contenidos digitales; (iv) ningún cambio en la política para bienes y armonización mínima de la normativa para contenidos digitales; (v) un contrato modelo europeo voluntario en combinación con un sello de confianza de la UE. Así, la Comisión se decantó finalmente por una normativa plenamente armonizada específica para bienes y contenidos digitales, como la idónea para cumplir los objetivos políticos. Y ello, dado que se consideró que la opción elegida eliminaría los obstáculos al comercio transfronterizo en línea relacionados con el Derecho Contractual, tanto para los consumidores como para los comerciantes.

Sin embargo, según los resultados conocidos y publicados, no se registró una mayoría clara a favor de la opción elegida: las organizaciones de consumidores se opusieron a cualquier forma de aplicación de la ley del vendedor, mientras que la mayoría de las organizaciones de profesionales y algunos académicos estuvieron a favor de esta opción. Por su parte, la mayoría de los Estados miembros pusieron en entredicho la necesidad de una nueva legislación relativa a las compras a distancia (que ya incluye las ventas en línea). A primera vista, de un análisis objetivo de las respuestas a las consultas se desprende que la opción (v) relativa a un contrato modelo europeo voluntario obtuvo un consenso general entre los operadores y los consumidores —dependiendo evidentemente del tenor de las normas contractuales tipo que acordase el sector y del nivel de uso y aceptación del sello de confianza de la UE por parte de las empresas— en particular porque es la que conlleva menos costes para los operadores³¹⁰.

³⁰⁸ Comisión Europea. *Impact Assessment, accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final/2, 17 de diciembre de 2015.

³⁰⁹ COM (2011) 635 final, *Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 11-12; Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, COM (2015) 634 final - 2015/0287 (COD), 9 de diciembre de 2015, Exposición de Motivos, pág. 9-10.

³¹⁰ CESE, *Dictamen sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales”*, COM (2015) 634 final — 2015/0287 (COD) y la *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes”*, COM (2015) 635 final — 2015/0288 (COD), (DOUE núm. C 264/57, 20 de julio de 2016), Punto 3.4.1.

Más adelante, en su Programa de Trabajo de 2016, de 27 de octubre de 2015, titulado “No es momento de dejar las cosas como están”³¹¹, la Comisión planteó el objetivo de “legislar mejor”, examinando la situación y asegurándose de que, cuando la UE interviniese, lo hiciese de una forma que marcara realmente una diferencia positiva sobre el terreno. La Comisión propuso de nuevo potenciar el mercado único digital, a través de una serie de medidas, entre las que cabe destacar las propuestas legislativas sobre los Derechos Contractuales digitales.

La Estrategia fue reforzada por la Comunicación de la Comisión de 10 de mayo de 2017, titulada “un mercado único digital conectado para todos”, en la cual se puso de manifiesto que “*la realización completa del mercado único digital de la UE requiere también de un entorno jurídico claro y estable que fomente la innovación, resuelva la fragmentación de los mercados y permita que todos los agentes se beneficien de las nuevas dinámicas del mercado en condiciones equitativas y equilibradas, todo lo cual sentará las bases de credibilidad esenciales para la confianza de empresas y consumidores*”. En concreto, hizo referencia a que la armonización completa de las normas sobre contratos digitales mejoraría la protección de los consumidores y las condiciones para las empresas que venden productos y servicios de un país a otro, reduciendo las diferencias entre las legislaciones contractuales nacionales en materia de consumo y eliminando una de las principales razones del bloqueo geográfico que aplican las empresas³¹². El papel decisivo que lo digital desempeñaría en la transformación de Europa se subrayó también en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa de 2017³¹³.

En consecuencia, la Comisión presentó, el 9 de diciembre de 2015, dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a: (i) determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (Propuesta de Directiva sobre los contratos de compraventa en línea –Propuesta de Directiva CCVL³¹⁴–); y, (ii) determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales (Propuesta de Directiva sobre los contratos de suministro de contenidos digitales – Propuesta de Directiva

³¹¹ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el “Programa de Trabajo de la Comisión para 2016”, “No es momento de dejar las cosas como están”, COM (2015) 610 final, 27 de octubre de 2015.*

³¹² COM (2017) 228 final, 2017, *Cit.*, pág. 3 y 7.

³¹³ El Libro Blanco analiza los factores impulsores del cambio en el próximo decenio y presenta una serie de escenarios de cómo podría evolucionar Europa de aquí a 2025. De este modo, abre un debate que debería ayudar a centrar la reflexión y a encontrar nuevas respuestas a una vieja pregunta: ¿Qué futuro queremos para nosotros, para nuestros hijos y para nuestra Unión?; en Comisión Europea. *Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, COM (2017) 2025 final, de 1 de marzo de 2017.

³¹⁴ Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes*, COM (2015) 635 final - 2015/0288 (COD), 9 de diciembre de 2015.

CSCD³¹⁵–). Y ello, dado que se consideró que existía una laguna indiscutible en la legislación de la UE en materia de contenido digital defectuoso. La mayoría de los Estados miembros no contaba con legislación vigente en este ámbito. Además, mientras que las normas de protección de los consumidores ya se habían armonizado en el conjunto de la UE en determinados ámbitos, persistían las divergencias en el Derecho Contractual de los consumidores en los diferentes países³¹⁶. La base jurídica de ambas Propuestas se basó en el artículo 114 del TFUE, habida cuenta que su principal objetivo –como en el caso de la Propuesta de Reglamento CESL– constituía mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Estas Propuestas abandonaron el enfoque de un régimen opcional común y de un conjunto exhaustivo de normas, como hacía la Propuesta de Reglamento CESL³¹⁷. Finalmente, las Directivas –cuyo análisis se realiza en el Apartado IV de este Capítulo al estar enfocadas en el ámbito del Derecho del Consumo– relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenido y servicios digitales³¹⁸ y relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes³¹⁹ fueron aprobadas el 20 de mayo de 2019.

Así las cosas, la Propuesta de Reglamento CESL constituyó un instrumento que cubría casi todo el ciclo de vida de los contratos, mientras que las nuevas Directivas sobre determinados aspectos contractuales sólo cubren una parte sustancial de este ámbito en relación con determinados tipos de contratos. Si bien es cierto que las Directivas actuales se adecúan a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, teniendo cabida sin duda en el artículo 114 del TFUE, también lo es que la Propuesta de Reglamento CESL se configuró como un texto más completo en orden a dar una solución más directa a los obstáculos jurídicos que se plantean en el mercado interior de la UE, como consecuencia de la diversidad jurídica; no obstante, uno de

³¹⁵ Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, COM (2015) 634 final - 2015/0287 (COD), 9 de diciembre de 2015.

³¹⁶ Comisión Europea, Comunicado de prensa “La Comisión propone modernizar las normas contractuales en materia digital para simplificar y fomentar el acceso a los contenidos digitales y las ventas en línea en la UE”, 9 de diciembre de 2015, pág. 2.

³¹⁷ CASTILLO PARRILLA, J.A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 47.

³¹⁸ Directiva 2019/770/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE núm. L 136/1, de 22 de mayo de 2019).

³¹⁸ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a D., Capítulo VI, 2018, *Op. Cit.*, pág. 167-160.

³¹⁹ Directiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE núm. L 136/28, de 22 de mayo de 2019).

los problemas de esta última Propuesta era, en efecto, las dudas en torno a si el artículo 114 del TFUE constituía una base jurídica suficiente³²⁰.

En definitiva, como llama la atención LÓPEZ AZCONA, parece resultar que el ideal de una regulación uniforme en materia de Derecho Privado ha perdido cierta fuerza en el largo camino recorrido desde 1.989 hasta la actualidad, pudiendo constatarse una pérdida de intensidad tanto cuantitativa como cualitativa en el proceso unificador. Así, de una parte, de la idea de un Código vinculante se ha pasado a una normativa de carácter facultativo; y de otra, frente a una regulación del Derecho Contractual en su totalidad se ha pasado a la aprobación finalmente de dos Directivas sectoriales en materia contractual, abandonando la opción de un Reglamento facultativo en favor del instrumento menos comprometido de la Directiva³²¹.

SÁNCHEZ LORENZO, por su parte, apunta que la idea de la unificación del Derecho Contractual europeo se concibió, en primer lugar, como una fórmula para facilitar el buen funcionamiento y la eficiencia del mercado interior, de facilitar, en suma, el comercio transfronterizo o internacional en el seno de la UE. No obstante, con el tiempo la unificación se ha ido orientando hacia otros fines diversos: como fines políticos o bien ha ayudado en la renovación y modernización de los Derechos nacionales en materia de obligaciones. Asimismo, con frecuencia, los proyectos unificadores han respondido a la convicción política y moral de los investigadores y de sus líderes. En ocasiones, ha faltado también independencia de la labor investigadora respecto de las urgencias políticas. No obstante, considera que en la contratación internacional, la seguridad jurídica y la confianza plantean demandas muy diferentes para una investigación útil a la hora de resolver los problemas reales. En este sentido, las partes contractuales lo que necesitarían es conocer las divergencias y diferencias reales entre los sistemas jurídicos que pueden hacer peligrar la seguridad jurídica de las transacciones y, sobre todo, las fórmulas que existen para minimizar, internalizar o eliminar los efectos nocivos de dicha diversidad³²².

Además, se ha planteado si la posible unificación del Derecho Contractual en la UE haría peligrar la competencia actual existente entre los distintos ordenamientos jurídicos; y ello, dado que, destaca WULF, la diversidad legislativa ha fomentado la innovación jurídica y, por lo tanto, ha contribuido positivamente al desarrollo del Derecho Contractual europeo. Así pues, los diversos Derechos Contractuales satisfacen mejor las diversas preferencias de los ciudadanos,

³²⁰ COSTA DE MAZARREDO, A., “El fundamento jurídico para la creación de un sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual”, *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, 19, 2016, pág. 659.

³²¹ LÓPEZ AZCONA, A., 2018, *Op. Cit.*, pág. 519.

³²² SÁNCHEZ LORENZO, S., “Prefacio”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.

aunque es verdad que esta diversidad jurídica también aumenta los costes de transacción en el mercado único europeo. Así, dice este autor, no hay consenso sobre si se deben realizar esfuerzos de armonización para reducir los costes de transacción o si se debe mantener la diversidad de leyes para sostener la innovación jurídica y la satisfacción óptima de las preferencias ciudadanas³²³.

Así, lo anterior, no deja sino de poner en evidencia las dificultades existentes en el seno de la UE para un proyecto tal como la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, siendo un proyecto influido por múltiples variables y sujeto a cambios políticos cíclicos. Toda opción oficial de promulgar u “oficializar” una recopilación en materia contractual aplicable en la UE ha sido abandonada, siendo la propuesta que más se ha aproximado a este fin la Propuesta de Reglamento CESL. Resulta, en nuestra opinión, necesario el análisis de los motivos que han llevado al abandono de esta vía y de los argumentos que han servido como base durante todo este tiempo para llevar a cabo el proyecto de unificación en la UE. Es evidente que los principales argumentos económicos no han sido suficientes para considerar absolutamente necesaria la unificación del Derecho Contractual. Y ello, unido a la falta de consenso político, han llevado a la elección de otras vías para la regulación de esta materia en la UE, centrando los esfuerzos de nuevo en la armonización sectorial del Derecho Contractual y, en especial, de Consumo. No obstante, si bien consideramos que las nuevas Directivas eran necesarias para colmar las lagunas existentes en el mercado único digital, estimamos que tal regulación podría haberse propuesto también como parte de un instrumento moderno y general sobre la Teoría General de los Contratos. Además, ello supondría una opción novedosa que podría haber sido vista y seguida por legisladores a nivel global, marcando un nuevo camino hacia la digitalización, comenzada desde Europa como pionera en este nuevo modelo de legislación. Además, de los distintos proyectos y resoluciones sobre la búsqueda de una unificación del Derecho Contractual, podemos contrastar como el objetivo ha ido progresivamente cambiando de una ambiciosa unificación a una más moderada armonización jurídica; proceso que, en materia de consumo principalmente, también ha tenido lugar de forma paralela al proyecto de unificación jurídica y que analizamos en el siguiente Apartado IV.

IV. LAS MEDIDAS DE ARMONIZACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONSUMO.

La UE constituye un mercado en el que actualmente participan más de cuatrocientos millones de personas, donde diariamente se llevan a cabo millones de transacciones, mediante la adquisición de una gran variedad de bienes y servicios. Consecuentemente, destaca PALAO

³²³ WULF, A.J., “Institutional competition of optional codes in European contract law”, *European journal of law and economics*, 38.1, 2014, pág. 141.

MORENO, los consumidores ostentan un papel de primer orden para el desarrollo económico y social de Europa, así como para la consolidación del mercado interior europeo. Ante esta realidad, las Instituciones de la UE han manifestado un gran interés en reglamentar este tipo de relaciones –como ya hemos ido poniendo de manifiesto a lo largo del Apartado 3.2 anterior–, mediante el denominado Derecho de Consumo, no sólo para garantizar una elevada protección de los consumidores, sino también buscando fomentar la cohesión económica y social en la UE, a efectos de fortalecer la confianza del consumidor y lograr el buen funcionamiento del mercado interior.

Siguiendo a DÍAZ-AMBRONA, el Derecho de Consumo contiene normas propias, pero además se integra por normas pertenecientes a otras disciplinas jurídicas entre ellas las de Derecho Civil y Mercantil. Todas tienen por finalidad contribuir, como se ha mencionado, a la protección de consumidores y usuarios dada la insuficiencia de las normas de las disciplinas jurídicas tradicionales fundadas en planteamientos económicos y sociales ya superados³²⁴. A este respecto, hay que tener en cuenta que el contrato es el instrumento jurídico por el que normalmente se desarrolla la actividad de consumo, dado que mediante él se realiza la actividad económica de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades cotidianas. Por ello, como apunta el TJUE, a través de normas usualmente imperativas se ha buscado *“reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”*³²⁵. El sistema contractual de la mayoría de los Derechos Civiles no protege específicamente a este nuevo sujeto de Derecho que es el consumidor, nacido como consecuencia de la desigualdad que se origina cuando se contrata frente a quienes producen y comercializan sus productos y servicios. La protección de consumidores y usuarios ha de venir dada fundamentalmente mediante la regulación de las relaciones contractuales en las que aquéllos intervengan, por medio del establecimiento de normas imperativas que tiendan a conseguir esa finalidad³²⁶.

De este modo, a lo largo de los años, de forma paralela al proceso de búsqueda de una unificación jurídica del Derecho Contractual en general, la UE ha ido realizando una intensa labor de armonización del Derecho Contractual en materia de consumo materializada en numerosas disposiciones, principalmente Directivas, que se ha erigido, como destaca LEÓN

³²⁴ PALAO MORENO, G., “Capítulo I. Mercado único y consumidores”, en *GPS Consumo*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 29.

³²⁵ Entre otras, TJUE. As. 618/10. Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino. Sentencia de 14 de junio de 2012. Apdo. 40; TJCE. As. 168/05. Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L. Sentencia de 16 de octubre de 2006. Apto. 36.; TJUE. As. 40/08. Asturcom Telecomunicaciones, S.L. y Cristina Rodríguez Nogueira. Sentencia de 6 de octubre de 2009. Apdo. 30.

³²⁶ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª D., Capítulo VI, 2018, *Op. Cit.*, pág. 167-160.

ARCE, “*en un criterio de impulso fundamental en la renovación y modernización del Derecho Privado constituyendo el primer hecho que rompe con el monopolio del legislador estatal sobre el Derecho Civil mediante la promulgación de una serie de Directivas comunitarias cuyo objetivo es la protección del consumidor y que han obligado al legislador estatal a promulgar leyes para armonizar la legislación nacional con la normativa comunitaria*”³²⁷.

Cabe adelantar que las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos. Es importante destacar que las Directivas están dirigidas a los Estados miembros, para que éstos sean los que las transpongan a sus respectivos ordenamientos jurídicos, dejándoles libertad para elegir la forma y los medios (artículo 288, párrafo tercero del TFUE). En consecuencia, ni el consumidor ni el empresario están obligados directamente por la Directiva, sino sólo por la legislación nacional de aplicación. No obstante, el TJUE reconoce en algunos casos un efecto directo de las Directivas al objeto de proteger los derechos de los particulares. En concreto, una Directiva tendrá efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas y en el caso de que el país de la UE no haya transpuesto la Directiva antes del plazo correspondiente³²⁸. Además, puede tratarse de una armonización jurídica de mínimos o de máximos, es decir, en el primer caso disponiendo unos requisitos mínimos que los Estados miembros deberán cumplir al transponer la normativa a su ordenamiento jurídico interno; y, en el segundo, estableciendo normas que los Estados miembros deben transponer plenamente y que no podrán modificar en ningún caso.

Dicho lo anterior, consideramos relevante exponer tal proceso de creación y desarrollo del Derecho de Consumo a través de la armonización jurídica a efectos del análisis del método adecuado para la propuesta de una Teoría General de los Contratos en la UE.

4.1. Inicio de la política comunitaria en materia de consumo.

La política comunitaria de protección de los consumidores comienza a gestarse a partir de los años setenta. En concreto, la Cumbre de París en octubre de 1.972 se considera la puesta en marcha del movimiento de protección de los consumidores, solicitando a las Instituciones comunitarias la preparación de un programa concreto encaminado a fortalecer y coordinar las medidas de protección al consumidor conforme a lo dispuesto en el artículo 86 del TCE, que

³²⁷ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit*, pág. 50-51.

³²⁸ TJCE. As. 41/74. Yvonne van Duyn vs. Home Office. Sentencia de 4 de diciembre de 1974; TJCE. As. 8/81. Ursula Becker vs. Finanzamt (Delegación de Hacienda) Münster-Innensadt. Sentencia de 19 de enero de 1982; TJCE. As. 103/88. Fratelli Costanzo SpA vs. Municipio de Milán. Sentencia de 22 de junio de 1989. TJCE. As. 319/97. Antoine Kortas. Sentencia de 1 de junio de 1999.

definía la noción de abuso de una posición dominante, vinculando desarrollo económico con calidad de vida³²⁹.

El primer paso puede considerarse que se dio con el Programa Preliminar para una Política de Protección e Información de las Comunidades de 1.975³³⁰ el cuál aprobó el principio de una política de protección e información de los consumidores, así como los principios, objetivos y la descripción general de las acciones que debían emprenderse a escala comunitaria. Este Programa recogía cinco derechos fundamentales del consumidor, que constituyeron la base de todos los programas de acción posteriores en materia de consumo, sirviendo de orientación básica en la legislación adoptada en la materia: derecho a la protección de la salud y a la seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la reparación de los daños, derecho a la información y a la educación y derecho a la representación³³¹.

En mayo de 1.981, se aprobó el Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea (CEE)³³² que constituyó la continuación del anterior, teniendo como base de ambos la necesidad de capacitar al consumidor para actuar con todo conocimiento de causa y desempeñar por tanto plenamente su papel de factor de equilibrio en los mecanismos del mercado, siendo uno de sus objetivos la mejora de la situación jurídica del consumidor, proponiendo entre otras medidas la armonización de las legislaciones relativas a determinados productos. Sin embargo, apunta LEÓN ARCE que los problemas de la realidad social, debidos en parte a la recesión económica sufrida en las décadas precedentes, hacían que los logros no fuesen en la práctica tan importantes³³³. Además, la ausencia de competencias explícitas a nivel comunitario en el ámbito del consumo representaba una laguna importante no sólo en el marco del mercado único sino también de la Europa de los ciudadanos, lo que intentó mejorarse a finales de los años ochenta³³⁴. En concreto, en julio de 1.985, la Comisión adoptó una Comunicación del Consejo, “Nuevo impulso para la Política de Protección de los Consumidores”, convirtiéndose en el

³²⁹ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit*, pág. 31.

³³⁰ Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores* (DOCE núm. C 92/16, de 25 de abril de 1975)

³³¹ Consejo Económico y Social (España). *Informe sobre los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, 1999, pág. 15.

³³² Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores* (DOCE núm. C 133/1, de 3 de junio de 1981).

³³³ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit*, pág. 32.

³³⁴ Consejo Económico y Social (España), 1999, *Cit*, pág. 16.

Tercer Programa para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores tras la Resolución del Consejo de 23 de junio de 1.986³³⁵.

Como consecuencia de tales medidas, se adoptaron durante este periodo las siguientes Directivas: en primer lugar, la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, el 25 de julio de 1.985³³⁶ (modificada posteriormente en 1.999³³⁷), la cual se dictó a efectos de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las divergencias entre las mismas podían falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso (considerando 1). No obstante, cabe apuntar que, como destacó el TJCE, la Directiva no persiguió armonizar de manera exhaustiva el ámbito de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos más allá de los aspectos que regula (considerando 18)³³⁸. En segundo lugar, la Directiva relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, el 20 de diciembre de 1.985³³⁹ (incluida más tarde en la Directiva DCONSUM), la cual tuvo por objeto proteger al consumidor en los contratos concluidos fruto de las negociaciones entre el consumidor y el comerciante fuera de sus establecimientos mercantiles, toda vez que se consideró que en tales circunstancias el consumidor no estaría preparado para dichas negociaciones y no podría comparar la calidad y el precio de la oferta con otras ofertas. Y, en tercer lugar, la Directiva sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los

³³⁵ Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores* (DOCE núm. C 167/1, de 5 de junio de 1986).

³³⁶ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 210/29, de 7 de agosto de 1985).

³³⁷ Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 141/20, de 4 de junio de 1999).

³³⁸ TJUE. As. 495/10. *Centre hospitalier universitaire de Besançon vs. Thomas Dutruieux y Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, Sentencia de 21 de diciembre de 2011, Apdo. 21.

³³⁹ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE núm. L 372/31, de 31 de diciembre de 1985).

Estados miembros en materia de crédito al consumo, de 22 de diciembre de 1.986³⁴⁰ (modificada posteriormente en 1.988 y 1.998, y derogada y sustituida posteriormente por la Directiva de 2.008³⁴¹). También de este periodo cabe destacar la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (1.979)³⁴² o la Directiva sobre publicidad engañosa (1.984)³⁴³, de crucial importancia en la materia.

No obstante lo anterior, indica LEÓN ARCE que no es correcto hablar de una verdadera política europea protectora de los consumidores hasta llegar a la firma en Luxemburgo y en La Haya del Acta Única Europea³⁴⁴ en febrero de 1.986 y que entró en vigor en julio de 1.987, mediante la cual se introdujo el artículo 100.A del TCE, en cuyo apartado 3 se refería expresamente a la aproximación de las legislaciones en materia de protección de los consumidores, requiriendo a tal efecto un nivel de protección elevado. Asimismo, abrió el camino hacia una política de consumo más dinámica, sobre todo al sustituir la norma de la unanimidad por la de la mayoría cualificada, lo que contribuyó a aumentar las iniciativas comunitarias en este ámbito³⁴⁵. Lo anterior supuso el primer verdadero apoyo jurídico para la realización del mercado interior sobre la aproximación legislativa en esta materia. Como continuación, la Resolución del Consejo, de 9 de noviembre de 1.989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección de los consumidores³⁴⁶, solicitó a la Comisión

³⁴⁰ Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (DOCE núm. L 42/48, de 12 de febrero de 1987).

³⁴¹ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOUE núm. L 133/66, de 22 de mayo de 2006).

³⁴² Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (DOCE núm. L 33/1, de 8 de febrero de 1979).

³⁴³ Inicialmente aprobada por la Directiva 84/45 (Publicidad engañosa). Modificada por la Directiva 97/55 (publicidad comparativa). Y completada por la Directiva 89/552 (radiodifusión televisiva), modificada por la Directiva 97/36. Y también por la Directiva 98/43, sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, anulada por sentencia del TJCE y sustituida por la Directiva 2003/33. Y, finalmente, modificada por la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales con consumidores, y sustituida por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE núm. L 376/21 de 27 de diciembre de 2006).

³⁴⁴ Parlamento Europeo. *Resolución sobre el Acta Única Europea* (DOCE núm. C 7/106, de 12 de julio de 1987).

³⁴⁵ Consejo Económico y Social (España), 1999, *Cit.*, pág. 17.

³⁴⁶ Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución del Consejo, de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor* (DOCE núm. C 294/1, de 22 de noviembre de 1989).

la elaboración de un Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CE (1.990-1.992)³⁴⁷, Plan que fue presentado por la Comisión Europea el 3 de mayo de 1.990, en el que se consideró que debía reforzarse la implementación de las Directivas ya adoptadas. Además, se identificaron cuatro áreas de importancia a efectos de contribuir a reforzar la confianza de los consumidores en el mercado interno: la representación de los consumidores, la información, la seguridad y la ampliación de las posibilidades reales de su elección en el mercado³⁴⁸.

En consecuencia, durante este periodo se adoptaron Directivas sectoriales, como la relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la seguridad de los juguetes (1.988)³⁴⁹ o la Directiva relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios (1.990)³⁵⁰; y, otras de carácter general, como la Directiva relativa a la seguridad general de los productos (1.992)³⁵¹, derogada posteriormente por la Directiva de 2.001³⁵² y la Directiva sobre cláusulas abusivas (1.993)³⁵³, de particular relevancia esta última, toda vez que su objeto fue aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Y ello, habida cuenta de que la disparidad que existía entre las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos, celebrados entre el vendedor de bienes o el prestador de servicios y el comprador, daba lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios difirieran entre sí, produciéndose distorsiones de competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial en los casos de transacciones transfronterizas. Asimismo, se consideró de vital importancia proteger a los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas y, en especial, de aquellas incluidas en los contratos de adhesión y de la exclusión abusiva de derechos esenciales de los consumidores.

³⁴⁷ Comisión Europea. *Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CE, 1990-1992*, COM (90) 98 final, 3 de mayo de 1990.

³⁴⁸ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit*, pág. 32.

³⁴⁹ Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la seguridad de los juguetes (DOCE núm. L 187/1, de 16 de julio de 1988).

³⁵⁰ Directiva 90/496/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1990, relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios (DOCE núm. L 276/40, de 6 de octubre de 1990).

³⁵¹ Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE núm. L 228/24, de 11 de agosto de 1992).

³⁵² Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE núm. L 11/4, de 15 de enero de 2002).

³⁵³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29, de 21 de abril de 1993).

4.2. Contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores.

El TCE se firmó en Maastricht el 7 de febrero de 1.992, entrando en vigor en 1.993. En materia de protección de los consumidores, se reforzó la base jurídica preexistente al incorporar un nuevo Título XI “Protección de los consumidores y usuarios”. A partir de este Tratado, la reserva de competencia expresa en materia de protección de los consumidores reflejada en los artículos 153 y 95.3 del TCE, supuso una potenciación de esa normativa, con notable incidencia en las fuentes de las obligaciones, el contenido del contrato y la formación del consentimiento, propias del Derecho Contractual, siendo el motor de la armonización indirecta de esta rama del Derecho³⁵⁴.

En la Resolución del Consejo de 13 de julio de 1.992 sobre futuras prioridades de desarrollo de la política de protección de los consumidores³⁵⁵ se invitó a la Comisión a presentar un nuevo Plan de Acción para el periodo 1.993-1.997, con las siguientes prioridades: integrar la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores en las otras políticas comunes, mejorar la representación de los consumidores en el plano comunitario, fomentar la seguridad general de los productos y de los servicios y la mejora de la información sobre la calidad de los productos y servicios e instigar a los Estados miembros a que faciliten el acceso a la justicia. Resultado de lo anterior, fue el Segundo Plan de Acción para el periodo 1.993-1.995³⁵⁶, basado en dos orientaciones fundamentales: la consolidación del acervo legislativo comunitario y cierto número de prioridades destinadas a aumentar el nivel de protección de los consumidores; y, el Tercer Plan sobre Prioridades de la Política de los Consumidores, relativo al periodo 1.996-1.998³⁵⁷, cuyos objetivos fueron: mejorar la educación e información al consumidor, proteger al usuario de servicios financieros y avanzar en la representación de los consumidores.

Si bien, no fue hasta el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1.997 y entrando en vigor el 1 de mayo de 1.999, cuando la política de protección de los consumidores empezó a tener una relevancia notable. Apunta LEÓN ARCE que este Tratado “*concede a la política del*

³⁵⁴ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 32; CÁMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, en *Derecho Privado Europeo*, COLEX, 2003, pág. 56.

³⁵⁵ Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución del Consejo, de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores* (DOCE núm. C 186/1, de 23 de julio de 1992).

³⁵⁶ Comisión Europea. *II Plan de Acción Trienal sobre de Acción sobre Política de los Consumidores. Poner el mercado único al servicio de los consumidores europeos, 1993-1995*, COM (93) 378 final, 28 de julio de 1993.

³⁵⁷ Comisión Europea. *III Plan de Acción Trienal sobre Prioridades de la Política de los Consumidores, 1996-1998*, COM (95) 519 final, de 31 de octubre de 1995.

consumidor, por derecho propio, una importancia notablemente superior a la que se le había reconocido hasta el momento”, constituyendo el principal objetivo el logro de fórmulas jurídicas de protección de intereses colectivos y de soluciones a los problemas transfronterizos³⁵⁸. En concreto, su artículo 153 (artículo 129 A) pasó a constituir el fundamento jurídico de las acciones a emprender a escala europea: “(...) la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”. El Parlamento Europeo subrayó en este periodo la relevancia de la creación de un mercado único de los consumidores mediante la plena aplicación y cumplimiento de la legislación sobre los consumidores en los Estados miembros, pidiendo a la Comisión que supervisara el proceso de aplicación para garantizar que los intereses de los consumidores se tuvieran plenamente en cuenta³⁵⁹. Asimismo, en el Plan de Acción sobre Política de los consumidores (1.999-2.001)³⁶⁰ se destacaron como aspectos a desarrollar el pleno respeto de los intereses económicos para contribuir a que los consumidores participasen con confianza en el mercado interior, tomando medidas de transparencia en la contratación derivada de las nuevas tecnologías.

Cabe destacar que durante este periodo se promulgaron las siguientes Directivas: Directiva sobre protección de los adquirentes en determinados aspectos de los contratos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (1.994³⁶¹, derogada posteriormente por la Directiva de 2.008³⁶²); Directiva sobre la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (1.997³⁶³, derogada posteriormente por la Directiva DCONSUM), cuyo objeto radicó, mediante un enfoque de armonización mínima, en aproximar las disposiciones legales de los Estados miembros relativas a los contratos a distancia entre consumidores y

³⁵⁸ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 35.

³⁵⁹ Parlamento Europeo. *Informe sobre la Comunicación de la Comisión relativa a las prioridades de la política de los consumidores 1996-1998 (COM(95)0519 - C4-0501/95)*, PE 218.208/Def., de 11 de octubre de 1996.

³⁶⁰ Comisión Europea. *Plan de Acción sobre política de los consumidores 1999-2001* (DOCE núm. C 279, de 1 de octubre de 1999).

³⁶¹ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 289/83, de 29 de octubre de 1994).

³⁶² Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE núm. L 33/10, de 3 de febrero de 2009).

³⁶³ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144/19, de 4 de junio de 1997).

proveedores (artículo 1 y considerando 4); Directiva relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (1.998³⁶⁴, sustituida más tarde por la Directiva de 2.009³⁶⁵) con el objetivo de poner fin a prácticas contrarias a determinadas Directivas europeas que vulneraban la protección de los consumidores; la Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (2.000)³⁶⁶, cuyo objeto residía en la aproximación de determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior y, en particular, a los contratos por vía electrónica; y, la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1.999) (Directiva VBC, modificada posteriormente en 2.011 por la Directiva DCONSUM)³⁶⁷ la cual tuvo por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior. Se consideró de especial importancia armonizar la regulación de la falta de conformidad del bien con el contrato, dado que dicho aspecto suponía la principal fuente de conflicto entre consumidores y vendedores; destacando, en particular, la adopción de un modelo objetivo de responsabilidad por influencia de la CVCIM, esto es, la concepción de la relación contractual propia de los países del *Common Law*, como garantía de un resultado: la satisfacción del acreedor³⁶⁸.

No obstante lo anterior, hemos de destacar que las Directivas promulgadas durante todo este periodo anterior se caracterizaron por contener una armonización de mínimos. Destaca REICH que este enfoque tiene sus ventajas e inconvenientes. Por un lado, permite a los Estados miembros mantener sus estándares de protección intactos, pues pueden ser mayores que los mínimos establecidos por la UE, y modificarlos posteriormente si es necesario; e, incluso

³⁶⁴ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE núm. L 166/51, de 11 de junio de 1998).

³⁶⁵ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOUE núm. L 110/30, de 1 de mayo de 2009).

³⁶⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE núm. L 178/1, de 17 de junio de 2000).

³⁶⁷ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171/12, de 7 de julio de 1999).

³⁶⁸ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág. 41-42.

extender el ámbito de aplicación de la Directiva³⁶⁹. Sin embargo, al mismo tiempo, conlleva divergencias entre las legislaciones nacionales, lo que es contrario a la propia idea de “armonización” y entra en conflicto con el principio original de “mercado interior” o “mercado común”³⁷⁰.

Apuntan también LANDO y BEALE que la normativa comunitaria dictada hasta la fecha logró una suerte de europeización del Derecho Contractual. No obstante, se trataba tan sólo de una armonización parcial. No estaba debidamente coordinada y, puesto que la legislación de contratos en cada país es distinta, se producían problemas a la hora de ajustarla a los diversos ordenamientos nacionales³⁷¹.

4.3. La protección del consumidor europeo en el siglo XXI.

Indica LEÓN ARCE que, en los inicios del siglo XXI, uno de los objetivos residía en lograr una uniformización normativa coherente en todo el ámbito comunitario³⁷², toda vez que como destaca LANDO la legislación de la UE había logrado una armonización fragmentaria, sin estar bien coordinada, junto con el surgimiento de problemas al trasponer las distintas Directivas a los sistemas jurídicos nacionales, debido a la existencia de legislaciones dispares³⁷³. De forma similar, DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., sostenían que, en el ámbito del Derecho Contractual, el legislador europeo había seguido un planteamiento de armonización “caso por caso”; el cual, combinado con una evolución imprevista del mercado, podía provocar incoherencias en la aplicación del Derecho comunitario. En general, según estos autores, las

³⁶⁹ TJCE. As. 361/89. Patrice Di Pinto. Sentencia de 14 de marzo de 1991, Apdos. 22 y 23. Esta Sentencia interpretó el artículo 8 de la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (1.985) (“*no será obstáculo para que los Estados miembros adopten o mantengan disposiciones aún más favorables en materia de protección a los consumidores en el ámbito amparado por ella*”) en el sentido de que tal disposición tiene por objeto determinar la libertad que se deja a los Estados en el ámbito amparado por la Directiva, a saber, la protección a los consumidores. Por tanto, no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe a los Estados adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere, como es el de la protección a los comerciantes. Por consiguiente, el TJCE consideró que la Directiva no se oponía a que una legislación nacional sobre visitas comerciales a domicilio extendiese la protección que establece a comerciantes, cuando éstos realizan actos para la venta de su fondo de comercio.

Vid. También TJCE. As. 382/87. R. Buet y SARL Educational Business Services (EBS) contra Ministère public. Sentencia de 16 de mayo de 1989.

³⁷⁰ REICH, N., “Harmonisation of European contract law: with special emphasis on consumer law”, *China-EU Law Journal*, 1, 1-2, 2011, pág. 58.

³⁷¹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la “Comisión de Derecho Contractual europeo”)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 125.

³⁷² LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 37.

³⁷³ LANDO, O., *Op. Cit.*, 2000, pág. 347.

diferencias existentes entre las disposiciones de las Directivas se debían a las divergencias que tales normas pretendían resolver. En particular, destacaban que la falta de una aceptación uniforme, en el Derecho comunitario, de términos y conceptos generales, al menos en ámbitos específicos o estrechamente vinculados, podía desembocar en resultados diferentes en las prácticas comerciales y jurídicas de los Estados miembros³⁷⁴.

En este sentido, destacan KARSTEN y PETRI que la armonización mínima fue el método preferido para legislar en el área de consumo hasta aproximadamente el año 2.000. Proporcionó una vía conveniente para convencer a los Estados miembros de que aceptaran la interferencia de la Comunidad en el delicado campo del Derecho Contractual y la protección del consumidor. En virtud de cláusulas de armonización mínima, los Estados miembros conservaron la libertad de adoptar normas de protección más estrictas para los consumidores en su territorio basado en el fundamento común de una norma comunitaria mínima de protección. Este método tenía la ventaja adicional de permitir un alto grado de flexibilidad para conciliar elementos del Derecho Contractual común con tradiciones del Derecho Contractual nacional. Sin embargo, la armonización mínima no creaba la igualdad de condiciones deseada para el comercio B2C en todo el mercado interno. Y ello, dado que el objetivo de la armonización se podía ver seriamente afectado si los comerciantes se encontraban con la realidad de diferentes transposiciones sobre un mismo aspecto de Derecho Contractual de Consumo. Así, consideraban estos autores que la armonización plena del Derecho Contractual de Consumo era necesaria para alcanzar el objetivo de una verdadera armonización de las normas de protección y la creación de condiciones equitativas para los comerciantes en sus relaciones B2C³⁷⁵.

En consecuencia, a partir de 2.001, la Comisión empezó a proponer un enfoque basado en la denominada “armonización plena”, mediante la cual los Estados miembros no pueden desviarse, ni a beneficio ni en detrimento de los consumidores, de los estándares impuestos a nivel de la UE. Indicó REICH que esto podía crear efectos inversos a los apuntados respecto a la armonización mínima: (i) restringiendo el poder legislativo de los Estados miembros, mediante su transferencia a la UE –lo que no siempre puede ser bienvenido–; (ii) estableciendo normas comunes para la comercialización y la contratación de determinados productos y servicios que no pueden ser modificadas por la legislación estatal; (iii) no está claro cómo se relacionaba este nuevo enfoque con las normas de protección de los consumidores, es decir, si mejoraría la protección de los consumidores en la UE, o más bien la reduciría³⁷⁶. KARSTEN y PETRI consideraban que la plena armonización tampoco serviría a su propósito si, como consecuencia de la vaguedad lingüística y de las diferentes tradiciones legales, los Estados

³⁷⁴ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 420-422.

³⁷⁵ KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 36, 45.

³⁷⁶ REICH, N., 2011, *Op. Cit.*, pág. 58.

miembros adoptaban diferentes soluciones jurídicas. Así, una solución sería conseguir un grado de precisión mayor en el lenguaje jurídico de la UE, un objetivo que no se podría conseguir si no se establecía un vocabulario común sobre Derecho Contractual para los Estados miembros³⁷⁷.

Por consiguiente, en 2.001, el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE³⁷⁸ examinó los diferentes obstáculos a la realización del mercado interior en el ámbito de consumo, la cuestión de la protección de los consumidores y las soluciones que debían aportarse de cara a una armonización de la reglamentación comunitaria. En particular, el problema residía en las diferencias entre legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales entre empresas y consumidores. Por el momento, ni unos ni otros se beneficiaban del potencial del mercado interior, fortalecido desde la introducción del Euro, en el ámbito del comercio electrónico. La solución contemplada en el Libro Verde se orientó hacia una simplificación de las normas nacionales y una garantía más eficaz de la protección de los consumidores. La simplificación de las normas conllevaba también una armonización de la legislación comunitaria en este ámbito. Para conseguir esta simplificación, el Libro Verde expuso dos orientaciones posibles: la adopción de una serie de Directivas nuevas o de una Directiva Marco completada por Directivas específicas, para lo cual se propusieron tres opciones principales: plena armonización, posiblemente complementada caso por caso por el reconocimiento mutuo para ciertos aspectos no esenciales que no hubieran sido objeto de una plena armonización; armonización mínima con el reconocimiento mutuo; armonización mínima con el planteamiento del país de origen. El Libro Verde propuso diferentes opciones para elaborar esta Directiva Marco, que abarcaría las prácticas comerciales de naturaleza electrónica entre empresas y particulares. A raíz del Libro Verde, la Comisión inició una consulta pública sobre la protección de los consumidores en la UE que concluyó el 15 de enero de 2.002. Los resultados se incluyeron en una Comunicación de la Comisión titulada “Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea”, de 11 de junio de 2.002³⁷⁹ y se tuvieron en cuenta en el nuevo Plan de acción sobre la protección de los consumidores 2.002-2.006³⁸⁰. En particular, se incluyó como objetivo la armonización, por el medio más apropiado (Directiva Marco, normas, buenas prácticas), no sólo de la seguridad de los bienes y servicios, sino también de los aspectos relativos al orden económico

³⁷⁷ KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 37.

³⁷⁸ Comisión Europea. *Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 final, de 2 de octubre de 2001.

³⁷⁹ Comisión Europea. *Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2002) 289 final, de 11 de junio de 2002.

³⁸⁰ Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico Y Social y al Comité de las Regiones - Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006*, COM (2002) 208 final, de 7 de mayo de 2002.

y jurídico a efectos de dar a los consumidores la confianza necesaria para realizar transacciones en el conjunto del mercado interior³⁸¹.

Por otra parte, conviene destacar también la ya mencionada Resolución de 15 de noviembre de 2.001 (en el Apartado 3.2.1), en la que el Parlamento Europeo instaba a la Comisión a presentar propuestas para revisar las Directivas sobre protección de los consumidores relativas al Derecho Contractual para suprimir las cláusulas de armonización mínima que habían impedido hasta el momento el establecimiento de una normativa uniforme a nivel de la UE en detrimento de la protección de los consumidores y de un funcionamiento adecuado del mercado interior³⁸². Destaca LEÓN ARCE que, en esta etapa, si bien no se descartaba la eficacia obligatoria uniforme de un Código Civil para toda Europa (como se ha analizado en el Apartado III anterior), lo cierto es que la viabilidad de este instrumento sólo era apreciable a largo plazo, pues en ese momento la pretendida codificación sólo parecía reconducirse a un proceso de consolidación y simplificación de las Directivas de consumo o Código general para la defensa de los consumidores³⁸³.

Asimismo, el Parlamento Europeo emitió varios Informes y resoluciones relacionadas con el Libro Verde y la Comunicación de seguimiento³⁸⁴, en los que expresó su apoyo a una reforma

³⁸¹ A este respecto, es interesante la opinión de WILHELMSSON quien sostenía que la justificación de las medidas legislativas, tanto las relativas a Derecho material en materia de consumo como de procedimiento, con base en la necesidad de incrementar la confianza de los consumidores a la hora de realizar transacciones transnacionales en el mercado interior, era cuestionable. Y ello, dado que, por un lado, dicho argumento era poco convincente; y, por otro, la legislación comunitaria tampoco había adoptado medidas legislativas materiales que contribuyeran a reforzar la confianza de los consumidores. Así, en lo que respecta a las medidas de armonización en general, consideraba este autor que el argumento sobre la confianza del consumidor ofrecía un débil apoyo a la armonización de mínimos. Tampoco este argumento era válido para recurrir a una armonización de máximos, pues este enfoque se basa más en las necesidades de las empresas que de los consumidores, aunque pueda resultar también una ventaja indirecta para los consumidores debido al aumento de la competencia; pero, en general, no debían justificarse tales medidas con base en la confianza de los consumidores; según WILHELMSSON, T., "The Abuse of the "Confident Consumer" as a Justification for EC Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, pág. 333.

³⁸² Parlamento Europeo, 2001, *Cit.*, Apdo. 12.

³⁸³ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 48.

³⁸⁴ Parlamento Europeo, *Informe sobre las repercusiones del Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea para el futuro de la política europea de los consumidores*, COM (2001) 531 - C5-0295/2002 - 2002/2151(COS), A5-0423/2002, 10 de diciembre de 2002; Parlamento Europeo, *Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006"*, COM (2002) 208 - C5-0329/2002 - 2002/2173(COS), A5-002372003, 28 de enero de 2003; Parlamento Europeo, *Informe sobre las perspectivas de la protección jurídica del consumidores a la luz del Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 - C5-0294/2002 - 2002/2150(COS), A5-0054/2003, 21 de febrero de 2003;

basada en una Directiva Marco que regulase las prácticas comerciales desleales y exhortó a la Comisión a presentar una propuesta lo antes posible; y, en su Resolución de 2 de diciembre de 2.002³⁸⁵, el Consejo se congratuló de la intención de la Comisión.

Afirma LEÓN ARCE que, llegados a este punto, la política de los consumidores se convirtió en un elemento esencial de cara a la consecución del objetivo estratégico de la Comisión consistente en mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos de la UE, pero también de la activación del mercado único europeo³⁸⁶.

Fruto del impulso anterior fue el Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, de 27 de octubre de 2.004³⁸⁷ (derogado más adelante por el Reglamento sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores de 2.017³⁸⁸), cuyo fin fue lograr el acuerdo entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores; o, la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales (2.005³⁸⁹), cuyo objeto residía en contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores (artículo 1).

También en 2.004 la Comisión puso en marcha la revisión del acervo en materia de consumo con vistas a mejorar el logro de los objetivos establecidos en la iniciativa “Legislar mejor” simplificando y completando el marco regulador existente. El proceso de revisión se expuso en

³⁸⁵ Consejo de la UE. *Resolución sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006)*, (DOUE núm. C 11/1, de 17 de enero de 2003).

³⁸⁶ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 38.

³⁸⁷ Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (“Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores”) (DOUE núm. L 364/1, de 9 de diciembre de 2004).

³⁸⁸ Reglamento (UE) núm. 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 (DOUE núm. L 345/1, de 27 de diciembre de 2017).

³⁸⁹ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) (DOUE núm. L 149/22, de 11 de junio de 2005).

la ya mencionada Comunicación de 2.004 “Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro”³⁹⁰ (en el Apartado 3.2.1). Dicho proceso englobaba ocho Directivas³⁹¹ destinadas a proteger a los consumidores. La Comisión consideró que lo ideal sería que, al término del ejercicio, fuera posible decir a los consumidores de la UE: “*Esté donde esté o compre donde compre en la UE, sus derechos básicos son los mismos*”. En otras palabras, era necesario estimular la confianza de los consumidores en el mercado interior, garantizándoles un alto nivel de protección en toda la UE. Los consumidores debían de poder confiar en la igualdad de derechos y poder recurrir a soluciones jurídicas equivalentes cuando tuvieran problemas.

En el Primer Informe Anual de la Comisión sobre los progresos realizados en materia de Derecho Contractual europeo y revisión del acervo de 2.005³⁹², la Comisión estableció dos grandes estrategias para la revisión del acervo en materia de consumo: un enfoque vertical, consistente en la revisión individual de las Directivas existentes, o un enfoque más horizontal, consistente en la adopción de uno o más instrumentos marco para regular características comunes del acervo, completados, cuando procediera, por normas sectoriales.

Más adelante, la Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2.006, estableció un Programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los

³⁹⁰ COM (2004) 651 final, *Cit.*

³⁹¹ Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE núm. L 372/31, de 31 de diciembre de 1985); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO núm. L 158 de 23 de junio de 1990); Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29, de 21 de abril de 1993); Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 289/83, de 29 de octubre de 1994); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144/19, de 4 de junio de 1997); Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DO núm. L 80 de 18 de marzo de 1998); Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE núm. L 166/51, de 11 de junio de 1998); Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171/12, de 7 de julio de 1999).

³⁹² Comisión Europea. *Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo*, COM (2005) 456 final, de 23 de septiembre de 2005.

consumidores (2.007-2.013)³⁹³, cuyo objetivo era complementar, apoyar y vigilar las políticas de los Estados miembros y contribuir a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para defender sus intereses (artículo 2). En particular, entre sus acciones contempló la preparación de medidas legislativas y otras iniciativas de regulación y promoción de iniciativas de carácter corregulador y autorregulador (artículo 4), así como acciones destinadas a mejorar la aplicación efectiva de la legislación comunitaria de protección de los consumidores y al asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios, relativos al seguimiento y la evaluación de la transposición, aplicación y cumplimiento de la legislación sobre protección de los consumidores por los Estados miembros (artículo 8 y 9).

Pero no fue hasta dos actos de la Comisión en 2.007 cuando se llamó verdaderamente la atención sobre los obstáculos existentes en el ámbito de los contratos celebrados con los consumidores. Por un lado, el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, de 8 de febrero de 2.007³⁹⁴, puso de manifiesto que las normas de la UE sobre protección de los consumidores se encontraban fragmentadas, básicamente, en dos sentidos. En primer lugar, las Directivas entonces vigentes permitían a los Estados miembros adoptar normas más estrictas en sus legislaciones nacionales (armonización mínima) y muchos Estados miembros habían optado por esta posibilidad, a fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores. En segundo lugar, muchas cuestiones se encontraban reguladas de manera incoherente en distintas Directivas o se habían dejado abiertas. Por ejemplo, la duración del período de reflexión para las compras transfronterizas a distancia variaba de un Estado miembro a otro, lo que creaba inseguridad en los consumidores. Lo mismo ocurría con las modalidades de ejercicio del derecho de desistimiento y con los gastos de devolución de mercancías. Además, la Comisión examinó las opciones presentadas en el Primer Informe Anual de 2.005 –considerando que con la adopción de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (2.005) se había iniciado un enfoque horizontal más integrado– y el grado de armonización que debería tener el posible nuevo instrumento, sosteniendo que la armonización mínima generaba inseguridad jurídica. Asimismo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de septiembre de 2.007, sobre el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo³⁹⁵ subrayó que el enfoque de la armonización mínima no había logrado el objetivo de la armonización hasta el momento y que, después de veinte años de evolución de la legislación en materia de consumo,

³⁹³ Decisión núm. 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) (DOUE núm. L 404/39, de 30 de diciembre de 2006).

³⁹⁴ Comisión Europea. *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, COM (2006) 744 final, (DOUE núm. C 61/1, de 15 de marzo de 2007).

³⁹⁵ Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, P6_TA(2007)0383, de 6 de septiembre de 2007.

no había conseguido crear un mercado interior del comercio minorista en beneficio de los ciudadanos.

Por otro lado, la Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2.007, denominada “Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2.007-2.013”³⁹⁶ llamó verdaderamente la atención sobre los obstáculos existentes en el ámbito de los contratos celebrados con los consumidores. Como se ha mencionado, hasta el momento la mayoría de las normas comunitarias existentes en materia de consumo se habían basado en el principio de “armonización mínima”. Este planteamiento había sido enteramente válido en un momento en el que los derechos de los consumidores diferían mucho entre los Estados miembros y el comercio electrónico era inexistente. De este modo, es patente que, como destaca ARROYO I AMAYUELAS, el método de armonización mediante Directivas de mínimos se empezaba a cuestionar, porque, aunque podía ser eficaz para reducir las diferencias entre los distintos Derechos nacionales, no conseguía eliminarlas y ni siquiera en los ámbitos armonizados; además, la armonización sectorial provocaba incoherencias entre las normas comunitarias³⁹⁷. La anterior Estrategia 2.002-2.006 estableció un nuevo planteamiento basado en la “plena armonización”, lo cual significó que, para mejorar el mercado interior y proteger a los consumidores, la legislación no debería, dentro de su ámbito determinado, dejar margen para otras normas a nivel nacional. En definitiva, la Comisión concluyó que el buen funcionamiento del mercado interior requería la armonización en relación con determinados asuntos. No obstante, dicha armonización no era posible sin la voluntad de los Estados miembros de ajustar ciertas prácticas y normas.

Desde el punto de vista doctrinal, las opiniones en este periodo sobre cómo enfocar el Derecho Contractual de Consumo en la UE fueron variadas. Así, REICH apoyaba la regulación del Derecho Contractual de Consumo mediante un Reglamento, incluyendo las normas contenidas en las diferentes Directivas promulgadas hasta la fecha, toda vez que sostenía que, desafortunadamente, el uso de las Directivas como instrumento de protección de los consumidores no constituía una historia de éxito³⁹⁸. MICKLITZ propuso, como un posible enfoque, la combinación de los PECL junto con la intención de la Comisión de desarrollar un concepto coherente de Derecho Contractual europeo, ya fuera mediante un marco de referencia uniforme; o bien, mediante una norma o recomendación facultativa para toda Europa. También

³⁹⁶ Comisión Europea. *Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. “Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz”*, COM (2007) 99 final, de 13 de marzo de 2007.

³⁹⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit*, pág. 206.

³⁹⁸ REICH, N., “A European contract law, or an EU contract law regulation for consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, 2005, 28, no 4, pág. 398-399.

consideró la creación de un conjunto de principios independientes de Derecho Consumo, teniendo en cuenta que había argumentos contundentes a favor de esta opción³⁹⁹. STAUDENMAYER puso sobre la mesa distintas posibilidades, desde incluir el Derecho de Consumo en un instrumento opcional mediante un Reglamento; hasta recurrir a un futuro CFR a efectos de conseguir una mayor convergencia en el Derecho Contractual de Consumo en la UE⁴⁰⁰. KARSTEN y PETRI, por su parte, abogaban por la creación de un CFR en forma de guía (*handbook*) del Derecho Contractual en la UE, incluyendo asimismo el Derecho de Consumo como parte del *acquis communautaire* existente en el Derecho Contractual. En particular, consideraron estos autores que una reforma del acervo en materia de consumo y el cambio de enfoque de armonización de mínimos a armonización plena estaba intrínsecamente ligado al proyecto de Derecho Contractual, mostrando en este sentido tres aspectos relevantes: (i) el cambio de enfoque de mínimos a máximos suponía un proyecto mayor del que muchos habían considerado, requiriendo profundizar en el Derecho Contractual mucho más que antes; (ii) el examen del acervo se basaría en gran medida en la utilización del CFR, haciendo que las opciones políticas consideradas en el CFR en relación con el nivel adecuado de protección del consumidor fueran el factor determinante para la futura legislación desarrollada sobre su base; y, por último, (iii) era probable que el Derecho Contractual de Consumo recuperase su condición de vanguardia en el desarrollo del Derecho Contractual⁴⁰¹.

Un análisis muy interesante sobre la situación del Derecho de Consumo en este periodo podemos encontrarlo en el análisis comparativo titulado “*EC Consumer Law Compendium*” (“Compendio de Derecho del Consumidor de la CE”) publicado en febrero de 2.008. El proyecto de investigación se llevó a cabo en estrecha cooperación con numerosos colaboradores. Fue coordinado por SCHULTE-NÖLKE y editado por él mismo junto con TWIGG-FLESNER y EBERS. Este texto presentó los resultados del análisis de la transposición de ocho Directivas⁴⁰² –aquéllas que precisamente habían sido consideradas por la Comisión para la

³⁹⁹ MICKLITZ, H. W., “The principles of European contract law and the protection of the weaker party”, *Journal of Consumer Policy*, 27, 3, 2004, pág. 352-353.

⁴⁰⁰ STAUDENMAYER, D., “The place of consumer contract law within the process on European contract law”, *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, pág. 278-280.

⁴⁰¹ KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 32, 33.

⁴⁰² Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE núm. L 372/31, de 31 de diciembre de 1985); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO núm. L 158 de 23 de junio de 1990); Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29, de 21 de abril de 1993); Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 289/83, de 29 de octubre de 1994); Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de

revisión del acervo en materia de consumo en 2.004– en el ordenamiento jurídico de veintisiete Estados miembros, revelando las diferencias sustanciales entre las diversas medidas nacionales de implementación como resultado de la utilización de las cláusulas de armonización mínima y las opciones regulatorias. En primer lugar, se concluyó que las Directivas solían ser incoherentes, conteniendo un número importante de ambigüedades, lo que dificultaba su transposición al Derecho interno y su correcta aplicación por los Tribunales. Por consiguiente, una recomendación fundamental residía en eliminar esas incoherencias y ambigüedades y, al mismo tiempo, consolidar y armonizar las cuestiones distribuidas en varias Directivas. Además, el análisis comparativo reveló aspectos en los que las leyes de los Estados miembros en el ámbito de las Directivas diferían considerablemente. A menudo, la razón de esas variaciones era que la disposición correspondiente de la respectiva Directiva contenía una laguna que los Estados miembros habían tratado de complementar con leyes nacionales. Por último, otras propuestas fruto del análisis se orientaron hacia la superación de las barreras al comercio, debidas a las diferencias entre las leyes de los Estados miembros. Esas diferencias se debían principalmente a las cláusulas de armonización mínima incluidas en las Directivas, pero a veces también a lagunas en las Directivas o a una transposición incorrecta. Por ello, se recomendaba la eliminación de tales barreras, lo que facilitaría las transacciones transnacionales, especialmente para las PYMEs. Por consiguiente, el análisis también proponía como posible solución la adopción de una medida horizontal que incluyera las normas de consumo claves aplicables a todas las Directivas de protección de los consumidores, así como aquellas normas derivadas de las Directivas que fueran aplicables a todos los contratos concluidos entre empresas y consumidores. En general, se consideró que no había argumentos, o al menos no muy contundentes, en contra de un cambio hacia la armonización plena selectiva en aquellas áreas en las que la técnica de la armonización mínima por parte de los Estados miembros había causado claramente barreras al comercio sin aumentar sustancialmente la protección del consumidor⁴⁰³.

1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144/19, de 4 de junio de 1997); Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DO núm. L 80 de 18 de marzo de 1998); Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE núm. L 166/51, de 11 de junio de 1998); Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171/12, de 7 de julio de 1999).

⁴⁰³ SCHULTE-NÖLKE, H.; TWIGG-FLESNER, C.; EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*–, prepared for the European Commission under Service Contract No. 17.020100 / 04 / 389299, 2008, pág. 30, 33, 789, 790.

4.4. La adopción de un instrumento de protección de los derechos de los consumidores.

Con el nuevo Tratado de Lisboa⁴⁰⁴, de 13 de diciembre de 2.007 –que comprende el TUE y el TFUE– se confirma la relevancia de la protección de los consumidores, en particular, en los artículos 12 y 169 del TFUE, siendo esta última la base jurídica para adoptar las medidas legislativas en esta materia a efectos de promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección. Apunta LEÓN ARCE que varias han sido las causas que justificaron el cambio de dirección de la política de protección del consumidor en la UE de una armonización de mínimos a una armonización plena, destacando de nuevo el fracaso del sistema de Directivas, que fueron traspuestas de forma diversa en los Estados miembros causando distorsiones en el mercado único, originando el temor de los consumidores hacia la realización de contratos transfronterizos, especialmente a través de las nuevas tecnologías derivadas de la sociedad de la información⁴⁰⁵. Del mismo modo, expone EBERS que, desde el punto de vista de la unificación del mercado interior, existían buenas razones que respaldaban el abandono de una armonización de mínimos a favor de la adopción de una armonización de máximos, toda vez que la armonización de mínimos había conducido a una fragmentación jurídica considerable, puesto que los Estados miembros fueron libres que otorgar al consumidor una protección mayor que la que proporcionaban las Directivas y, en consecuencia, conceptos y reglas clave del Derecho de Consumo fueron objeto de una regulación distinta en cada país, como los deberes de información, los derechos de desistimiento, las garantías de los bienes de consumo o el control de las cláusulas abusivas⁴⁰⁶.

Como afirma OLIVA BLÁZQUEZ, *“por la vía indirecta de la protección al consumidor se han ido introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico-civil importantes categorías jurídicas relativas a la fase preparatoria del contrato (deberes precontractuales de información), a la formación del contrato (forma escrita y perfección del contrato electrónico), al contenido y eficacia del contrato, a su interpretación, al incumplimiento y sus consecuencias –destaca el concepto de falta de conformidad (ajeno a nuestro ordenamiento jurídico)–, a los remedios disponibles por el comprador frente al vendedor por dicha falta de conformidad (que vienen a sustituir los clásicos remedios del saneamiento por vicios ocultos), a la rescisión unilateral y ad nutum, o, entre otros muchos, a los contratos conexos”*⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE núm. C 306/1, 17 de diciembre de 2007), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁴⁰⁵ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 42.

⁴⁰⁶ EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena", *InDret*, 2, 2010, pág. 10.

⁴⁰⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, F., "Hacia un Derecho Civil internacional e uniforme", *Proyecto de Investigación*, 2013, pág. 48-49.

Durante este periodo, cabe destacar la adopción de la Directiva relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (2.008)⁴⁰⁸ la cual, mediante una regulación de mínimos, armonizó determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos (artículo 1). Esta Directiva pretendía resolver el problema de la denominada “multipropiedad” que propiciaba que se cometieran fraudes por parte de empresas y una propaganda engañosa, dando lugar a adquisiciones de este derecho por extranjeros que, de haber conocido todas las circunstancias concurrentes en el caso, con toda seguridad no hubiesen realizado la inversión. Asimismo, en este periodo se dictó la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo (2.008)⁴⁰⁹, basada ya en una regulación de máximos, con el objetivo de armonizar las disposiciones legales de los países de la UE relativas a los créditos concedidos a los consumidores (artículo 1) que se endeudan para financiar adquisiciones de bienes y servicios (vacaciones, productos, un coche nuevo, etc.).

Además, resultado de la revisión del acervo y del cambio de dirección de la política de protección del consumidor en la UE, fue la presentación por la Comisión de una Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁴¹⁰, en octubre de 2.008. El objetivo de la propuesta era revisar la Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (1.985), la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (1.993), la Directiva sobre contratos a distancia (1.997), y la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (1.999), toda vez que estas cuatro Directivas eran las que otorgaban derechos contractuales a los consumidores. La Propuesta, basada en un enfoque de armonización plena, combinaba estas cuatro Directivas en un único instrumento horizontal que regulaba los aspectos comunes del Derecho Contractual relativo a los consumidores de forma sistemática, simplificando y actualizando las normas existentes, y eliminando las incoherencias y lagunas, siendo aplicable a las transacciones nacionales y transfronterizas. No obstante, según VALPUESTA GASTAMINZA, este enfoque resultó muy

⁴⁰⁸ Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE núm. L 33/10, de 3 de febrero de 2009).

⁴⁰⁹ Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOUE núm. L 133/66, de 22 de mayo de 2008).

⁴¹⁰ Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, COM (2008) 614 final – 2008/0196 /COD), de 8 de octubre de 2008.

criticado por la doctrina y se abandonó en 2.010⁴¹¹. Asimismo, LEÓN ARCE, siguiendo a TWIGG-FLESNER⁴¹², expone que las principales razones de este rechazo fueron, en parte, porque era un texto incompleto; y, porque no aseguraba el mantenimiento del nivel de protección del consumidor que ya se había alcanzado en algunos Estados miembros⁴¹³; es decir, como apuntan FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS, la supresión de la libertad de los Estados miembros para ofrecer un nivel mayor de protección a los consumidores fue una de las críticas que se hicieron a este método⁴¹⁴. También REICH apuntó que la Propuesta fue ampliamente debatida con un trasfondo crítico general, en particular en lo que respecta al principio de “armonización plena” (artículo 4), toda vez que se inmiscuía demasiado en el Derecho Contractual de los Estados miembros⁴¹⁵. Por su parte, EBERS sostuvo que, a pesar de todas las críticas, la Propuesta apuntaba en la dirección adecuada, aun cuando había muchos aspectos susceptibles de mejora en la misma, entre otros, precisamente la necesidad de ajustar el contenido de algunos preceptos con el fin de evitar reducir el nivel de protección del que ya gozaban los consumidores en algunos Estados miembros⁴¹⁶.

No obstante lo anterior, en la ya mencionada Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia Europa 2020, de 3 de marzo de 2.010⁴¹⁷ (Apartado 3.2.1), se siguió reconociendo la necesidad de facilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyeran contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo y modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE, avanzando hacia una legislación europea sobre contratos opcional.

Y ello dado que, como destaca LEÓN ARCE, el modelo seguido por las Instituciones comunitarias, basado en un principio en una armonización mínima, no había dado el resultado unificador esperado, pues los Estados miembros podían mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores en sus respectivos Derechos nacionales, lo que dio lugar a un marco normativo fragmentado en la UE, con regulaciones propias en cada Estado, que ocasionaban unos costes significativos de cumplimiento a las empresas que desearan

⁴¹¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 204.

⁴¹² TWIGG-FLESNER, C., “A Cross-border-only Regulation for Consumer Transactions in the EU”, en *A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU*, Springer, New York, 2012, pág. 85-87.

⁴¹³ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 54.

⁴¹⁴ FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., “Implementation of Optional Instruments within European Civil Law”, *Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2012, pág. 31.

⁴¹⁵ REICH, N., 2011, *Op. Cit.*, pág. 90.

⁴¹⁶ EBERS, M., 2010, *Op. Cit.*, pág. 38.

⁴¹⁷ COM (2010) 2020 final, *Cit.*, pág. 2.

realizar transacciones transfronterizas. En ocasiones, los remedios contractuales diferían de unas Directivas a otras, lo que era poco razonable. Todo ello suponía un freno importante a las transferencias transfronterizas, y por tanto, a la consecución de un verdadero mercado interior. Asimismo, se detectó que en el seno de la UE no se aprovechaba ni el potencial de las ventas a distancia transfronterizas ni el de los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles, lo que en opinión de LEÓN ARCE resultaba paradójico porque ambos sectores debieron constituir dos de los principales resultados tangibles del mercado interior⁴¹⁸.

Como consecuencia, el 25 de octubre de 2011, se promulgó la Directiva sobre derechos de los consumidores (Directiva DCONSUM)⁴¹⁹ que modificó las reglas de la Directiva sobre las cláusulas abusivas (1.993) y de la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes (1.999), y derogó la Directiva de negocios fuera de establecimiento (1.985) y la Directiva de en materia de contratos a distancia (1.997). La Directiva optó por la vía de la armonización plena selectiva, es decir, una armonización máxima en ciertos aspectos muy concretos de la regulación⁴²⁰. Apunta LEÓN ARCE que esta Directiva, inicialmente, pretendía resolver la fragmentación normativa en el mercado interior consecuencia del principio de armonización mínima que habían seguido las Instituciones comunitarias hasta el momento (considerando 2). No obstante, en opinión de esta autora, la Directiva fue el producto final de un proceso de revisión normativa que duró casi seis años, pero que sin embargo su versión definitiva resultó un texto más modesto. Así, expone LEÓN ARCE siguiendo a TWIGG-FLESNER⁴²¹ que la Directiva no fue bien aceptada por diversos motivos: en primer lugar, pese al carácter generalizador de su denominación, no es una norma que establezca un régimen general sobre los derechos de los consumidores sino que sólo regula, además de otras cuestiones⁴²², determinados aspectos considerados fundamentales en la contratación con

⁴¹⁸ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 56.

⁴¹⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE núm. L 304/64, de 22 de noviembre de 2011).

⁴²⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 204.

⁴²¹ TWIGG-FLESNER, C., 2012, *Op. Cit.*, pág. 81.

⁴²² Como el derecho de información de los consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil; todo lo relativo a la obligación de entregar la cosa vendida, así como la acción resolutoria por incumplimiento de esta obligación (artículo 18); la prohibición de cargar a los consumidores tasas por utilización de medios de pago que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios (artículo 19), así como la prohibición de que el consumidor esté obligado a pagar un coste superior al de la tarifa básica cuando se comunique con el empresario en relación con el contrato celebrado (artículo 21); la transmisión del riesgo de los bienes vendidos a los consumidores (artículo 20); el régimen sobre los efectos que la falta de consentimiento expreso ha de tener sobre la obligación del consumidor de pagar costes adicionales al precio acordado para la obligación contractual principal del comerciante (artículo 22), así como sobre los suministros no

consumidores y, como tal, directamente aplicables a todos los contratos de consumo, por lo que sigue subsistiendo toda la normativa sectorial. No obstante, la Directiva sólo se ocupa de una parte del Derecho Contractual de Consumo, quedando reguladas en instrumentos separados materias tan importantes como las cláusulas abusivas (en la Directiva sobre las cláusulas abusivas, 1.993), determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes (en aquel momento en la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes, 1.999; y, actualmente, en la Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, de 2.019, que deroga la anterior), el comercio electrónico (en la Directiva sobre comercio electrónico, 2.000), los contratos de crédito al consumo (en la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo, 2.008), etc. En particular, sostiene STROIE que la desaparición de la regulación en el texto final de las cláusulas abusivas fue una de las novedades más impactantes en comparación a la Propuesta de 2.008 que le dedicaba el Capítulo V y que en el Anexo II había plasmado un listado de cláusulas abusivas en cualquier circunstancia y en el Anexo III un listado de cláusulas presuntamente abusivas⁴²³. En segundo lugar, en teoría, se trataba de una Directiva en gran parte de armonización plena de algunos aspectos, lo que implicaba que los Estados miembros de la UE, no tenían posibilidad de mejorar el nivel de protección contenida en la norma. No obstante, esto ha podido plantear serios problemas, dado que la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que los legisladores nacionales han podido regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación. Además, en relación a cada precepto, había que averiguar si estaba afectado o no por el enfoque de la armonización plena. En este sentido, llamó la atención LÓPEZ AZCONA que *“la normativa europea aprobada hasta la fecha -directivas, en su práctica totalidad- no proporciona una regulación completa de la materia contractual, sino fragmentaria e inconexa, ya que no parece responder al propósito de elaborar un verdadero sistema de Derecho contractual de la Unión Europea, sino de abordar cuestiones puntuales vinculadas a las necesidades del mercado único”*⁴²⁴. Por ello, consideró LLORENTE⁴²⁵ que el volumen de actos legislativos no iba a disminuir y los mismos conceptos comunes seguirían regulándose en las distintas Directivas. Por ejemplo, de nuevo como expone STROIE⁴²⁶, el nivel de armonización deja de estar

solicitados (artículo 27); los efectos que el ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato a distancia o fuera de los establecimientos comerciales ha de tener en los contratos complementarios (artículo 15).

⁴²³ STROIE, I. R., "La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1, 2012, pág. 6.

⁴²⁴ LÓPEZ AZCONA, A., 2018, *Op. Cit.*, pág. 481.

⁴²⁵ LLORENTE SAN SEGUNDO, I., "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencia de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de derecho transnacional* 5.2, 2013, pág. 374.

⁴²⁶ STROIE, I. R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 3-4.

totalmente garantizado al admitirse la aplicación de disposiciones más estrictas por parte de los Estados miembros en el ámbito normativo de las cláusulas abusivas y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Por consiguiente, el enfoque de armonización plena selectiva no fue tan bien acogido, pues como destaca EBERS⁴²⁷, para que la armonización plena pueda ser satisfactoria es preciso contemplar el Derecho Contractual de Consumo en su conjunto y armonizarlo tanto como sea posible⁴²⁸. Además, la propia naturaleza de las Directivas, como instrumento armonizador, deja un amplio margen de maniobra a los Estados miembros para que usen sus propias nociones y conceptos jurídicos⁴²⁹, que a veces definen, en los distintos sistemas jurídicos, contenidos diferentes⁴³⁰. Y, a lo anterior hay que añadir que los Estados miembros pueden, además, decidir extender su aplicación a las personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores”, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o PYMEs. De modo similar, los Estados miembros pueden aplicar las disposiciones de la Directiva a los contratos distintos de los “contratos a distancia”, por ejemplo, porque no se han celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia (considerando 13). De este modo, consideramos aquí que lo anterior contribuye a la fragmentación jurídica, pues habrá que acudir a la legislación de consumo que haya promulgado cada Estado miembro al transponer la Directiva para saber el régimen finalmente adoptado en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

4.5. La Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.

Como continuación a la ya mencionada Estrategia 2020, el Reglamento de 26 de febrero de 2014⁴³¹, estableció el “Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020” con el objetivo de contribuir a garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores y respaldar plenamente las ambiciones de la Estrategia, por lo que se refiere al crecimiento y la competitividad, integrando aspectos específicos de la estrategia digital para Europa para velar por que la digitalización conduzca realmente a un mayor bienestar de los consumidores, al crecimiento sostenible gracias a la evolución hacia unos modelos de consumo más sostenibles,

⁴²⁷ EBERS, M., 2010, *Op. Cit.*, pág. 11.

⁴²⁸ LEÓN ARCE, A., Capítulo I, 2016, *Op. Cit.*, pág. 56.

⁴²⁹ TJCE. As. 168/00, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG. Sentencia de 12 de marzo de 2002.

⁴³⁰ Por ejemplo, las empresas mencionan repetidamente las variaciones en la transposición y aplicación de las Directivas y las diferencias en los requisitos contractuales nacionales como elemento disuasivo en el comercio transfronterizo; según COM (2003) 68 final, *Cit.*, Anexo: “Respuestas a la Comunicación sobre Derecho contractual Europeo” – Respuestas de los gobiernos.

⁴³¹ Reglamento (UE) núm. 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión núm. 1926/2006/CE (DOUE núm. L 84/42, de 20 de marzo de 2014).

a la inclusión social gracias a la toma en consideración de la situación particular de los consumidores vulnerables y las necesidades que crea el envejecimiento de la población, y a la regulación inteligente, entre otras cosas, sobre la base del seguimiento del mercado de consumo para poder desarrollar normas bien estructuradas y con los objetivos adecuados (considerando 3).

Durante este periodo cabe destacar la adopción de una serie de instrumentos con incidencia en el Derecho Contractual de Consumo, como la Directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (2.014)⁴³² o la Directiva relativa a los viajes combinados y a los servicios vinculados (2.015)⁴³³, las cuáles siguen la política mantenida en la mayoría de las Directivas dictadas para proteger al consumidor, lo que supone una armonización solamente básica de las legislaciones de los Estados miembros, por cuanto las medidas de mayor protección para el consumidor pueden ser distintas en los diferentes Estados miembros⁴³⁴.

Más adelante, y como ya se adelantó en el Apartado 3.2.3 de este Capítulo II, el avance en el proceso de armonización jurídica en la UE se centró en el mercado único digital, en particular en la oferta de contenidos digitales y en la venta en línea de productos, a raíz del crecimiento de la cuota del comercio electrónico en comparación con el comercio fuera de línea. A este respecto, la Comisión presentó, el 9 de diciembre de 2.015, dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a: (i) determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes (Propuesta de Directiva CCVL); y, (ii) determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos digitales (Propuesta de Directiva CSCD). Y ello, dado que se consideró que existía una laguna indiscutible en la legislación de la UE en materia de contenido digital defectuoso. La mayoría de los Estados miembros no contaba con legislación vigente en este ámbito. Además, mientras que las normas de protección de los consumidores ya se habían armonizado en el conjunto de

⁴³² Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (DOUE núm. L 60/34, de 28 de febrero de 2014).

⁴³³ Directiva 2015/2302/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DOUE núm. L 326/1, de 11 de diciembre de 2015).

⁴³⁴ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a. D., “Capítulo XIII. Viajes combinados”, en *Derecho Civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2018, pág. 505; Arroyo I Amayuelas, E., “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret*, 2, 2017, pág. 12.

la UE en determinados ámbitos, persistían las divergencias en el Derecho Contractual de los consumidores en los diferentes países⁴³⁵.

Tras varios años de debate sobre las citadas Propuestas⁴³⁶, se promulgó la Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenido y servicios digitales (2.019) (Directiva CSCD)⁴³⁷ y la Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (2.019) (Directiva CCB)⁴³⁸, con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado interior y dar una respuesta satisfactoria a los múltiples desafíos planteados en la actualidad por una economía cada vez más basada en la tecnología. Como bien describe HIDALGO CEREZO, se trata de “*dos cuerpos legislativos comunitarios que suponen un importante impulso en la normativa aplicable al comercio en línea (...). Resulta llamativo que ambas normas se encuentran configuradas, a través de múltiples reenvíos entre sí, para ser interpretadas de forma conjunta, formando un binomio (...)*”⁴³⁹.

Sin embargo, como apunta MILÁ RAFEL, este planteamiento de la Comisión en torno a las Directivas da lugar dudas, toda vez que es cuestionable si efectivamente podrá contribuir a eliminar la inseguridad jurídica tanto para los consumidores como para las empresas. La razón estriba en su limitado ámbito de aplicación, regulando solo los contratos entre empresas y

⁴³⁵ COM, Comunicado de prensa, 9 de diciembre de 2015, *Cit.*, pág. 2.

⁴³⁶ En particular, cabe llamar la atención que, en un principio, el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva CCVL se limitó sólo a compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes. Sin embargo, la Comisión presentó una Propuesta modificada de dicha Directiva con objeto de cubrir también las ventas presenciales, como consecuencia de las reservas expresadas por la mayoría de los Estados miembros, respecto a la fragmentación jurídica que resultaría de diferentes regímenes para las ventas a distancia y las ventas presenciales de bienes, alegando que las normas aplicables a las ventas de bienes deben ser las mismas, independientemente del canal de ventas; según Comisión Europea. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, COM (2017) 637 final, 31 de octubre de 2017.

⁴³⁷ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE núm. L 136/1, de 22 de mayo de 2019).

⁴³⁷ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a D., Capítulo VI, 2018, *Op. Cit.*, pág. 167-160.

⁴³⁸ Directiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE núm. L 136/28, de 22 de mayo de 2019).

⁴³⁹ HIDALGO CEREZO, A., “Propiedad y patrimonio digital”, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2020, pág. 245.

consumidores y cubriendo aspectos puntuales⁴⁴⁰. En este mismo sentido, también, BEALE dudó de hasta qué punto el enfoque de la Comisión podría resolver los problemas del comercio transfronterizo. En su opinión, el hecho es que se necesita una legislación más general, y ello con base en dos datos principales: la legislación sobre los contratos B2C debe abordar las cuestiones de Derecho Contractual general y la legislación debería extenderse a los contratos B2B. Por consiguiente, el ámbito material plenamente armonizado por las Directivas es mucho más reducido que el que hubiera cubierto la CESL. Por lo tanto, las diferencias entre las leyes de los Estados miembros que preocupan a los comerciantes será mayor con las Directivas que si se hubiera adoptado la CESL⁴⁴¹. También WARBURTON consideró que la Directiva CSCD podría satisfacer en parte la necesidad de legislación, pero es demasiado limitada y restrictiva, sugiriendo que una reformulación de la CESL hacia el ámbito digital como instrumento opcional serviría para permitir el desarrollo jurídico, creando al mismo tiempo un sistema paralelo que permitiese la uniformidad en las transacciones digitales transfronterizas⁴⁴². Finalmente, en sentido parecido, se pronuncia SMITS al afirmar que las reglas de las Directivas no regulan una serie de aspectos relevantes para las partes contratantes que sí estaban incluidas en la CESL (como reglas sobre entrega, pago del precio, cambio de circunstancias, incumplimiento anticipado o la transmisión del riesgo). Por ello, se pregunta por qué no se propuso un conjunto de disposiciones más elaboradas, que abarcaran también otros aspectos de los contratos de venta al consumidor; y, además, se plantea si la armonización por medio de un Reglamento, o un nuevo comienzo para la CESL, no habría sido la mejor opción si el objetivo es reducir la complejidad⁴⁴³.

En particular, la Directiva CCB constituye la armonización plena de normas aplicables a la compraventa de bienes, entre ellos los bienes con elementos digitales. Siguiendo a MILÁ RAFEL, la Directiva CCB introduce una serie de mejoras y aclaraciones respecto a la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1.999) (Directiva VBC) –a la que reemplaza– que contribuirá a incrementar o mantener el nivel de protección de los consumidores en la mayoría de Estados miembros. Sin embargo, en algunos Estados miembros, la Directiva conllevará una reducción en el nivel existente de protección, dada la

⁴⁴⁰ MILÁ RAFEL, R., “The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 3, 2016, pág. 12.

⁴⁴¹ BEALE, H., “The future of European contract law in the light of the European Commission’s proposals for Directives on digital content and online sales”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 23, 2016, pág. 15.

⁴⁴² WARBURTON, J. M., “An Innovative Legal Approach to Regulating Digital Content Contracts in the EU”, *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 7, 2016, pág. 246.

⁴⁴³ SMITS, J.M., “New European Union Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts: Fit for Purpose?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, pág. 5-6.

existencia de un nivel superior de protección por encima del estándar previamente impuesto en la UE en dichos Estados miembros⁴⁴⁴. Por su parte, GÓMEZ POMAR sostiene que la Directiva CCB no contiene una reflexión seria acerca del alcance de la armonización y de sus excepciones, más allá del temor de no invadir el terreno que es “propiedad” de los legisladores contractuales nacionales. En síntesis, comenta literalmente, “*una actitud pacata y poco analítica en una cuestión fundamental para el efecto armonizador de una Directiva, más aún de una que cubre un contrato de la difusión cuantitativa de la compraventa de consumo*”⁴⁴⁵.

Por su parte, la Directiva CSCD ha tenido por objeto la armonización plena de determinados aspectos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (incluidos los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales) a cambio de un precio. En este sentido, la Directiva CSCD establece una regulación específica en el ámbito de los contratos de suministro de contenidos digitales, hasta ahora inexistente en la UE, en torno a la protección de los consumidores en situaciones de falta de conformidad respecto al contenido digital⁴⁴⁶. Por consiguiente, según MILÁ RAFEL, lo anterior contribuirá a reducir la incertidumbre de las empresas y aumentar la confianza de los consumidores a la hora de la venta y adquisición de contenidos digitales. Además, la Directiva CSCD ayudará también a conseguir el objetivo de reducir la fragmentación jurídica fruto de la existencia de regulaciones nacionales distintas que hasta ahora se han venido aplicando a los contratos de suministro de contenidos digitales⁴⁴⁷. En esta línea, destaca SPINDLER que la Directiva CSCD tiene el potencial de producir un cambio radical en la tradicional tipología de contratos de muchos Estados miembros, siendo un paso audaz en la dirección correcta, pues, a diferencia de la CESL,

⁴⁴⁴ MILÁ RAFEL, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 12; BEALE, H., 2016, *Op. Cit.*, pág. 13.

⁴⁴⁵ GÓMEZ POMAR, F., “El Nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *Indret*, 2019, pág. 5-6.

⁴⁴⁶ En este sentido, llama la atención CÁMARA LAPUENTE sobre que “*No es cierta la afirmación superficial de que existe una “laguna” legal sobre este tipo de contratos o que no existe Derecho que les sea directamente aplicable: desde el punto de vista de la Unión Europea sí existen importantes Directivas que se les están aplicando; desde la perspectiva de los Estados Miembros, por el momento sólo dos países han aprobado en 2015 normas ad hoc sobre la defensa de los consumidores en los contratos de suministro de contenidos digitales (más allá de la pura transposición de las reglas de la Directiva 2011/83 e incluyendo el régimen de conformidad propio de la [Propuesta de Directiva CSCD]), a saber, Reino Unido y Países Bajos, en tanto que Irlanda está en curso de hacerlo. Pero no debe obviarse que en el resto de Estados Miembros se están aplicando a estos contratos bien de forma directa o bien por analogía las reglas de transposición de la Directiva 1999/44 sobre garantías en la venta de bienes de consumo, o bien los preceptos de sus Códigos civiles sobre obligaciones y contratos*”; según CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *Indret*, 3, 2016, pág. 8-9.

⁴⁴⁷ MILÁ RAFEL, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 12.

se atreve a alejarse del modelo tradicional de las distinciones tipológicas entre diferentes tipos de contratos y de obligaciones contractuales sobre el suministro de contenidos digitales. No obstante, siguiendo a este mismo autor, la Directiva puede traer consigo numerosos problemas diferentes e incertidumbres jurídicas, algunas de las cuales son difíciles de evitar debido a su amplio ámbito y naturaleza abstracta⁴⁴⁸.

De especial interés resulta la extensión del ámbito de aplicación de la Directiva CSCD al suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de los datos personales del consumidor, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o cumplir con requisitos legales, por ejemplo, en aquellos casos en los que el registro del consumidor es necesario en virtud de la legislación aplicable por motivos de seguridad e identificación (artículo 3 y considerando 25 de la Directiva CSCD). A este respecto, según CARVALHO, pueden identificarse tres críticas principales respecto a la facilitación de datos personales como contraprestación en los contratos: (i) la compatibilidad de este régimen con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, 2.016)⁴⁴⁹; (ii) la circunstancia de que puede verse afectada la naturaleza del derecho fundamental de la protección de datos; y, (iii) la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección de datos⁴⁵⁰. Ya el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) en su Dictamen de 23 de junio de 2.017 consideró que la Propuesta de Directiva CSCD planteaba una serie de problemáticas dado el carácter de derecho fundamental de estos datos y la protección específica concedida a los mismos en el marco de la protección de datos de la UE. Asimismo, la Propuesta debía evitar incluir disposiciones que pudieran afectar al marco de protección de datos, ya que esta se basa en el artículo 114 del TFUE, que no es el marco adecuado para regular el tratamiento de datos⁴⁵¹. Así, SPINDLER también llamó la atención en su momento respecto a los conflictos que se podían generar con el RGPD, toda vez que mientras éste establece que el consentimiento puede ser libremente revocado, con la consecuencia de que el tratamiento de todos los datos debe cesar e incluso deben destruirse los datos; en cambio, considerar los datos

⁴⁴⁸ SPINDLER, G., “Contratos De Suministro De Contenidos Digitales: Ámbito De Aplicación Y Visión General De La Propuesta De Directiva De 9.12. 2015”, *Indret*, 3, 2016, pág. 5, 15.

⁴⁴⁹ Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE núm. L 119/1, de 4 de mayo de 2016).

⁴⁵⁰ CARVALHO, J. M., “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12.1, 2020, pág. 938.

⁴⁵¹ Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), “Resumen del Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales”, 2017/C 200/07, 23 de junio de 2017 (DOUE núm. C 200/10, de 23 de junio de 2017), pág.3-4.

como contraprestación sería contradictorio con ese derecho de revocación libre del consentimiento, puesto que el consumidor estaría obligado a revelar y divulgar datos personales⁴⁵². Además, no habría que perder de vista la información que el consumidor recibe para la formación del consentimiento, pues como argumenta HIDALGO CEREZO, “*el consumidor no conoce el verdadero valor de sus datos, por lo que le falta un importante elemento valorativo en la transacción que realiza, aspecto que, si lo extraemos y analizamos por sí solo, podría arrojar dudas sobre un correcto proceso de transparencia en la información, afectando con ello a formación del consentimiento (en este caso, contractual)*”⁴⁵³.

Considerando el ámbito de aplicación de ambas Directivas, la doctrina ya ha llamado la atención sobre su complejidad, como FAUVARQUE-COSSON quien comenta que si bien la Directiva CSCD llena un vacío, al mismo tiempo, hace que el marco jurídico sea más complicado⁴⁵⁴. En particular, SEIN expone que el problema de la delimitación ha surgido debido al enfoque utilizado en la Directiva CSCD, que crea un nuevo régimen de Derecho Contractual para un objeto jurídico específico: el contenido/servicio digital. Como este objeto jurídico específico puede integrarse en otro objeto jurídico (un bien) o interconectarse con él, un componente de un producto (el contenido digital) puede estar sujeto a un régimen jurídico diferente del aplicable al resto del producto. Sin duda, comenta esta autora, la Directiva CSCD ha elevado el nivel de protección de los consumidores en la UE, estableciendo normas obligatorias para los contratos de consumo de todo tipo de contenido digital. Sin embargo, ha creado una situación en la que la determinación de los alcances de las Directivas se ha vuelto muy complicada, concentrando los problemas exactamente en el área de los bienes con elementos digitales. El más complicado de estos problemas se refiere a las situaciones en que intervienen múltiples partes, es decir, los bienes con servicios digitales auxiliares (como los televisores inteligentes, incluidas las aplicaciones de Netflix y Youtube, los automóviles inteligentes con sistemas de navegación digital o las luces navideñas controlables por aplicaciones) en los que el consumidor compra el bien tangible a un vendedor pero concierta un contrato de licencia adicional con el proveedor de contenidos digitales para utilizar los servicios digitales⁴⁵⁵. Ya WENDEHORST llamó la atención sobre este aspecto cuando las Propuestas de Directiva estaban en discusión, al puntualizar que lo que faltaba en las Propuestas era precisamente la noción de contratos vinculados y auxiliares, por ejemplo, el consumidor

⁴⁵² SPINDLER, G., 2016, *Op. Cit.*, pág. 13.

⁴⁵³ HIDALGO CEREZO, A., 2020, *Op. Cit.*, pág. 256.

⁴⁵⁴ FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, *European Parliament-Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs*, PE, 536, 2016, pág. 25.

⁴⁵⁵ SEIN, K., “‘Goods with digital elements’ and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods”, *SSRN 3600137*, 2020, pág. 1-2.

compra un reloj de pulsera inteligente a un vendedor en una tienda, pero para el buen funcionamiento del reloj es esencial que el consumidor descargue en su móvil una determinada aplicación de un productor de software. Sin embargo, la Directiva CSCD solo se aplica a los casos en que los distintos elementos del paquete sean ofrecidos por el mismo empresario al mismo consumidor en virtud de un contrato único, pero no afecta a las normas nacionales que regulan las condiciones por las que un contrato sobre el suministro de contenidos o servicios digitales pueda considerarse vinculado o accesorio en relación con otro contrato que el consumidor haya celebrado con el mismo empresario o con otro (considerando 34 de la Directiva CSCD). Sin embargo, es evidente que están vinculados entre sí, tanto desde una perspectiva funcional (la aplicación es necesaria para que un reloj de pulsera inteligente esté en conformidad con el contrato) como desde una perspectiva personal (el proveedor de la aplicación está cooperando con el fabricante e indirectamente con otros comerciantes en la cadena de transacciones)⁴⁵⁶.

Por otro lado, ambas Directivas no afectan al Derecho nacional en la medida en que las materias de que se trate no estén reguladas por las mismas, tales como las normas nacionales relativas a la celebración, validez, nulidad o efectos de los contratos o la legalidad de los contenidos digitales, de los servicios digitales o de los bienes; ni afectan a las normas nacionales que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores ni establezcan acciones concretas a causa de determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento en que se celebró el contrato, a saber, disposiciones nacionales que puedan establecer normas específicas relativas a la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos; ni a las normas nacionales que establecen las medidas correctoras de naturaleza extracontractual de que dispone el consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales o bienes, frente a las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones u otras personas que cumplan las obligaciones de dichas personas (considerando 12 de la Directiva CSCD y considerando 18 de la Directiva CCB). Asimismo, ambas Directivas dejan libertad a los Estados miembros, entre otros aspectos, de ampliar la aplicación de las normas de la Directiva a los contratos que han sido excluidos de su ámbito de aplicación, o de regular de otro modo tales contratos. Por ejemplo, pueden extender la protección que la Directiva proporciona a los consumidores, también a las personas físicas o jurídicas que no sean consumidores, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y PYMES (considerando 16 de la Directiva CSCD y considerando 21 de la Directiva CCB).

⁴⁵⁶ WENDEHORST, C., “Sale of goods and supply of digital content—two worlds apart. Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age”, *In-Depth Analysis. European Parliament-Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs*, PE, 556.928, 2016, pág. 7.

En particular, la Directiva CSCD no determina la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional (considerando 12 de la Directiva CSCD). Siguiendo a CÁMARA LAPUENTE, la Directiva CSCD sigue así en cierta forma el enfoque ya empleado por la Directiva DCONSUM al no prejuzgar la naturaleza última del “contrato de suministro”, con una diferencia: la Directiva DCONSUM expresamente prohibía calificar “*los contratos sobre contenido digital que no se suministre en un soporte material (...) como contratos de venta ni como contratos de servicios*” (considerando 19); si bien, la Directiva CSCD no contiene un veto similar, siguiendo un enfoque funcional, probablemente acertado, según este autor, en el actual estadio legislativo y tecnológico. De este modo, la Directiva CSCD explicita una serie de derechos y obligaciones aparejados a este contrato de suministro, con independencia de que su calificación legal última pueda conllevar la aplicación de otras normas nacionales y sin prejuzgar la forma en que los Estados miembros hayan de transponer la categoría⁴⁵⁷. Apunta SPINDLER, asimismo, que la falta de calificación jurídica del contrato de suministro tiene como fundamento evitar que la Directiva CSCD quede desfasada por el rápido desarrollo tecnológico y el alto nivel de innovación y evaluación de los nuevos modelos de negocio en el mercado digital (el artículo 5.b de la CESL ya seguía también un enfoque similar centrado en los contenidos)⁴⁵⁸. Por su parte, sostiene FAUVARQUE-COSSON que, sin embargo, dicha falta de calificación puede conllevar dificultades para la transposición de las Directivas a los sistemas jurídicos nacionales⁴⁵⁹.

Por su parte, la Directiva CCB tampoco afecta a las consecuencias de la terminación del contrato y a determinados aspectos relativos a la reparación y sustitución que no estén regulados por la Directiva. Al regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de ellas hasta que la otra parte cumpla sus obligaciones, los Estados miembros conservan la libertad de regular las condiciones y modalidades para que el consumidor suspenda el pago del precio y para regular el derecho del consumidor a una indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de que el vendedor haya infringido lo dispuesto en la Directiva (considerando 18 de la Directiva CCB).

Por consiguiente, FAUVARQUE-COSSON comenta –en particular respecto a la Directiva CSCD, pero que también sería extensible a la Directiva CCB– que, en muchos aspectos, la nueva regulación no dispensa a las empresas y proveedores de examinar las leyes nacionales, debido a que muchos aspectos no están cubiertos por las Directivas. Asimismo, sostiene que es

⁴⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., 2016, *Op. Cit.*, pág. 16-17.

⁴⁵⁸ SPINDLER, G., 2016, *Op. Cit.*, pág. 6.

⁴⁵⁹ FAUVARQUE-COSSON, B., 2016, *Op. Cit.*, pág. 25.

dudoso que este inconveniente se compense con los objetivos perseguidos y que la nueva regulación pueda cumplir sus objetivos: mejorar la protección de los consumidores y proporcionar una mayor seguridad jurídica a las empresas y los consumidores de la UE⁴⁶⁰.

Así pues, en nuestra opinión, las Directivas CSCD y CCB constituyen un importante paquete de innovadoras normas, sobre todo la Directiva CSCD que implanta una nueva regulación específica del contrato de suministro de contenidos digitales. Sin embargo, la complejidad de delimitar el ámbito de aplicación de cada una de las Directivas, junto con la estructura de estas nuevas normas, en forma de dos Directivas de armonización plena selectiva, supone un reto tanto de cara a su futura aplicación, como a la transposición de las mismas por parte de los Estados miembros. En particular, al tratarse de Directivas de armonización plena selectiva –a diferencia del planteamiento de la CESL, que proponía un cuerpo uniforme de reglas aplicables al ciclo de vida del contrato–, implica que los Estados miembros de la UE, no tienen posibilidad de mejorar el nivel de protección contenida en la norma, pero esto puede plantear serios problemas, dado que la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que el legislador nacional puede regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación. Lo anterior supone que, al seguir con el planteamiento de la armonización plena selectiva contenida en diversos instrumentos que regulan determinados aspectos del Derecho Contractual de Consumo, no se acabe con la fragmentación jurídica existente entre los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sino que consideramos que se está creando un marco jurídico que va regulando aspectos distintos, en diferentes instrumentos, lo que puede resultar en la falta de claridad en la regulación de los derechos de los consumidores, así como en un marco jurídico complejo y, a menudo, desconocido tanto para las empresas como para los consumidores. Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos, de nuevo, si no hubiera sido más coherente y eficaz adoptar un solo cuerpo de normas coordinadas, que regulasen todo tipo de contratos, incluyendo el de suministro de contenidos o servicios digitales, esto es, un instrumento moderno y general sobre la Teoría General de los Contratos en la UE, junto con un texto común de similares características aplicable a las relaciones de consumo.

En definitiva, podemos constatar que la normativa en materia de Derecho Contractual de Consumo está en constante cambio y actualización; y, que se han venido adoptando medidas de carácter sectorial mediante el recurso a la armonización a través de Directivas promulgadas por la UE. Podemos afirmar que este proceso de armonización jurídica ha tenido un papel fundamental en el Derecho de Consumo, contribuyendo a su evolución y desarrollo y poniendo el acento en el papel que el consumidor juega en las transacciones de bienes y servicios y en su protección. Si bien, el recurso a las Directivas y su transposición en los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, ha dado lugar a la fragmentación jurídica y consecuente incertidumbre e

⁴⁶⁰ FAUVARQUE-COSSON, B., 2016, *Op. Cit.*, pág. 25.

inseguridad jurídica, toda vez que ha resultado en ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos. Como consecuencia, los Estados miembros tienen la posibilidad de mantener o introducir requisitos obligatorios más estrictos que los previstos en el acervo y el resultado sigue siendo la diversidad jurídica, lo que por tanto justifica nuestra elección de la unificación jurídica como método adecuado para facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior. Es decir, la armonización no es, por ende, el proceso que ahora mismo requeriría una compilación sobre la Teoría General de los Contratos en la UE, toda vez que se trata de eliminar la diversidad jurídica que conlleva la existencia de diversos sistemas de Derecho Contractual en la UE, pero no en el desarrollo de un nuevo sistema de protección (como es el Derecho de Consumo) que ha requerido una progresiva implantación y armonización en los distintos Estados miembros a través, principalmente, del sistema de Directivas. Además, tampoco se considera que la armonización sería un método adecuado, por las dificultades que podría suponer armonizar conceptos principales sobre la Teoría General de los Contratos, (como concepto de contrato, requisitos para su conclusión, definición de vicios del consentimiento o concepto de incumplimiento) para después transponerlo en cada ordenamiento jurídico e incluirlo, cuando proceda, en cada Código Civil. Por otro lado, no excluiría que existieran diferencias en la puesta en práctica, lo que podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interior. Por último, hay que tener en cuenta que las Directivas buscan un objetivo concreto, por lo que su ambición no consiste en unificar el Derecho de forma global en una determinada materia, sino que regulan aquellos aspectos en los que la UE entiende que se están generando una serie de problemas. Es, por ello, que se recurre a las Directivas normalmente para resolver aspectos muy sectoriales y concretos del Derecho⁴⁶¹. En consecuencia, se considera que las Directivas no serían un camino adecuado para la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE⁴⁶².

⁴⁶¹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 194.

⁴⁶² Como apuntan KARSTEN y PETRI, “*The problem remains that Directives/European Framework Laws by definition have to be transposed into national law. That still gives some leeway to the national legislator in the transposition process and in reality allows for more than just nuances in difference between national transpositions*” (“*El problema sigue siendo que las Directivas/Leyes Marco Europeas, por definición, tienen que ser transpuestas a la legislación nacional. Eso sigue dando cierto margen al legislador nacional en el proceso de transposición y en realidad permite algo más que matices en la diferencia entre las transposiciones nacionales*” –traducción propia a efectos informativos–); según KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 34.

También HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS sostuvieron que “*Only directives can be adopted pursuant to Article 94 EC. Since directives must be transposed into national legal systems, this does not seem to be suitable measure for adopting an optional instrument. This makes Article 94 EC unattractive as a legal basis*” (“*Sólo pueden adoptarse directivas en virtud del artículo 94 TCE [ahora artículo 115 del TFUE]. Dado que las Directivas deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales, no parece una medida adecuada para adoptar un instrumento facultativo. Esto hace que el artículo 94 TCE [ahora artículo 115 del TFUE] sea poco atractivo como base jurídica*” –traducción propia a efectos informativos–); según HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., “The legal basis for an

Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos de la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE, no podríamos perder de vista la armonización que ha conllevado la adopción de las Directivas sobre Derecho Contractual de Consumo a lo largo de los años, es decir, consideramos que han tenido un papel importante en el desarrollo de la legislación comunitaria y habría que tener en cuenta las normas establecidas en las mismas en la elaboración de una Teoría General de los Contratos en la UE, en orden a conseguir un instrumento general y moderno, que tenga cabida en el mercado único digital y sea aplicable a todas las categorías de distintos actores que pueden ser partes de un contrato (como grandes empresas, PYMEs, consumidores, particulares), pues consideramos que muchas de las normas contenidas en las Directivas son normas que podrían aplicarse de forma general, y no sólo reducir su aplicación a los contratos con consumidores. Si bien, en nuestra opinión, las Directivas han servido como una vía transitoria para la armonización de distintos aspectos, pero no es un método suficiente para lograr el objetivo de una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE, por lo que es preciso evolucionar hacia la unificación en lugar de seguir en el plano de la armonización.

optional instrument on European contract law”, *European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union*, 2008, pág. 31.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LOS SISTEMAS NACIONALES DE LA UE

I. INTRODUCCIÓN.

La unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE, como materia fundamental para contribuir a la integración en la UE y facilitar las transacciones y la celebración de contratos en el ámbito comunitario, debe comenzar por una fase de análisis de los sistemas nacionales que pretenden unificarse, que en este caso conllevaría el análisis de la regulación contenida en cada uno de los Estados miembros de la UE y debe ir acompañada del empleo correcto del método comparado para analizar las causas de la diversidad legislativa⁴⁶³.

Como es sabido, la Unión Europea (UE) está formada por diferentes Estados miembros, por lo que se configura por ordenamientos jurídicos distintos, los cuales pueden clasificarse como sigue –sin perjuicio de la existencia de otro tipo de clasificaciones igualmente válidas–: por un lado, el sistema del *Common Law* (Reino Unido, Estado miembro hasta enero de 2020; Irlanda); sistema del *Civil Law*, el cual a su vez se divide en Derecho Germánico (Alemania, Austria, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, República Checa), Derecho Napoleónico (Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Rumanía), Derecho Napoleónico con influencia germánica (Italia, Portugal), Derecho Nórdico (Dinamarca, Finlandia, Suecia), Sistema mixto de Derecho indígena, Napoleónico y Germánico (Bulgaria, Lituania, Holanda, Polonia); y, por último, el Sistema Mixto (Escocia –Reino Unido–, Chipre, Malta)⁴⁶⁴.

Por una parte, el *Civil Law* se podría definir como una tradición legal con origen en el Derecho Romano, codificado en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, y desarrollado tanto en Europa continental, como en otras partes del mundo. A su vez, puede dividirse en dos corrientes: el Derecho Romano codificado (como el Derecho europeo continental) y el Derecho Romano no codificado (como el Derecho escocés). El *Common Law*, originario de Inglaterra, se caracteriza por su sistematización y estructura, configurado tradicionalmente por principios generales y amplios, frecuentemente ignorando la regulación detallada. Sus principios provienen principalmente de resoluciones judiciales (*Case Law*), normalmente de los Tribunales superiores, en relación con situaciones de hecho específicas. Por ello, el *Common*

⁴⁶³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 62-64.

⁴⁶⁴ Map of the Legal systems of the world, acceso en octubre de 2020. Disponible en Web: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_\(en\).png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_(en).png)

Law se configura como una tradición legal más detallada y menos sistematizada que el *Civil Law*. Como dice LEONSEGUI GUILLOT, la ciencia jurídica inglesa es naturalmente “asistemática”, más próxima a la realidad, con un carácter eminentemente práctico, pero tal vez menos capaz que la continental de obtener puntos de vista unitarios que permitan abarcar y reducir toda la complejidad de la vida jurídica a líneas que faciliten su comprensión⁴⁶⁵. Por último, los sistemas mixtos son aquellos en los que su ordenamiento jurídico deriva de una o varias tradiciones legales. Por ejemplo, el Derecho escocés deriva en parte del *Civil Law* y en parte del *Common Law*⁴⁶⁶.

Es preciso atender al hecho de que los sistemas legales no pueden definirse como sistemas “puros”. De hecho, como apunta VÁZQUEZ DE CASTRO, la tendencia actual del *Civil Law* es hacia lo que se ha denominado como la “descodificación”, con lo que estos ordenamientos jurídicos han sido permeables y se han adaptado a unas necesidades comunes a todos los sistemas legales o tradiciones jurídicas occidentales. Por su parte, los Jueces del *Common Law* han ido reconociendo la primacía del Derecho legislado (*Statute*) y han abandonado cualquier pretensión de controlar la validez de los *Statutes* con relación a los principios generales del *Common Law*; aunque, todavía es ampliamente sostenida la idea de que el *Statute* constituye una especie de derogación del *Common Law* y debe ser interpretado restrictivamente, como si el *Common Law* fuese la regla y el *Statute* la excepción. De este modo, si comparamos la evolución del *Common Law* y del *Civil Law* se puede apreciar que caminan hacia una cierta convergencia. En la actualidad, los países de *Common Law* tienden hacia una proliferación de las leyes escritas, mientras que los países del *Civil Law* están potenciando, cada vez más, la función de la jurisprudencia en la conformación de su ordenamiento jurídico⁴⁶⁷.

A este respecto, es preciso tener en cuenta las diferencias y similitudes de los sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law*, ambos presentes en la UE, cuya influencia es notable en la elaboración de normas e interpretación de las mismas en el propio ordenamiento jurídico comunitario, por lo que tendremos que considerar la convergencia entre los dos tipos de sistemas jurídicos en la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE.

Y no sólo eso, sino que también será necesario observar las propias diferencias entre los ordenamientos jurídicos que conforman el *Civil Law*, pues como afirma ZIMMERMANN, “*las diferencias entre el Derecho francés y el alemán pueden ser tan grandes, o más grandes,*

⁴⁶⁵ LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “El método en el Derecho inglés”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 14, 1999, pág. 223-224.

⁴⁶⁶ TETLEY, W., “Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)”, *Louisiana Law Review*, 60, núm. 3, 2000, pág. 683-685.

⁴⁶⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Los contratos ilegales en el Common Law”, 2002, pág. 2-6.

inclusive, que las existentes entre el Derecho francés y el inglés, o entre el Derecho alemán y el inglés, tanto en el nivel del Derecho sustancial como en el del estilo jurídico. Pese a que el Derecho francés y el Derecho alemán están basados en el Derecho romano, las soluciones adoptadas por el Code Civil y el BGB [Código Civil Alemán] pueden ser muy diferentes. Ello es atribuible a la naturaleza específica de las fuentes romanas: no es inusual que ellas contengan dos series diferentes de reglas que se refieren a un único problema, una para la estipulación, otra para los contratos consensuales, y ambas se han abierto camino en nuestras codificaciones modernas”⁴⁶⁸.

Por consiguiente, considerando la existencia de los distintos sistemas jurídicos presentes en la UE, y dada la extensión de un análisis de la regulación en los veintisiete Estados miembros de la UE, hemos seleccionado los siguientes ordenamientos jurídicos con el objetivo de analizar las similitudes y diferencias en la regulación de la Teoría General de los Contratos: español, francés, italiano, alemán e inglés. Hemos elegido dichos ordenamientos jurídicos dada su relevancia, por cuanto: (i) son expresión de las dos principales familias jurídicas presentes en Europa: el *Common Law* y el *Civil Law*, entre las que existen diferencias sustanciales, sin perjuicio de que actualmente está teniendo lugar una paulatina convergencia entre ambos; (ii) la propia UE se configura como un sistema jurídico mixto, motivo por el cual hemos analizado el Derecho inglés, como sistema representativo del *Common Law* en Europa (sin perjuicio de que Reino Unido ya no es miembro de la UE); (iii) ejemplifican en muchos aspectos la modernización del Derecho en la actualidad, por ejemplo, a través de la reforma de la regulación de la Teoría General de los Contratos en el Derecho francés o las propuestas que han tenido lugar en el Derecho español, pero que no han llegado a gozar de carácter oficial; (iv) representan el Derecho germánico, distinto al Derecho Napoleónico contenido en el Código francés y español, así como aquellos países que siguieron el Derecho Napoleónico pero con influencia germánica, motivo por el cual hemos estudiado el ordenamiento alemán e italiano.

El análisis de la Teoría General de los Contratos en cada uno de los ordenamientos jurídicos seleccionados debe conllevar un estudio completo de toda la materia. A la hora de abordar un análisis de tal envergadura, es preciso que nos detengamos, en primer lugar, en el concepto de “contrato” y la regulación de sus principales aspectos en los diferentes ordenamientos jurídicos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que hay diversas definiciones de este concepto. En este sentido, entendemos que el contrato se configura como el principal mecanismo por las que las partes se vinculan jurídicamente y rigen sus derechos y obligaciones sobre una materia en concreto. Como destaca ESPIN CANOVAS, “*el contrato cumple una importante función social*

⁴⁶⁸ ZIMMERMANN, R., “Diritto romano, diritto contemporáneo, diritto europeo: la tradizione civilista oggi”, *Rivista di diritto civile*, 2001, pág. 710-711.

en la cooperación humana para satisfacer las más variadas necesidades”⁴⁶⁹. No obstante, hay que tener también en cuenta que, como llaman la atención GÓMEZ JENE, GUZMÁN ZAPATER, HERRANZ BALLESTEROS, PÉREZ VERA, VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “*el contrato es una ficción que muchas veces va a designar una realidad económicamente única que sin embargo resulta jurídicamente compleja (por ejemplo, contratos coligados dentro de una misma operación)*”⁴⁷⁰.

Según PÉREZ VELÁZQUEZ, si bien toda celebración de un contrato tiene como fin último lograr la plena satisfacción del interés del acreedor, en función del papel que se le conceda al deudor en la consecución de dicho fin, puede configurarse la relación obligatoria nacida del contrato desde dos puntos diferentes: por un lado, como un vínculo del que derivan una serie de deberes para el deudor, por lo que se le exige que adapte su conducta a un comportamiento previamente establecido en el contrato. El contrato se construye sobre la idea del deber y existirá una quiebra del mismo cuando no se cumplan dichos deberes u obligaciones, siendo esta configuración propia del *Civil Law*. Por otro lado, como un vínculo del que deriva no un deber de conducta del deudor, sino la satisfacción del interés del acreedor. El contrato se contempla desde la garantía de la obtención de la satisfacción del acreedor, es decir, garantiza un resultado, siendo esta configuración más propia del *Common Law*⁴⁷¹.

Conviene adelantar que existen diferencias entre los sistemas legales del *Common Law* y del *Civil Law* sobre el propio concepto de contrato y de los elementos necesarios para considerar su existencia; aunque, en general, siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, “*Under all European contract laws, an agreement is binding and enforceable in the courts if both parties have given or promised something in return for what they receive*” (“*En virtud de todas las leyes de Derecho Contractual europeas, un acuerdo es vinculante y ejecutable en los Tribunales si ambas partes han dado o prometido algo a cambio de lo que reciben*” –traducción propia a efectos informativos–)⁴⁷².

Considerando las diferencias en particular, cabe destacar que el *Civil Law* hace hincapié en la existencia del consentimiento de ambas partes, siendo el contrato un concepto bilateral. Además, en todos los ordenamientos se exige, de una forma u otra, la determinación del contenido contractual. Sin embargo, el *Common Law* entiende que existe un contrato cuando concurre la intención de las partes de celebrar tal contrato y la contraprestación (*consideration*).

⁴⁶⁹ ESPIN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español. Vol. III. Obligaciones y Contratos*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, pág. 354.

⁴⁷⁰ GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M.; PÉREZ VERA, E.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., 2019, *Op. Cit.*, pág. 512.

⁴⁷¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 37-39.

⁴⁷² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 291.

En este sentido, no hay en el *Common Law* una regulación pormenorizada sobre el contenido mínimo que ha de fijarse en un acuerdo, ni sobre lo que se conoce como el “objeto” del contrato propio del *Civil Law*. Es suficiente, por tanto, que el convenio pueda ser ejecutado y, en su caso, pueda dar fundamento a una reclamación judicial. Así, tradicionalmente se ha exigido en este ordenamiento que el contenido del acuerdo quede determinado, de tal forma que exista suficiente certeza sobre los aspectos más relevantes que conforman el mismo⁴⁷³.

Igualmente, hay que matizar que no todo son diferencias entre los distintos sistemas jurídicos, sino que también se pueden encontrar similitudes en el plano contractual. Por ejemplo, en materia de contratos rige el principio de relatividad de los contratos o eficacia relativa, regla que es tradicional en todos los sistemas, sean del *Civil Law* (*ex alterius contractu neminem obligari*) o del *Common Law* (*privity of contract*). Como han apreciado en multitud de ocasiones los propios Tribunales españoles⁴⁷⁴, es una regla de buen sentido. Siendo el contrato una manifestación del principio de la autonomía privada, sus efectos vinculantes sólo alcanzan a quienes, haciendo uso de su propia libertad de contratar, consienten la formación del contrato y su contenido, por sí o por representante⁴⁷⁵. El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), en su Sentencia de 20 de enero de 2.005, “Petra Engler”, definió el concepto de contrato como “*la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra*”⁴⁷⁶. La autonomía contractual pone de relieve que,

⁴⁷³ SÁNCHEZ LERÍA, R., “Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho Contractual europeo. Especial consideración a la desaparición de la causa”, *InDret*, 3, 2014, pág. 7-8.

⁴⁷⁴ Como por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia núm. 162/2017, de 3 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Miguel Alemany Eguidazu. Fundamento Jurídico Tercero, en el que la parte Apelante alega la vulneración del principio de relatividad de los contratos en un supuesto en el que se reclaman las rentas por parte del propietario de un local al ocupante. La Sala afirma que “*en efecto, no siendo la obligación del arrendatario de pagar la renta, de naturaleza real sino personal, no existe título real o contractual del propietario frente al ocupante*”. En este sentido, también se pronuncian sobre este principio multitud de Sentencias como: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 517/2015, de 6 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Fundamento Jurídico Quinto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 188/2015, de 8 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 269/2011, de 11 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento Jurídico Tercero.

⁴⁷⁵ DE LA CUESTA RUTE, J.M., Capítulo 1, 2011, *Op. Cit.*, pág. 45.

⁴⁷⁶ TJCE. As. 27/02. Petra Engler vs. Janus Versand GmbH, Sentencia de 20 de enero de 2005, Apdos. 50 y 51, en la que el asunto principal se plantea si la acción judicial, mediante la cual un consumidor pretende que se condene a una sociedad de venta por correo a entregarle un premio que aparentemente ha ganado, es de naturaleza contractual cuando dicha sociedad le había remitido personalmente una comunicación que podía dar la impresión de que se le atribuiría un premio en cuanto solicitara su pago remitiendo el “bono de pago” incluido en el citado envío y que contenía además un catálogo publicitario de productos de la misma sociedad acompañado de un formulario de “solicitud de prueba sin compromiso”, sin que la atribución del citado premio dependiera de si encargaba mercancías y cuando, de hecho, el consumidor no había cursado un pedido. En este sentido, el Tribunal entiende que puede considerarse una acción de naturaleza contractual, dado que el acto voluntario realizado por un profesional en circunstancias análogas a las del litigio debe considerarse como un acto que puede generar

a través del contrato, surge un vínculo al que los contratantes se someten. Con la autonomía contractual se consagra, por tanto, el poder creativo de las partes: son éstas las que, a través de su acuerdo, determinan una estructura vinculante de sus propios intereses. Esta concepción de la autonomía contractual es expresión de un modelo abstracto que presume la existencia de un equilibrio formal entre los contratantes, especialmente en el momento en el que les ofrece la posibilidad de determinar el contenido del contrato y de celebrar contratos que no pertenezcan a las tipologías ya reguladas⁴⁷⁷.

Asimismo, el principio *pacta sunt servanda* o de vinculación contractual es consustancial a la idea de contrato e indispensable para el desarrollo de la actividad económica desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Ello explica que el principio *pacta sunt servanda* sea compartido por todos los ordenamientos pertenecientes a la misma familia jurídica que el español y también por el sistema contractual del *Common Law*, en el que tradicionalmente ha sido aplicado y entendido aún con más vigor que en el anterior⁴⁷⁸.

Para CANNATA, lo que cambia es la forma de operar de cada uno de estos sistemas. Así, mientras el *Civil Law* suele partir de la regulación exhaustiva de una serie de contratos y es tal su influencia, que cuando aparece una figura nueva, que adquiere cierta importancia práctica, la doctrina y la jurisprudencia delimitan sus elementos de modo preciso, de forma que los civilistas no operan prácticamente nunca con la noción general de contrato. Sin embargo, el Juez inglés, ante cualquier acuerdo de voluntades con contenido patrimonial se pregunta si se puede considerar contrato, pues –como hemos mencionado anteriormente– el Derecho inglés es primordialmente *Case Law*, aunque en los últimos años hayan proliferado leyes formales aprobadas por el poder legislativo correspondiente (*Statutes*), resolviendo la cuestión a través de la aplicación de la noción general de contrato⁴⁷⁹.

No obstante, hemos de destacar que no sólo son las diferencias existentes entre ambas familias jurídicas, sino que incluso los propios ordenamientos pertenecientes al *Civil Law* difieren en cuanto a las definiciones que contienen de los contratos, poniendo cada uno el acento

un compromiso que vincula a su autor como en materia contractual.

⁴⁷⁷ CAPOBIANCO, E. “El contrato, entre autonomía y heteronomía. La experiencia ítalo-europea”, *Revista de Derecho Civil*, III, 1, 2016, pág. 212.

⁴⁷⁸ CASTIÑEIRA JEREZ, J., “Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 29, 2012, pág.1.

⁴⁷⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 244.; CANNATA, C.A., “L’unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico”, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano, a cura di Letizia Vacca, Giappichelli*, 1997, pág. 7.

en un aspecto diferente, sin que se pueda afirmar que la definición contenida en uno de ellos sea mejor que la contenida en otros.

Por tanto, teniendo en cuenta que ya podemos apreciar las diferencias desde la propia definición del concepto de contrato, nuestro análisis se centrará en los siguientes aspectos de la Teoría General de los Contratos, por considerarse los mismos fundamentales para facilitar las transacciones y la celebración de contratos en el ámbito comunitario, toda vez que los operadores internacionales necesitan certeza respecto a la regulación de los distintos aspectos de la formación de sus contratos: el concepto de contrato, los requisitos para entender concluido un contrato, los vicios del consentimiento, el proceso de formación del contrato y el incumplimiento contractual. Y ello, sin perjuicio de que consideramos que una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos debería abarcar un ámbito material más extenso, completo y detallado, pero la envergadura de tal proyecto requeriría una investigación posterior de toda la materia.

II. DERECHO ESPAÑOL.

La consagración de la ley como fuente del Derecho español se impuso en España a partir de la Constitución de 1.812, aunque en la práctica no se adoptaron las medidas necesarias para garantizar su supremacía. Además, el fracaso de los sucesivos proyectos de Código Civil exigió la continuidad del Derecho Civil del Antiguo Régimen durante la mayor parte del siglo XIX. De este modo, no existió hasta el año 1.889 en el que se promulgó el Código Civil⁴⁸⁰, un sistema de naturaleza legal que tuviera a la ley como única fuente de producción del Derecho. Los redactores del título preliminar del Código Civil de 1.889, a la vista del contenido del Código Civil francés de 1.804, diseñaron el sistema de fuentes del Estado liberal a finales de siglo⁴⁸¹.

En el ámbito particular del Derecho Contractual, el Código Civil español de 1.889 regula la Teoría General de los Contratos en el Título II “De los contratos”, dentro de su Libro IV “De las obligaciones y contratos”. El sistema español responde a una concepción de contrato como un instrumento del sistema económico liberal, presidido por la libertad de los sujetos de estipular cuantos contratos deseen y dotarles del contenido que mejor convenga a sus intereses. Este concepto tiene su origen en las revoluciones industriales y en el liberalismo económico, configurando al contrato como el instrumento esencial, no sólo en la producción y distribución

⁴⁸⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

⁴⁸¹ SERNA VALLEJO, M., “La Codificación Civil Española y las fuentes del Derecho”, *AHDE*, XXXII, 2012, pág. 18-19.

de los bienes y los servicios, sino también en la determinación de los precios⁴⁸². Así, fruto de esta ideología liberal, se consideró al contrato como una ley privada creada por la voluntad de las partes, a la que las mismas quedaban sometidas con la misma fuerza con que todos los ciudadanos quedan sometidos a la ley creada por la voluntad general. No obstante, según OSSORIO SERRANO, semejante concepción está hoy en crisis, toda vez que esa ley del contrato no se considera en nuestros días tan absolutamente necesaria que no pueda, en circunstancias excepcionales y por razones de equidad, no ser cumplida por las partes o ser modificada por los Tribunales⁴⁸³. Siguiendo a FENOY PICÓN, numerosas son las razones que apuntan a que en la imprescindible tarea de modernización del Derecho patrimonial español, lo deseable es elaborar un único Código sobre la materia de obligaciones y contratos, donde se refleje la realidad actual y se encauce la futura de manera adecuada a las necesidades del tráfico⁴⁸⁴.

En 2.009 se publicó una Propuesta de Anteproyecto de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (PMCC)⁴⁸⁵ por parte de la Comisión General de Codificación del Derecho Civil, siendo uno de sus propósitos actualizar la regulación (en particular, de los artículos 1.088 a 1.314 del Código Civil) y buscar una mayor aproximación a otros ordenamientos europeos. En concreto, según la Exposición de Motivos, la reforma se inspiró en la idea de facilitar la existencia de contrato desde el punto de vista jurídico, mediante una nueva regulación de la formación de los contratos, especialmente –como en la reforma francesa– mediante el cruce de ofertas y aceptaciones, inspirada en la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM)⁴⁸⁶ y en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL). Asimismo, la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) acometió el proyecto de elaborar una Propuesta de Código Civil (PCC-APDC), publicándose la obra completa en 2.018⁴⁸⁷. Sin embargo, de momento, sólo

⁴⁸² BLASCO GASCÓ, F.P., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 22.

⁴⁸³ OSSORIO SERRANO, J.M., “Capítulo 12. Concepto de Contrato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 129-130.

⁴⁸⁴ FENOY PICÓN, N., “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*, LXVIII-III, 2015, pág. 1005.

⁴⁸⁵ Comisión General de Codificación. *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2009.

⁴⁸⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

⁴⁸⁷ Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Propuesta de Código Civil*, Editorial Tecnos, 2018.

se trata de Propuestas –considerándose éstas necesarias–, por lo que todavía habrá que esperar a ver el rumbo que toma la actualización del Código Civil español en materia de contratos.

2.1. Concepto de contrato.

Siguiendo a PUIG BRUTAU, la palabra “contrato” puede emplearse en sentido amplio o estricto. En sentido amplio se refiere al “*acuerdo de voluntades mediante el cual los interesados se obligan para los fines más diversos*”. En un sentido también amplio pero más preciso, la palabra contrato se refiere a “*toda convención o acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial y que se hallan al alcance de la autonomía de la voluntad*”. Con criterio aún más estricto, PUIG BRUTAU define el contrato como el “*acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen relaciones pertenecientes al Derecho de obligaciones*”⁴⁸⁸.

También ALBALADEJO se refiere al término contrato en sentido amplio y estricto. En sentido amplio, el contrato se define como “*el negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan cualesquiera efectos jurídicos (pues, éstos, caben que sean los más diversos)*”. En sentido estricto, el contrato es el “*acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones*”⁴⁸⁹.

Por su parte, DÍAZ-AMBRONA define el contrato como la “fuente principal de obligaciones”, diferenciando también la definición del contrato en sentido amplio y en sentido estricto. Respecto al primero, el contrato “*equivale a negocio jurídico bilateral, dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o a constituir relaciones de otra índole (reales o familiares)*”. En sentido estricto, el contrato “*se limita al Derecho de Obligaciones y significa todo acuerdo de voluntad de dos o más partes por el que se crea, modifica o extinguen obligaciones*”⁴⁹⁰. VERDA Y BEAMONTE define el contrato como “*el negocio jurídico bilateral, por el que se constituye, modifica o extingue una relación jurídica de carácter patrimonial*”⁴⁹¹. Según la concepción de contrato de GARCÍA AMIGO, el acuerdo de las partes crea no sólo la relación contractual derivada de la libertad jurídica constitutiva o libertad de conclusión, sino también la norma o regla (o parte de ella) reguladora de aquélla, derivada de la libertad jurídica

⁴⁸⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. II. 1º. Doctrina General del Contrato*, Bosch, 1971, pág. 9-11.

⁴⁸⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer SL, 2004, pág. 363-365.

⁴⁹⁰ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª D., Capítulo VI, 2018, *Op. Cit.*, pág. 177.

⁴⁹¹ VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Capítulo 10. El contrato y sus elementos esenciales”, en *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 195.

normativa o autonomía de la voluntad⁴⁹². PACHECO GALLARDO considera que un contrato “*es un negocio jurídico bilateral productor de obligaciones en el cual, en general, subyace un intercambio económico objeto de valoración por las partes*”⁴⁹³.

Siguiendo a PACHECO GALLARDO, el Código Civil español no contiene una verdadera definición de contrato. El artículo 1.254 del Código Civil se limita a señalar el momento del nacimiento o perfección del contrato (“*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”), de acuerdo con la clásica teoría espiritualista del Derecho español. Pero, indirectamente, se desprende de dicho precepto que, de entre las diversas opciones que ofrece la teoría moderna del contrato, el Código Civil español acoge la denominada “estricta” (caracterizada por establecer una separación precisa entre la convención y el contrato, considerando a aquélla el género y a éste la especie), ubicando el contrato en el marco de las relaciones patrimoniales y considerándolo como una convención o acuerdo de voluntades para la creación de una obligación. Por ello, el contrato puede desempeñar en nuestro Derecho funciones muy complejas y constituir, modificar y extinguir todo tipo de situaciones y relaciones jurídicas, de índole inabarcable en su descripción⁴⁹⁴. Por su parte, apunta BLASCO GASCÓ que “*el contrato es fuente de una determinada relación jurídica llamada relación jurídica contractual, que se constituye con el propio contrato o que regula, modifica o extingue una relación jurídica preexistente*”. Dicha relación jurídica contractual tiene un contenido patrimonial: las cosas o servicios que de acuerdo con el artículo 1.254 del Código Civil, las partes se obligan a dar o a prestar, deben ser susceptibles de valoración económica. La patrimonialidad de la prestación, por tanto, delimita el concepto del contrato y permite distinguirlo de otros acuerdos bilaterales de voluntad como el matrimonio, el cual está sujeto a una regulación propia y específica. Según este autor, el concepto de contrato del Código Civil prescinde de la idea de intercambio y refuerza la idea de acuerdo, de consentimiento o de promesa aceptada; por lo que da cabida, en el ámbito contractual, a los contratos gratuitos y a los de mera colaboración. Además, precisa siempre de dos o más partes, pero siempre debe haber una persona (o parte) que se obligue respecto de otra u otras (o partes)⁴⁹⁵.

El contrato es la fuente voluntaria de obligaciones por excelencia, que vincula a las partes con fuerza de ley (*pacta sunt servanda*), tal y como dispone el artículo 1.089 del Código Civil,

⁴⁹² GARCÍA AMIGO, M., “Idea del contrato: 50 años después (consideraciones previas a una definición del contrato)”, *La Ley*, 13377/2009, 2006, pág. 11.

⁴⁹³ PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, *Diario La Ley*, 8740, 2016, pág. 1.

⁴⁹⁴ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 2.

⁴⁹⁵ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 33-35.

al establecer que “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”. Como indica el Tribunal Supremo, “*los contratos constituyen el instrumento jurídico por el que quienes los celebran, en ejercicio de su libertad -autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata " (ley privada) cuyo contenido determinan*”⁴⁹⁶. De este modo, dice OSSORIO SERRANO que, mediante el mecanismo del contrato, la voluntad de los particulares crea obligaciones y ordena sus recíprocas relaciones dictándose una ley privada a la que se auto-someten⁴⁹⁷. Sin embargo, el concepto de contrato contenido en el Código Civil español no incluye el efecto normativo, esto es, según GARCÍA AMIGO, el efecto creador de la regla/norma o parte de la regla/norma reguladora de la relación jurídica obligatoria contractual, creada por el acuerdo de voluntades⁴⁹⁸. Es interesante, a este respecto, observar como la definición del artículo 1.236 de la PMCC o del artículo 521-1 de la PCC-APDC sí que abarcaría este efecto normativo, al disponer que “*Por el contrato, dos o más personas acuerdan crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, y establecer reglas para las mismas*”. Sostiene MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS que la definición anterior tiene como nota positiva la inclusión del doble carácter, creador o regulador, del contrato, lo que supone acoger las tradicionales concepciones del negocio jurídico de forma conjunta y consagrar así el principio de autonomía de la voluntad⁴⁹⁹.

Por otro lado, indica BLASCO GASCÓ que todos los contratos tienen efectos obligatorios en cuanto son fuente de producción de obligaciones. Además, un grupo de contratos desempeña también una función específica como instrumento para la adquisición y transmisión de la propiedad y los demás derechos reales. Para producir el efecto jurídico real no basta sólo con el contrato, sino que éste debe ir acompañado (coetánea o sucesivamente) de un segundo elemento denominado “*tradición*” (*traditio*) y que consiste en la entrega o puesta a disposición del bien del objeto del contrato al adquirente (artículos 609, 1.095 y 1.462 a 1.464)⁵⁰⁰. Por ejemplo, la conclusión de un contrato de compraventa no produce el efecto de que el comprador adquiera el bien, sino el nacimiento de dos obligaciones: la del comprador, que consiste en la entrega del precio; y, la del vendedor, consistente en la entrega de la cosa. A este respecto, el artículo 1.450 del Código Civil dispone que la compraventa existirá desde que hay acuerdo en

⁴⁹⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 626/2013, de 29 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Fundamento Jurídico Séptimo.

⁴⁹⁷ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 12, 2018, *Op. Cit.*, pág. 129.

⁴⁹⁸ GARCÍA AMIGO, M., 2006, *Op. Cit.*, pág. 6.

⁴⁹⁹ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., “El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos”, *Actualidad civil*, 5, 2013, pág. 2.

⁵⁰⁰ ESPIN CANOVAS, D., 1983, *Op. Cit.*, pág. 358.

el precio y en la cosa, aunque ni lo uno ni la otra hayan sido entregados. La mayoría de la doctrina⁵⁰¹ y unánimemente la jurisprudencia⁵⁰² entienden, por tanto, que el sistema derivativo traslativo y constitutivo de los derechos reales se asienta sobre la llamada teoría del título (el contrato con función traslativa) y el modo (la entrega o puesta disposición), aunque para la transmisión de los bienes muebles, el artículo 1.463, permite la transmisión meramente consensual⁵⁰³. Es decir, el negocio causal y el real son independientes entre sí, pero ambos son necesarios para la transmisión de la propiedad. Siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ, frente a otros sistemas europeos de transmisión de la propiedad, el sistema del título y el modo protege sobre todo la posición del enajenante porque, en caso de que el negocio causal sea nulo o inexistente, tendrá a su favor la acción reivindicatoria⁵⁰⁴.

La posibilidad de admitir que las obligaciones pueden nacer de una declaración unilateral de voluntad, en principio, es rechazada por nuestro ordenamiento positivo, toda vez que el artículo 1.089 del Código Civil no menciona la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. Ni siquiera la donación, acto por el cual una persona se desprende gratuitamente de una cosa a favor de otro, por pura liberalidad, no obliga al donante en tanto no concurre la voluntad del donatario de aceptarlo (artículos 618 y 629 del Código Civil). No obstante, actualmente, se admite la tesis de que en ocasiones basta la simple declaración unilateral de voluntad para dar lugar a obligaciones como la “oferta de contrato” y la “promesa de pública recompensa”. Y ello, dado que si bien la oferta o promesa unilateral no obliga por sí sola a cumplir la prestación prometida en tanto no sea aceptada, sí obliga a mantenerla durante el tiempo racionalmente necesario para que pueda ser aceptada por el destinatario o para que pueda ser realizado el acto que se prometió premiar. Así, en ambos casos, su revocación

⁵⁰¹ DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, 2001, pág. 62; JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, pág. 108.

⁵⁰² Entre muchas otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 758/2017, de 24 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Juan Gonzalo Martínez Mico. Fundamento Jurídico Segundo, en el que dispone: “*En nuestro Ordenamiento jurídico para adquirir la propiedad es generalizada la teoría del título y el modo, y para ello es necesaria la existencia de un contrato (título) y de la entrega de la cosa (modo), (...)*”; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 353/2013, de 13 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Cuarto: “*Efectivamente, el artículo 609, en relación con el 1095, impone en nuestro Derecho la doctrina romana del título y el modo (...)*”; Tribunal Supremo español. Sentencia de 13 de octubre de 1998, Rec. 767/1994. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Fundamento Jurídico Segundo, en el que establece: “*El art. 609 CC se puede catalogar como el precepto que establece en nuestro ordenamiento la teoría del título y el modo, exigiéndose, en la misma, la concurrencia de tales requisitos, como medio para adquirir la propiedad*”; Tribunal Supremo español. Sentencia de 18 de febrero de 1995, Rec. 3502/1991. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda. Fundamento Jurídico Tercero: “*(...) nuestro Derecho positivo sigue la teoría del título y el modo para la adquisición derivativa por contrato del dominio (...)*”.

⁵⁰³ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 86-87.

⁵⁰⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 223.

prematura supondría una infracción del deber de mantener la oferta o promesa y, por tanto, conllevaría la obligación de indemnizar⁵⁰⁵.

Por otro lado, el principio de libertad contractual o de la autonomía de la voluntad se configura por la posibilidad de las partes de establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, dentro de los límites de la ley, la moral y el orden público (artículo 1.255 del Código Civil). Con esta limitación, dice ESPIN CANOVAS, “*pues, puramente negativa, de no oponerse a estos principios superiores (ley, moral, orden público), cabe llevar a cabo la contratación conforme a la libre voluntad de las partes*”⁵⁰⁶. Pero dicha limitación negativa, además, siguiendo a LASARTE, ha de verse completada con otro tipo de consideraciones: por un lado, las prescripciones legales, que pueden dotar al acuerdo contractual de un significado y alcance distintos al establecido por las partes en el clausulado contractual; y, por otro, el ordenamiento jurídico, el cual constituye el fundamento último de la relevancia de la voluntad de las partes, otorgando al contrato fuerza vinculante y unas posibilidades de actuación de las que podría carecer técnicamente hablando⁵⁰⁷. Por su parte, YÁÑEZ VIVERO expone que las limitaciones a la autonomía privada que introduce el ordenamiento deben dirigirse a proteger a la persona que se encuentra en una situación de debilidad por su menor información, fuerza económica, situación de necesidad o precariedad laboral, etc. De esta forma, los derechos fundamentales se erigen en la justificación del control y limitación de la autonomía. Asimismo, se persigue una apertura de la autonomía privada a un perfil más solidario a través de ideas como la de la buena fe que es utilizada por el legislador y los tribunales como un medio o puente para moralizar el ordenamiento positivo contractual. Y esta apertura de la autonomía privada, explica esta autora, hacia un perfil más social ha sido impulsada por el *soft-law* europeo a través de mecanismos de solidaridad contractual de corrección de los desequilibrios, como las cláusulas generales de la buena fe o la razonabilidad, o a través de instrumentos reequilibradores como la “*unfair exploitation*” (desequilibrio inicial), o la “*hardship*” (desequilibrio sobrevenido)⁵⁰⁸.

Relacionado con la libertad contractual está el ya mencionado principio de relatividad de los contratos, a cuyo tenor los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos (artículo 1.257 del Código Civil). Así la eficacia relativa del contrato permite la

⁵⁰⁵ OSSORIO SERRANO, J.M., “Capítulo 2. Fuente y Prueba de las obligaciones”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 38-39.

⁵⁰⁶ ESPIN CANOVAS, D., 1983, *Op. Cit.*, pág. 364.

⁵⁰⁷ LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, Marcial Pons, 2021, pág. 6-7.

⁵⁰⁸ YÁÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual*, Tirant lo Blanch, 2019, pág. 42.

libertad creadora del mismo. Siguiendo a BLASCO GASCÓ, la libertad contractual es la autonomía o poder de los sujetos para obligarse contractualmente por su voluntad, es decir, para producir efectos jurídicos-obligatorios a través del contrato y mediante el consentimiento⁵⁰⁹. PACHECO GALLARDO, así, afirma que el contrato, como categoría general, ha sido tradicionalmente considerado como un instrumento dejado a la voluntad de los particulares, constituyendo la máxima expresión técnica del reconocimiento del dogma de la autonomía de la voluntad. Lo cual se manifiesta en un doble sentido: por un lado, en la libertad de contratar, esto es, los sujetos pueden optar libremente entre celebrar un contrato o no celebrarlo y son libres de constituir las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elegir al otro contratante; y, por otro, en la libertad contractual, es decir, si celebran un contrato, pueden fijar sus elementos y su contenido de la manera que libremente determinen; es decir, pueden elegir el tipo contractual y no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes sino que pueden construir libremente otros distintos e, incluso, pueden según el Tribunal Supremo⁵¹⁰ “*modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando vida así a un nuevo contrato distinto que la doctrina califica de atípico*”⁵¹¹. Si bien, el principio de la autonomía de la voluntad no es absoluto, ya que el propio artículo 1.255 del Código Civil impone límites, esto es, los pactos no pueden ser contrarios a ley, la moral y el orden público. Además, indica OSSORIO SERRANO que desde que el Código Civil se promulgó hasta nuestros días, la realidad ha ido mostrando que “*suponer que quienes contratan lo hacen siempre en situación de igualdad y con plena libertad de decisión, no pasa en muchos casos de ser una entelequia*”. Por ello, actualmente se establecen cada vez más limitaciones al principio de libertad contractual, sobre todo en materia de protección de los consumidores y usuarios⁵¹², como se pone de manifiesto con la intensa labor de las Instituciones comunitarias al regular determinados aspectos contractuales a través de Directivas.

2.2. Requisitos del contrato.

En Derecho español, hay contrato cuando concurren el consentimiento, el objeto y la causa, y será obligatorio, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que el mismo reúna las condiciones necesarias para su validez (artículos 1.261 y 1.278 del Código Civil). Tales requisitos (consentimiento, el objeto y la causa) son los llamados elementos esenciales del contrato. Como apunta BLASCO GASCÓ, esta calificación debe entenderse referida a la

⁵⁰⁹ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 37-38.

⁵¹⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia de 24 de septiembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas. Fundamento Jurídico Primero.

⁵¹¹ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 4.

⁵¹² OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 12, 2018, *Op. Cit.*, pág. 130.

necesaria concurrencia de estos elementos esenciales para que el contrato exista y sea válido y eficaz⁵¹³.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe⁵¹⁴, al uso y a la ley (artículo 1.258). Como dice ALBALADEJO, las declaraciones de voluntad de las partes tienen que concordar pues sino no hay acuerdo⁵¹⁵. Según PACHECO GALLARDO, “*el consentimiento consiste en la concordancia de las voluntades de las partes que celebran el contrato*” y su forma jurídica aparece en el artículo 1.262 del Código Civil, según el cual “*el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*”; esto es, la pauta legal indica que sólo versará sobre lo que se ofrece y se acepta respecto de una futura relación contractual, pero no sobre lo ya verificado⁵¹⁶. El consentimiento se manifiesta, por quien tiene capacidad para ello (artículo 1.262 del Código Civil). De este modo, cuando un contratante no ha gozado de libertad para determinarse, o no ha procedido de modo consciente y deliberado, se dice que su consentimiento adolece de un vicio, el cual cuando tiene la necesaria gravedad, como se verá en el Apartado 2.3 siguiente, puede producir la ineficacia del contrato dando lugar a la anulabilidad⁵¹⁷.

La forma es el modo en que se exteriorizan las voluntades contractuales de las partes cuya concurrencia conforma el consentimiento. Todos los contratos tienen y requieren una forma en cuanto manera de manifestar el consentimiento, expresa o tácita, escrita o verbal. La regla

⁵¹³ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 115.

⁵¹⁴ “*La buena fe, decía COSSÍO, ha llegado a ser en nuestro Derecho positivo una auténtica fuente de normas objetivas o, si se prefiere, un complejo de normas jurídicas, que carecen de una formulación positiva concreta y que son reunidas bajo esta denominación impropia y ocasionada a equívocos. Lo que aspira a conseguir, se añade, es que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo; que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto. La buena fe es, en el sentido que aquí nos importa, un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad de la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas*”; según DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Civitas, 1996, pág. 50 y 51.

⁵¹⁵ ALBALADEJO, M., 2004, *Op. Cit.*, pág. 369.

⁵¹⁶ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 6, 7.

⁵¹⁷ OSSORIO SERRANO, J.M., “Capítulo 14. Elementos esenciales y forma del contrato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 147.

general en el ordenamiento jurídico español es la libertad de forma, salvo que la ley o las partes exijan una determinada forma (por ejemplo, el otorgamiento de una escritura en la constitución de una hipoteca). Así se establece en el artículo 1.278 del Código Civil al disponer que “*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”⁵¹⁸. Como dice OSSORIO SERRANO, en general, el documento privado, la escritura o cualquier otra formalidad, tiene simplemente finalidad probatoria, y no afectan a la perfección del contrato, ni son elementos esenciales para su existencia⁵¹⁹.

Por otro lado, el objeto del contrato responde a la pregunta qué es lo que se debe (*quid debetur*)⁵²⁰. Es definido por el Tribunal Supremo como “*aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación*”⁵²¹. El objeto del contrato se compone de las cosas o servicios lícitos, determinados o determinables y posibles que se incluyen en el comercio de los hombres, incluso las futuras (artículos 1.271 – 1.273 del Código Civil). En este sentido, la prestación ha de reunir, al menos, estas tres condiciones básicas: licitud, posibilidad y determinación. Tradicionalmente, la falta de cualquiera de estos tres presupuestos convierte a la obligación en inexistente por falta de objeto⁵²². En general, la licitud del contrato se corresponde con la prohibición legal de que el bien o servicio objeto del contrato formen parte del mismo y, por tanto, del tráfico jurídico-económico. Por su parte, no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (artículo 1.272 y 1.184). La posibilidad es tanto la posibilidad material (es decir, no pueden ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles, como una cosa destruida) como la posibilidad jurídica (un objeto es antijurídico cuando no es conforme con el ordenamiento jurídico, de manera que la ley no permite su configuración como objeto del contrato, como por ejemplo los órganos del cuerpo humano) y, en todo caso, la

⁵¹⁸ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 131-132.

⁵¹⁹ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 12, 2018, *Op. Cit.*, pág. 132.

⁵²⁰ CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, REUS SA, 1992, pág. 636.

⁵²¹ Tribunal Supremo español. Sentencia de 10 de octubre de 1997, Rec. 2212/1993. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Hernández Gil. Fundamento Jurídico Tercero, en la que se debate la existencia o inexistencia de objeto cierto de un contrato de opción de un inmueble.

⁵²² ACEDO PENCO, A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 50.

posibilidad objetiva, no la derivada de las personales circunstancias de los contratantes⁵²³. Si bien, como explica PACHECO GALLARDO la posibilidad no excluye la futuridad. Dice el artículo 1271 que: “*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras*”. Por cosa futura se ha de entender todo bien inexistente en el momento de la celebración del contrato, pero que puede existir según el curso normal de los acontecimientos, ya por hecho de la naturaleza, ya por hecho por el hombre, ya por hecho de la naturaleza y del hombre⁵²⁴. Por último, el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1.273)⁵²⁵. En este sentido, y siguiendo las tendencias europeas de unificación del Derecho Contractual, la jurisprudencia admite que la relativa indeterminación de alguno de los elementos del objeto del contrato no es obstáculo para su perfección siempre que exista consentimiento sobre elementos que sean “suficientes” para que pueda ejecutarse, y no rechaza la posibilidad de su determinación por una de las partes siempre que existan ciertos límites que pongan coto a su posible arbitrariedad⁵²⁶. También resulta de especial interés el contenido del segundo párrafo del artículo 1.237 de la PMCC que dispone que “*Las obligaciones establecidas en el contrato deben estar suficientemente determinadas y su alcance y cumplimiento no pueden dejarse al mero arbitrio de uno de los contratantes*” para después

⁵²³ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 383/2002, de 30 de abril de 2002. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández. Fundamento Jurídico Séptimo. El Tribunal Supremo con numerosas citas a resoluciones anteriores, condensa la doctrina del Alto Tribunal en torno a esta cuestión y desestima los motivos del recurso por resultar inaplicable la normativa sobre la imposibilidad de la prestación: “*La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, análogamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, SS 21 Feb. 1991, 29 Oct. 1996, 23 Jun. 1997) recoge una manifestación del principio ad impossibilia nemo tenetur (sentencias 21 Ene. 1958 y 3 Oct. 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (impossibilium nulla obligatio est: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (sentencias 15 Feb. y 21 Mar. 1994, entre otras); (...)*”.

⁵²⁴ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 25.

⁵²⁵ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 147.

⁵²⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 362/2011, de 7 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento Jurídico Quinto, en la que se citan entre otros los artículos 2:101, 2:103 de los PECL respecto a la perfección del contrato.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 86/2014, de 26 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo, en el que se apunta lo siguiente: “*nuestro Código Civil configura conceptualmente, artículos 1261 en relación con los artículos 1271, 1272 y 1273, la determinación del objeto del contrato como un presupuesto de la validez del mismo. Pero también, y en esta misma línea, la interpretación de los citados preceptos permite concluir, sin especial dificultad, que dicho presupuesto se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra absolutamente determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operan dicho resultado sin necesidad de subsanación o de la realización de un nuevo convenio al efecto (SSTS 11 de abril de 2013, núm. 221/2013 y 12 de julio de 2013, núm. 461/2013)*”.

prevenir en el artículo 1277.1 de la PMCC que *"No impedirá la perfección del contrato el hecho de que las partes no hayan expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado. Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultaran del tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios"*.

No obstante lo anterior, la regla es más rígida en cuanto a la determinación del precio. En este sentido, el contrato de compraventa exige que la parte vendedora entregue cosa determinada, mientras que la compradora ha de pagar un precio cierto (artículo 1.445 del Código Civil). Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada. Por tanto, el precio dejado al arbitrio de tercero es una de las formas de fijar este elemento en los contratos de compraventa y no se trata de dejar el contrato al arbitrio de una de las partes (lo que va en contra del artículo 1.256 del Código Civil), ya que lo que ocurre es que estando conformes en la celebración del contrato, se deja a un tercero que fije el definitivo precio⁵²⁷. Sin embargo, si ésta no puede o no quiere señalarlo, contrato será ineficaz (artículo 1.447 del Código Civil).

Según CASTAN TOBEÑAS, la causa responde a la pregunta por qué se debe (*cur debetur*)⁵²⁸. Sobre la causa se han elaborado diversas teorías, tratándose de un concepto abstracto que ha conllevado gran debate doctrinal, por lo que no es posible que estudiemos aquí todos los aspectos complejos que pueden derivarse del concepto de causa, exponiéndose los principales debates en torno al mismo. Por un lado, la tesis subjetiva, mantenida fundamentalmente por CAPITANT, sostiene que la causa es la intención específica de las partes de obtener esa finalidad, pero no el resultado en sí mismo. Esta tesis incorpora los motivos concretos de las partes, por

⁵²⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 765/2010, de 30 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamento Jurídico Segundo. En esta Sentencia se expone la doctrina sobre la determinación del precio por un tercero, citando otras sentencias relevantes en la materia: "(...) la sentencia de 10 marzo 1986, seguida por la de 29 noviembre 2000, dice que "la fijación del arbitrio de un tercero ("arbitrador"), contemplada en el art. 1447 CC para la determinación del precio en la compraventa cuando así lo convinieran los contratantes a modo de negocio per relationem, desemboca en una decisión de obligado acatamiento para comprador y vendedor". Hay que señalar que la doctrina científica ha distinguido las figuras del "arbitrador" y del "árbitro", porque este último resulta encargado de dirimir una cuestión entre las partes, mientras que el "arbitrador", desempeña una función por encargo de las partes (...)".

⁵²⁸ CASTAN TOBEÑAS, J., 1992, pág. 636.

lo que da entrada a aquellos motivos contrarios a las buenas costumbres⁵²⁹. En concreto, CAPITANT afirmó que “*la consideración del fin determina al deudor a obligarse y es, por consiguiente, la causa de su consentimiento*”⁵³⁰. Por otro lado, la teoría ecléctica o sincrética, comprende la causa entre un concepto subjetivo y objetivo, es decir, es necesario confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con la función jurídica del negocio, para ver si existe aquella coincidencia esencial que pueda justipreciar el nacimiento y normal existencia del negocio. Según esta idea de causa, sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explicaría el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falta (negocio que encubre otro distinto) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y con la moral⁵³¹.

Por su parte, el concepto objetivo de la causa de BETTI mantiene que la causa es la función, la justificación objetiva del negocio jurídico, pues “*en todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas, y concretada en ella una razón práctica típica inmanente a ella, una causa, un interés social a que aquélla responde*”⁵³². Esta teoría del concepto objetivo de causa es la que sigue nuestra jurisprudencia, al considerar la causa como la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque la intención perseguida es ilícita, tal protección no se otorgará y tal propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico. Según PACHECO GALLARDO, “*La insistencia en objetivizar la causa del contrato persigue dos finalidades: rastrear la causa del contrato e independizar la causa contractual de los motivos, móviles o caprichos de las partes. Y ello porque la existencia y validez del contrato no pueden quedar supeditadas a móviles o razones subjetivas que, por*

⁵²⁹ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 139-145.

⁵³⁰ JUANES, N., “La causa del contrato”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 3, 1, 2012, pág. 47; CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, 1926, pág. 231.

⁵³¹ DíEZ-PICAZO, L., “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, 16, 1, 1963, pág. 22-23.

⁵³² DE LOS MOZOS, J.L., “La renovación dogmática del concepto de "causa" del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7(1), 1978, pág. 426.

*principio, son intrascendentes para el Derecho. Los motivos no forman parte del acuerdo, son premisas del mismo, pero irrelevantes en la formación del contrato*⁵³³.

DÍEZ-PICAZO aduce en contra de la anterior teoría que “*un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Pero esto no es “causa del negocio”, si no “función del negocio”*⁵³⁴. Asimismo, siguiendo a este autor, el contrato o el negocio jurídico es, por una parte, causa de atribuciones patrimoniales. Si la atribución es abstracta, como ocurre por ejemplo en el sistema cambiario español, la validez del negocio causal es irrelevante. Si la atribución no es abstracta, como ocurre con la *traditio* en una compraventa en el Derecho español, la nulidad del negocio causal implica la nulidad de la atribución patrimonial⁵³⁵.

Por su parte, el Código Civil entiende por causa, en los contratos onerosos, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (artículo 1.274 del Código Civil). Siguiendo a CASTAN TOBEÑAS, el Código Civil no recoge más que la orientación objetiva de la causa de las obligaciones. Es decir, el Código Civil se refiere al fin inmediato, idéntico en cada categoría de contratos, y no sirve para explicar precisamente aquellos casos y aplicaciones (como de los la causa ilícita) en que la doctrina de la causa puede tener mayor relevancia. También LÓPEZ Y LÓPEZ sostiene que “*el ordenamiento jurídico español y todos los continentales, no difieren, desde esta óptica, en nada del Derecho anglosajón, cuando considera exigible una promesa o contrato solamente en el caso de que medie la denominada consideration. En pocas palabras, el art. 1.274 nos está indicando la razón jurídica, añadida a la voluntad, para que una determinada prestación resulte exigible*⁵³⁶. Además, siguiendo a LASARTE, se plantea el problema de determinar la “causa atípica”, esto es, la causa propia o característica de los contratos atípicos. Es decir, la función económico-social de los contratos atípicos que no se encuentra legalmente formulada en el modelo contractual predeterminado es, en principio, objeto de libre creación por los particulares y la determinación de la causa atípica habrá de llevarse a cabo caso por caso⁵³⁷.

⁵³³ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 27.

⁵³⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Aranzadi Civitas, 2007, pág. 273.

⁵³⁵ *Ibid.*, pág. 272 – 274; SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo II.20. Causa y consideration”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 5.

⁵³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Artículo 1274”, en *Código Civil comentado*, III, Civitas, 2011, pág. 673.

⁵³⁷ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 33.

Además, el Código Civil establece que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral (artículo 1.275 del Código Civil). Como llama la atención BLASCO GASCÓ, el Código Civil parece recoger una concepción objetiva de la causa, alejada de los motivos o razones de las partes para concluir el contrato⁵³⁸. En este sentido, se pronuncia también el Tribunal Supremo al establecer que *“tales móviles no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos”*⁵³⁹, es decir, *“el principio de seguridad jurídica obliga al interprete a no reconocer beligerancia a los motivos, como circunstancias externas al acto contractual, salvo que hayan sido reconocidos por ambas partes o la Ley mande contemplarlos expresamente”*⁵⁴⁰.

Según DE LOS MOZOS, este concepto objetivo de causa tiene que completarse con la idea de causa en sentido subjetivo, que nada tiene que ver con las construcciones subjetivistas del concepto, sino que se halla vinculado a la propia consideración del negocio en su unidad. Esto es, a la relación entre *“intención”* o *“motivo”* y *“causa”* o *“negocio”*⁵⁴¹. En este sentido, también LASARTE afirma que *“el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en la que consiste la causa de cada contrato, de modo que si hay coincidencia, el contrato es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del contrato”*⁵⁴².

Como indica SABORIDO SÁNCHEZ, la repercusión de las reglas causales en la actualidad es una cuestión a tener en cuenta. De hecho, los Tribunales recurren frecuentemente al concepto

⁵³⁸ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 149.

⁵³⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 359/2015, de 10 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena. Fundamento Jurídico Séptimo. Esta Sentencia establece que los móviles que pueda tener un mandatario al celebrar, en nombre y representación de sus mandantes, un contrato no pueden determinar la existencia de una causa ilícita ni, por tanto, la nulidad de un contrato, en tanto que tales móviles espurios, incluso delictivos, que se atribuyen a dicho mandatario no son compartidos o al menos aceptados por las otras partes de los contratos celebrados. Por tanto, tales móviles no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos.

⁵⁴⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 592/2002, de 6 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán. Fundamento Jurídico Tercero. En esta Sentencia se estima válido un contrato de compraventa de acciones al admitir como causa ilícita el otorgamiento del crédito para la compra efectiva de títulos del Banco que lo otorga. En el mismo sentido, cabe mencionar las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, etc.

⁵⁴¹ DE LOS MOZOS, J.L., 1978, *Op. Cit.*, pág. 446.

⁵⁴² LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 35.

de causa en sus resoluciones, tanto para delimitar la tipificación contractual, como para el control de los negocios que escapan de la aplicación de otros mecanismos del sistema⁵⁴³. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de marzo de 2.012⁵⁴⁴, al resolver un asunto en el que declara la nulidad de un contrato de compraventa de un inmueble por ausencia de causa, debido a que en realidad se trataba de una donación; en su Sentencia de 14 de mayo de 2.008⁵⁴⁵, en la que se estima la simulación absoluta de un contrato de compraventa, al carecer causa como consecuencia de la mala fe del adquirente; o, en su Auto de 6 de mayo de 2.014⁵⁴⁶, en el que el Tribunal no admite el recurso de casación, confirmando la Sentencia dictada en Segunda Instancia por la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁴⁷, la cual declara que el contrato de servicios no tiene causa y es simulado. En concreto, se trataba de un contrato suscrito para realizar las gestiones necesarias ante los organismos pertinentes con la finalidad de conseguir que el coste fiscal de una operación de cesión a realizar por la Junta de Compensación a favor del Ayuntamiento fuera de cero euros. No obstante, el coste fiscal de tal operación en cualquier caso hubiera sido inexistente, por lo que lo establecido en el contrato como prestación era una condición que ya se daba.

En esta línea, como indica VÁZQUEZ DE CASTRO, la causa ha sido considerada tradicionalmente como el instrumento estrella para fiscalizar la libertad contractual y ha servido como cauce de los tres límites inherentes a la misma: ley, moral y orden público⁵⁴⁸; o, como apuntan INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, la causa actúa como un elemento que permite fiscalizar los pactos de los contratantes, evitando que puedan llegar a tener eficacia aquellos que el ordenamiento jurídico no considera dignos de tutela⁵⁴⁹.

Por tanto, la ausencia de causa en un contrato da lugar a la denominada simulación del contrato, es decir, a aquellos supuestos en los que las partes concluyen un contrato cuyos efectos no desean (simulación absoluta) o desean los efectos propios de otro contrato (simulación

⁵⁴³ SABORIDO SÁNCHEZ, P., “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español”, *InDret*, 2013, pág. 26 y 28.

⁵⁴⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 199/2012, de 26 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento Jurídico Tercero.

⁵⁴⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 334/2008, de 14 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento Jurídico Noveno.

⁵⁴⁶ Tribunal Supremo español. Auto de 6 de mayo de 2014, Rec. 2479/2012. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

⁵⁴⁷ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, Sentencia núm. 354/2012, de 29 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Nicolás Pedro Manuel Díaz Méndez

⁵⁴⁸ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 76.

⁵⁴⁹ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., “Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo”, *InDret*, 3, 2009, pág. 8-21.

relativa). En caso de simulación absoluta, hay una ausencia absoluta de causa, esto es, se aparenta celebrar un contrato sin que exista voluntad real de querer sus efectos. Así, el contrato simulado absolutamente es nulo por falta de causa (artículo 1.275 del Código Civil). En la simulación relativa, las partes expresan una causa falsa que esconde la causa verdadera, creando la apariencia de un contrato distinto del contrato que efectivamente quieren de manera que habría dos contratos: el contrato simulado o ficticio que es el que se manifiesta; y, el contrato disimulado, que es el verdadero contrato querido por las partes. El contrato relativamente simulado no tiene por qué ser un contrato ilícito y, por tanto, nulo, siempre que no se concluya en fraude de ley o contra una norma imperativa. De este modo, el artículo 1.276 del Código Civil dispone que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probasen que estaban fundados en otra verdadera y lícita⁵⁵⁰.

Igualmente, en nuestro ordenamiento jurídico se establece la presunción *iuris tantum* de existencia de causa lícita, aunque no se exprese en el contrato (artículo 1.277 del Código Civil). Lo anterior permite distinguir entre los denominados contratos abstractos (procedentes del Derecho alemán, como más adelante se verá) de los contratos causales (los cuáles constituyen la regla general). En este sentido, en los contratos causales, la causa forma parte del contrato, dependiendo de su existencia y licitud, la validez y eficacia del contrato. Por su parte, en los contratos abstractos, la causa no resulta incorporada al contrato, sino separada de él, siendo el contrato igualmente obligatorio y eficaz, sin que la invocación de inexistencia de causa pueda eximir al deudor de cumplir. Por tanto, se trata de contratos en los que la causa está desligada de la declaración y de la promesa de cumplimiento. Por eso, afirma OSSORIO SERRANO, que todo contrato abstracto descansa en otro causal, justificando su existencia, pero el contrato dota al titular de un derecho a exigir por voluntad del deudor que así se ha obligado, sin necesidad de considerar ni justificar su causa⁵⁵¹.

No obstante, hay que considerar también la existencia de las corrientes anti-causalistas que defienden la eliminación de la causa como elemento esencial del contrato. Siguiendo a SABORIDO SÁNCHEZ, las tendencias actuales que abogan por prescindir de la causa se ven influidas en mayor medida por unas expectativas de participar en la construcción del Derecho Contractual europeo⁵⁵². Por ejemplo, INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, sostienen que “*la supresión técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad*

⁵⁵⁰ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 161-163.

⁵⁵¹ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 14, 2018, *Op. Cit.*, pág. 156-157.

⁵⁵² SABORIDO SÁNCHEZ, 2013, *Op. Cit.*, pág. 22, 24.

*al sistema*⁵⁵³. O bien, MORALES MORENO quien considera que “*la causa en este caso no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces queda oculto (no se explicita en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud*” y que “*la causa concreta no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que deben ser sometidos al control de licitud*”⁵⁵⁴. Particularmente crítica es la opinión de RAMS ALBESA, quien alude a que la referencia al objeto y a la causa permiten “*toda suerte, o casi, de retorcimientos interpretativos y favorecen la creación de una jurisprudencia errática y teorizante*”, concluyendo que “*estamos en presencia de un precepto (el artículo 1.261 del Código Civil) frustrado respecto de su concepción estructural y su vocación teleológica*”⁵⁵⁵. SABORIDO SÁNCHEZ, en una posición intermedia, opina que el vigente concepto de causa del Código Civil precisa de una cierta reestructuración, desde la nomenclatura hasta la delimitación de sus funciones y la determinación de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses del contrato⁵⁵⁶. DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, por su parte, sostienen que alrededor de la exigencia de causa, como requisito de los contratos, se mueven varios tipos de problemas: en primer lugar, la consideración como nulos de aquellos contratos en que el propósito práctico perseguido por las partes sea contrario a las leyes imperativas (artículo 1.275 del Código Civil), Según estos autores, nos encontramos en este caso ante la eficacia de la norma imperativa y que a ello se puede llegar funcionando simplemente con el artículo 6.3 del Código Civil, el cual establece que “*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. En segundo lugar, la prohibición de aquellos contratos en que el propósito perseguido por las partes resulte contrario a las normas de la moral social, no siendo el concepto técnico de causa una pieza indispensable para regular los contratos inmorales o *contra bonos mores*, que puede recibir un tratamiento autónomo, aunque no haya especial referencia a la causa. Y, en tercer lugar, relacionado con el artículo 1.277 del Código Civil (presunción *iuris tantum* de existencia de causa lícita, aunque no se exprese en el contrato), aquellas situaciones en las que la ilegalidad o la inmoralidad no se encuentren expresadas en el contrato. En estos casos, el problema también puede ser tratado sin necesidad de utilizar un concepto explícito de causa que, además, presenta el inconveniente de los distintos significados con los que se utiliza

⁵⁵³ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 32.

⁵⁵⁴ MORALES MORENO, A.M., “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2011, pág. 470.

⁵⁵⁵ MALO VALENZUELA, M. A., “Requisitos de validez del contrato en el derecho uniforme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 708, 2008, pág. 1765; RAMS ALBESA, J., “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 47.

⁵⁵⁶ SABORIDO SÁNCHEZ, P., 2013, *Op. Cit.*, pág. 28.

el concepto de causa, pues cuando se habla de causa que se opone a la moral o a las buenas costumbres, se está aludiendo a los propósitos prácticos o empíricos de las partes; mientras que cuando se habla de causa no expresada en el contrato, se hace referencia a la relación jurídica subyacente⁵⁵⁷.

Considerando los actuales elementos esenciales del contrato, cabe destacar que la PMCC y la PCC-APDC siguen el ejemplo de los textos de armonización europeos, introduciendo sustanciales modificaciones en la concepción de los elementos esenciales del contrato y poniendo el acento en el consentimiento, junto con la voluntad de llegar a un acuerdo, desapareciendo la mención a los elementos esenciales del contrato, consentimiento, objeto y causa. Si bien, la PMCC sigue manteniendo la concepción casualista del contrato, según se deduce del artículo 1.296, al establecer que la nulidad de pleno derecho de un contrato por carecer de causa o ser ésta ilícita o por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva; o del artículo 1.238 al considerar nulos los contratos sin causa o cuya causa sea contraria a la ley o a la moral. Al contrario, la PCC-APDC ha optado por no hacer referencia a la noción de causa, al considerar que sus funciones se pueden conservar sin hacer referencia expresamente a la noción de causa, determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada contrato y determinar la validez o invalidez del contrato⁵⁵⁸.

2.3. Los vicios del consentimiento.

Como se ha adelantado anteriormente, cuando un contratante no ha gozado de libertad a la hora de concluir un contrato, o cuando no ha procedido de modo consciente y deliberado, se dice que su consentimiento adolece de un vicio, el cual cuando tiene la necesaria gravedad, puede producir la ineficacia del contrato dando lugar a la anulabilidad⁵⁵⁹.

2.3.1. Error

En primer lugar, el error es el falso conocimiento que el contratante tiene de una cosa, por virtud de cuya ignorancia celebra un contrato que, de haber sabido la verdad, no habría celebrado. Este es el denominado error vicio. A este respecto, el artículo 1.266 del Código Civil dispone que *“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple*

⁵⁵⁷ Díez PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 175-176.

⁵⁵⁸ Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, *Op. Cit.*, pág. 204.

⁵⁵⁹ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 14, 2018, *Op. Cit.*, pág. 147.

error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”. De tal precepto se desprende que para invalidar el consentimiento no basta cualquier error, sino que ha de tratarse de un error esencial. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando la Sentencia de 27 de enero de 2.016⁵⁶⁰, ha establecido una serie de requisitos para que el error resulte invalidante: “a) *Que el error recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad;* b) *Que el error no sea imputable a quien lo padece;* c) *Un nexo causal entre el error y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado;* y d) *Que se trate de un error excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció mediante el empleo de una diligencia media o regular*”. De este modo, si el error afecta a condiciones que no han sido determinantes para celebrar el contrato, de tal naturaleza que aun conocidas por el contratante no le hubieran hecho desistir del contrato, tal error no invalida el consentimiento⁵⁶¹. El error, además, ha de ser excusable, es decir, la jurisprudencia⁵⁶² no protege a quien “*con el empleo de la diligencia que era exigible en las*

⁵⁶⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 23/2016, de 27 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Tercero. Este asunto trata sobre la impugnación de acciones de Bankia por parte de pequeños inversores con base en su error sobre la situación patrimonial de la entidad (la solvencia y obtención de beneficios que Bankia transmitía no se correspondía con la realidad). Se había publicado un folleto de oferta pública de acciones que contenía información no veraz, inexacta sobre aquello que debía incluir según la legislación vigente. El Tribunal Supremo entendió que el error de los demandantes –esencial y excusable– sí fue la causa de que celebraran el contrato, pues si los demandantes no hubieran incurrido en tal error sobre la situación económica de Bankia, no habrían consentido en adquirir las acciones. Y considera que: “*Esta conclusión sobre la existencia de error en el consentimiento no solo tiene apoyatura en el art. 1266 CC, sino que está en línea con lo previsto por los Principios de derecho europeo de los contratos, cuyo art. 4:103 establece: (...)*”.

Vid. También otras Sentencias en las que el Tribunal Suprema anula el contrato por error vicio en el consentimiento prestado por el demandante por incumplir la entidad bancaria demanda su obligación de informar a su cliente de forma suficiente y adecuada sobre la naturaleza y los riesgos del producto adquirido: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 24/2016, de 3 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Noveno; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 67/2017, de 2 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 120/2017, de 23 de febrero. Ponente: Excmo. Ignacio Sancho Gargallo. Fundamento Jurídico Tercero.

⁵⁶¹ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 14, 2018, *Op. Cit.*, pág. 148.

⁵⁶² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 689/2015, de 16 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Fundamento Jurídico Noveno. Esta Sentencia pone de manifiesto que: “*El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el contratado por las partes, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero*”; y, por ello, considera que en el caso concreto “*el error se aprecia claramente, en la medida en que no ha quedado probado que el cliente,*

*circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida*⁵⁶³. Como explica VERDA Y BEAMONTE, “*un error es inexcusable, cuando quien lo padece no ha empleado una diligencia regular o media para evitarlo; y excusable, cuando, por el contrario, quien lo padece ha obrado de manera diligente al celebrar el contrato, pero, aun así, no se ha percatado de su error*”. Expone este autor que, para juzgar si el que se equivocó fue, o no, diligente, habrá que examinar sus circunstancias

que no es inversor profesional, recibiera esta información clara y completa sobre los concretos riesgos”.

⁵⁶³ Es de destacar también la explicación de los requisitos que hace el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 626/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo: “*(...) En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca la consideración de tal. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura, no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo -sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas-, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato -artículo 1261, ordinal segundo, del Código Civil-. Por otro lado, de existir y haberse probado, el error debería ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones -respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias -pasadas, concurrentes o esperadas- y que es en consideración a ellas que el contrato se les presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del negocio jurídico, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta el riesgo de que sean acertadas o no las representaciones que, al consentir, se hizo sobre las circunstancias en consideración a las cuales le había parecido adecuado a sus intereses quedar obligado. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos -sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras-. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos en el desenvolvimiento de la relación contractual resulten contradictorios con la reglamentación creada. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Repetimos que el error vicio exige que la representación equivocada se muestre para quien la efectuó como razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Por otro lado, el error ha de ser excusable. La jurisprudencia -sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo- exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta de quien se presenta como ignorante o equivocado, negándole protección cuando, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en esa situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida*”.

personales, como su edad, nivel de instrucción o profesión. Por ejemplo, que quien compra un terreno, creyendo que se puede edificar sobre él, sea un constructor o, por el contrario, una persona sin conocimientos en este sector de la economía⁵⁶⁴.

Por su parte, FENOY PICÓN define el error vicio como una falsa representación de la realidad; de modo que, si el que erró, hubiera sabido cómo era cuando la celebración del contrato, no lo habría celebrado, o lo habría hecho en términos esencialmente distintos a como lo hizo (problema en la formación de la voluntad). El error fue la causa de que se celebrara el contrato. VERDA Y BEAMONTE lo define como “*una falsa representación mental de la realidad, que puede recaer sobre la persona del otro contrayente (o sus cualidades) o sobre el objeto del contrato o las cualidades de este*”⁵⁶⁵. Como señala Díez Picazo⁵⁶⁶, el error es el “*elemento básico o esencial del negocio que principalmente hubiese dado motivo a celebrarlo*”. Según este autor, el problema es determinar en cada caso los criterios para determinar el carácter esencial del error. En un principio, se optó por una teoría subjetivista que, no obstante, no estaba exenta de dificultades, toda vez que los móviles determinantes de la voluntad de las partes pueden ser muy variados y no haber llegado a ser conocidos por la otra parte. Por ello, se ha tratado de seguir otros dos caminos, que pueden utilizarse conjuntamente y que son, por un lado, el recurso a los criterios seguidos en cada rama determinada del comercio; y, por otro, la remisión de la apreciación subjetiva del carácter esencial del error a los motivos o finalidades perseguidas, cuando de algún modo, han quedado incorporados al contrato o han constituido la causa concreta del mismo⁵⁶⁷.

En cuanto al error sobre la persona, dice Pacheco Gallardo que, tradicionalmente, los contratos implicaban una relación de confianza (*intuitu personae*) entre los contratantes (sociedad, mandato, etc.) o conllevaban necesariamente una previa valoración, por parte de uno de ellos, de las habilidades o aptitudes de quien fuera a ejecutar la prestación (contratos de obra, de arrendamiento de servicios) objeto del contrato. En esos supuestos, se incurre en error sobre la persona cuando aquél recae sobre la identidad o cualidades personales con base en cuya consideración se ha celebrado el contrato. No obstante, este tipo de error puede tener eficacia invalidante en todo tipo de contratos, siempre que la consideración de la otra parte contratante haya sido erróneamente valorada de forma esencial y excusable⁵⁶⁸. Si bien, admite Lasarte, la

⁵⁶⁴ VERDA Y BEAMONTE, J.R., 2019, *Op. Cit.*, pág. 209.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, pág. 207.

⁵⁶⁶ Díez-Picazo, L., 2007, *Op. Cit.*, pág. 215.

⁵⁶⁷ FENOY PICÓN, N., “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, *ADC*, tomo LXX, II, 2017, pág. 642, 648.

⁵⁶⁸ PACHECO GALLARDO, M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 10.

eficacia anulatoria del error sobre la persona tienen en la práctica un campo de aplicación limitadísimo fuera de los contratos *intuitu personae*⁵⁶⁹.

Además, la jurisprudencia también ha acogido la categoría de error obstativo o error en la declaración, no regulada expresamente en el Código Civil, y que designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales⁵⁷⁰.

2.3.2. Violencia e intimidación

A diferencia de lo que sucede con el error que directamente afecta al conocimiento, la violencia recae sobre la voluntad, en cuanto que un contratante emite una declaración de voluntad no querida por él. Señala QUIÑONES ESCÁMEZ que en el Código Civil español la noción de violencia está arraigada en la idea clásica de arrancar el consentimiento por intimidación⁵⁷¹. Se puede distinguir entre violencia física o violencia moral (intimidación), que puede provenir de la otra parte contratante o incluso de un tercero que no intervenga en el contrato (artículo 1.268 del Código Civil). Dice el párrafo primero del artículo 1.267 del Código Civil que “*Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible*”. Afirma OSSORIO SERRANO que la violencia en esos términos, es poco susceptible de producirse, y cuando se produzca como realmente irresistible, produce no un vicio del consentimiento, sino una total ausencia del mismo. Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 1.267 del Código Civil dispone que “*Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona*

⁵⁶⁹ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 23.

⁵⁷⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 351/2001, de 10 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo. Fundamento Jurídico Cuarto. Esta Sentencia diferencia claramente entre error vicio y error obstativo al indicar que: “*es preciso establecer una sustancial diferencia entre el error-vicio de la voluntad, regulado en el artículo 1266 del Código Civil, el cual provoca la anulabilidad de los contratos, que únicamente puede ser instada por los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos -salvo que sean quienes han producido dicho error- y el error obstativo, con el que se designa la falta de coincidencia inconsciente entre la voluntad correctamente formada y la declaración de la misma, divergencia que excluye la voluntad interna y hace que el negocio sea inexistente por falta de uno de sus elementos esenciales*”.

En el mismo sentido, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 18/2016, de 2 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 478/2012, de 13 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamento Jurídico Quinto.

⁵⁷¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Capítulo I.5. El Derecho Contractual Francés (2016)”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 22.

o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes". Resulta del precepto anterior que para que la intimidación constituya causa suficiente para invalidar el consentimiento, la amenaza en que consista ha de ser lo suficientemente grave para que pueda producir la anulabilidad del contrato. Para valorar la gravedad de una amenaza, continúa el artículo 1.267, "*debe atenderse a la edad y a la condición de la persona*". Asimismo, ha de consistir la intimidación en la amenaza de un mal inminente, esto es, próximo, inmediato. Según OSSORIO SERRANO, si se amenaza con un mal que ha de producirse después de un largo periodo de tiempo, no cabe hablar de vicio del consentimiento, pues entonces la reacción normal del amenazado no es la de someterse y prestar el consentimiento ante una amenaza remota, ni puede admitirse que tal consentimiento se haya prestado únicamente para evitar aquel mal lejano⁵⁷². Por su parte, apunta el Tribunal Supremo que para que la intimidación invalide lo convenido, "*es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el sujeto intimidado y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad*". Por consiguiente "*se exige fundamentalmente la existencia de amenaza de un mal inminente y grave que influya sobre el ánimo de una persona induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses*"⁵⁷³. De este modo, no se protege el denominado temor reverencial, tal y como establece el último párrafo del artículo 1.267: "*El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato*". Como dice LASARTE, el temor reverencial no es relevante para el Derecho, es decir, "*las personas a quienes se debe sumisión y respeto pueden dar origen a intimidación; pero, mientras no lo hagan, el contrato celebrado bajo temor reverencial será válido y eficaz*"⁵⁷⁴.

⁵⁷² OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 14, 2018, *Op. Cit.*, pág. 149-150.

⁵⁷³ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 81/2012, de 20 de febrero. Ponente: Excm. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Fundamentos Jurídicos Cuarto. Concretamente, esta Sentencia no estima la existencia de intimidación, pues considera que "*no estamos ante una auténtica amenaza injusta o ilícita de paralización de las líneas de producción que pudo ser determinante de la declaración de voluntad. La sentencia no tiene como probado ningún hecho del que pueda deducirse que aquella era probable, ni cabe confundir el apremio de una situación determinada, creada por la propia demandante, con los actos coactivos (S. 16 julio 1991), si no se dan los requisitos exigidos por la Jurisprudencia (S. 5 abril 1993) a saber: amenaza injusta o ilícita, temor racional y fundado, mal inminente y grave y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado*".

⁵⁷⁴ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 26.

2.3.3. Dolo

Por otra parte, *“Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”* (artículo 1.269 del Código Civil). Además, el artículo 1.270 exige que *“Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes”*. Por tanto, *“El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”*, es decir, el dolo que recae sobre una parte no esencial del contrato, de modo que el contratante perjudicado habría celebrado el contrato igualmente, pero en distintos términos. El Tribunal Supremo define el dolo como *“aquella estratagema que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se pone se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él”*, exigiendo la concurrencia de las siguientes circunstancias para que un contrato se entienda viciado por dolo: *“a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe”*⁵⁷⁵. Según DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, puede decirse que el dolo es un acto o una serie de actos antijurídicos utilizados por una persona para obtener como resultado que otra emita el consentimiento necesario para la formación del contrato, de forma que para que haya dolo es necesario que exista un acto ilícito consistente en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas llevado a cabo como producto de la astucia, la maquinación o el artificio, empleado con el fin de engañar a otra persona. El dolo se caracteriza así, por el propósito de engañar y el resultado del engaño que se obtiene. Y, además, la apreciación del dolo no exige que el error de la parte afectada sea excusable, es decir, un error inexcusable es base suficiente para la anulación del contrato, porque como señala el Tribunal Supremo la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada, es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en

⁵⁷⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2010, de 16 de febrero. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto. Esta Sentencia trata de la compraventa de acciones de una sociedad anónima cuyo único bien era una finca, declarándose nula dicha compraventa por dolo del comprador. Éste mantenía una relación sentimental con la vendedora y como encargado de gestionar su patrimonio le recomendó la venta de las acciones por un precio muy inferior al de la finca, siendo él el verdadero comprador aunque actuase por medio de sociedades interpuestas. Es interesante destacar que el Tribunal sostiene que *“el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo”*.

el doloso pretexto de la confianza ajena⁵⁷⁶. La jurisprudencia⁵⁷⁷ también admite la existencia del denominado dolo omisivo o reticencia dolosa en aquellos casos en que el silencio pueda ser considerado como maquinación o astucia que induzca a la otra parte a contratar⁵⁷⁸; incluyendo dentro de estos casos, en algunas ocasiones, situaciones de abuso de debilidad, confianza o dependencia⁵⁷⁹.

A diferencia de lo que sucede en el caso de violencia e intimidación, es necesario, para que el dolo anule el consentimiento, que provenga de la otra parte contratante, de modo que el dolo empleado por un tercero, no es causa de nulidad del contrato⁵⁸⁰. En este sentido, el Tribunal Supremo establece que el error que comporta el dolo queda también particularizado respecto de la noción general del error, pues es consecuencia de una intención de engañar a la otra parte contratante y provocar una injusta vinculación obligacional que, por lo general, le será

⁵⁷⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia de 26 de octubre de 1981. Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas. El Tribunal Supremo afirma que: “(..) *la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada (en el recurso se habla de «candidez»); es decir, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el doloso pretexto de la confianza ajena, calificando a ésta de ingenuidad («simplicitas») como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados, concepto o conductas que no pueden equipararse a los de diligencia o negligencia (y ahí sí que vigilatibus non durmientibus iure succurrunt) como pautas que el Derecho ha de valorar otorgando su protección al hombre cuidadoso frente al negligente (...)*”.

⁵⁷⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 2798/2007, de 11 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Fundamento Jurídico Segundo. Apunta esta Sentencia que: “*Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-98), de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (STS 19-7-06)*”.

⁵⁷⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 229.

⁵⁷⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 658/2011, de 28 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. El Tribunal estima la actuación dolosa de los donatarios que determina la nulidad del consentimiento prestado por la donante. El hijo de la actora, demandado, actuando por sí y en favor de sus hijos, también demandados, acudió a la Notaría aportando la documentación necesaria para la preparación de las escrituras de donación y precisando cuáles eran los inmuebles donados por su madre, todo ello sin contar con la voluntad y el consentimiento de esta, que convencida de que se trataba de la donación a su hijo de un solo inmueble se vio sorprendida cuando, ya en la Notaría, se encuentra con la presencia de sus nietos y con el hecho de que las escrituras preparadas se referían a otros inmuebles y habían de otorgarse no sólo a favor de su hijo sino también de sus nietos; situación de sorpresa que, ante la presión que imponían las circunstancias configuradas conscientemente por el hijo con tal finalidad, le llevó a prestar un consentimiento que evidentemente estaba viciado, teniendo en cuenta que la demandante era una persona de avanzada edad y dependiente y que por ello careció en su momento de la voluntad necesaria para hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la donación, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia de 27 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Carretero Pérez.

⁵⁸⁰ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 14, 2018, *Op. Cit.*, pág. 151-152.

claramente perjudicial. Esta nota de antijuridicidad que acompaña al dolo determina, a su vez, que la reacción del ordenamiento jurídico se centre en la protección del contratante engañado permitiendo, entre otras medidas de protección, la consecuente nulidad del contrato celebrado⁵⁸¹. Por tanto, apuntan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que el dolo causado por un tercero no es vicio del consentimiento contractual y que existiría contra tal tercero una acción de resarcimiento de daños y perjuicios. Sin embargo, no es fácil definir quiénes son terceros en relación con la producción de los vicios del consentimiento o de la causa de anulación del contrato. Por eso, para que pueda hablarse de tercero en esta materia es necesario que se trate de persona que no haya tenido ninguna intervención en el contrato, que no sea parte en él como contratante, que no sea tampoco beneficiario de la estipulación, ni representante, mandatario o agente, ni tampoco cómplice o auxiliar del contratante⁵⁸².

En definitiva, en aquellos casos en que concurra un vicio del consentimiento, la parte perjudicada podrá ejercer la acción de anulación del contrato, conforme al artículo 1.300 del Código Civil. Hay que tener en cuenta que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado (artículo 1.309 del Código Civil). Indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la idea de confirmación de los contratos anulables se entiende perfectamente si se parte de la idea de que la anulación es una medida puesta a disposición de la parte que ha sufrido la causa de anulación y que trata de proteger sus intereses. Por tanto, si la norma está puesta a su disposición puede adoptar justamente la solución contraria. Además, para que la confirmación sea válida, el confirmante debe encontrarse en una situación que le faculte para actuar libremente, es decir, que la causa de nulidad haya cesado, tal y como establece el artículo 1.311 del Código Civil cuando se refiere a la confirmación tácita *“La confirmación puede hacerse expresa o tácitamente. Se entenderá que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad, y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo”*⁵⁸³.

En cuanto a los efectos de la anulación, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (artículo 1.303 del Código Civil). Siempre que el

⁵⁸¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 505/2015, de 29 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo. El Tribunal apunta que en esta línea se desenvuelven también los PECL, no sólo en la distinción del dolo como causa preeminente del vicio del consentimiento, sino también en la exclusión de la autonomía de la voluntad en orden a modular las consecuencias de la anulación, por error o información incorrecta, cuando dicha previsión resulte contraria a los postulados de buena fe y lealtad a la palabra dada; caso del dolo que nos ocupa.

⁵⁸² DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 236.

⁵⁸³ *Ibid.*, pág. 239-240.

obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha (artículo 1.307 del Código Civil). Según DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, la regla del cálculo del valor de las cosas para proceder a la restitución es discutible, pues tal valor ha de calcularse en el momento en que las cosas se perdieron, y sería más lógico el cálculo de un valor actual⁵⁸⁴.

2.4. Formación del contrato.

En cuanto a los tratos preliminares a la conclusión del contrato, el Código Civil español no contiene una regulación general del precontrato, por lo que en principio no está sujeto a los requisitos de forma o de capacidad del contrato definitivo. No obstante, DÍEZ-PICAZO ha señalado que se debe exigir la capacidad requerida por el contrato definitivo. Como en cualquier otro contrato, el precontrato debe tener un objeto lícito, posible y determinado o determinable y una causa lícita, existente y veraz. LASARTE, por su parte, destaca que los tratos preliminares pueden tener importancia para el Derecho, porque pueden coadyuvar a la interpretación del contrato; también porque, en determinados casos de ruptura, pueden dar origen a responsabilidad, calificada como “responsabilidad precontractual”⁵⁸⁵. En cuanto al nacimiento de este tipo de responsabilidad por ruptura de tratos preliminares, DÍEZ-PICAZO apunta que son necesarios los siguientes cuatro elementos: (i) la creación de una confianza razonable en la conclusión del contrato⁵⁸⁶; (ii) el carácter injustificado de la ruptura de las negociaciones; (iii) la producción del daño en el patrimonio de una de las partes; y, (iv) la relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. De la misma forma que en el Derecho Contractual francés como más adelante se verá, la doctrina jurisprudencial y científica entienden que no se deba indemnizar el interés positivo o interés en la ejecución del contrato, sino sólo el interés negativo, esto es, los gastos en que ha incurrido el sujeto por la frustración del contrato causada injustamente por el comportamiento del otro⁵⁸⁷. La tesis mayoritaria en nuestra doctrina

⁵⁸⁴ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 242.

⁵⁸⁵ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 62.

⁵⁸⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 40/2016, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. En esta Sentencia se desestima la acción de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada por la cesionaria frente a la cedente por la ruptura injustificada de las negociaciones. No se estima la existencia de mala fe o dolo en la conducta de la parte cedente causante de la frustración de la cesión. Tampoco generó una confianza legítima sobre la continuidad del negocio inmobiliario proyectado.

⁵⁸⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1091/1999, de 16 diciembre, Rec. 147/1995. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Fundamento Jurídico Primero. Esta Sentencia pone de relieve que los denominados “tratos preliminares” se definen como “*el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y «ad lateres» realizan con el fin de discutir y preparar un contrato*”. Asimismo, apunta que de dichos tratos preliminares puede derivarse una responsabilidad precontractual, cuyos perjuicios deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo.

considera la responsabilidad precontractual como un supuesto de responsabilidad extracontractual (DÍEZ-PICAZO, ASÚA GONZÁLEZ, MORENO QUESADA)⁵⁸⁸; pues, como sostiene ALBALADEJO, el desistimiento durante los tratos previos a la conclusión de un contrato no puede perjudicar a la otra parte, pero puede hacer perjudicial un hecho que no lo hubiese sido si el contrato se hubiese concluido, porque tal conclusión le habría dado su razón de ser (por ejemplo, los gastos que se hicieron por una de las partes con vistas a celebrar el contrato). Entonces, en el caso de que el conjunto de la actuación de la parte que se retira de los tratos, pueda ser considerada como acto ilícito, está obligada a reparar el daño a tenor el artículo 1.902 del Código Civil. Por consiguiente, la ruptura injustificada de los tratos previos a la celebración de un contrato es sólo un caso más de culpa extracontractual⁵⁸⁹. Si bien, también hay autores que proponen encontrar la base del establecimiento de este tipo de responsabilidad en los principios más generales del Derecho o que propician la elaboración de un tercer género de responsabilidad civil entre la contractual y la aquiliana, como ALONSO PÉREZ Y MANZANARES, quien intenta superar la opinión generalizada de considerar este supuesto de responsabilidad incluido en el más amplio concepto de responsabilidad civil extracontractual contemplado en el artículo 1.902 del Código Civil⁵⁹⁰.

Respecto a la formación del contrato, el artículo 1.262 del Código Civil, párrafo primero, establece “*El consentimiento se manifiesta, por quien tiene capacidad para ello, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*”. Se exige que el concurso de la oferta y la aceptación, como requisitos indispensables para la perfección del contrato, han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contratantes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma; no pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra se hacen de un modo impreciso, reservado, condicionado e incompleto, o cuando lo que se formula es una contra-oferta⁵⁹¹, es decir, se exige la estricta concordancia de la aceptación con los términos en que se ha formulado la oferta⁵⁹². Así, entre los requisitos

⁵⁸⁸ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 45, 69, 71, 75.

⁵⁸⁹ ALBALADEJO, M., 2004, *Op. Cit.*, pág. 378.

⁵⁹⁰ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones, Vol I. Parte general. Teoría General del Contrato*, Dykinson, 2003, pág. 379.

⁵⁹¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 423/1996, de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. Fundamento Jurídico Segundo. En esta Sentencia, el Tribunal analiza la existencia de un pacto de compraventa, entendiendo en aplicación del artículo 1.262 en relación con el artículo 1.261 del Código Civil que no se declara probada su existencia por no constar aceptación de una de las partes.

⁵⁹² LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

objetivos que debe cumplir la oferta suele destacarse la exigencia de que sea completa, de modo que contenga los elementos del futuro contrato o, al menos, los esenciales, para que no se precisen posteriores acuerdos entre las partes para dar nacimiento al contrato⁵⁹³. En este sentido, la regla de la perfecta concordancia entre oferta y aceptación se ha ido relajando, admitiendo la jurisprudencia⁵⁹⁴ que la aceptación constituye una contraoferta sólo si modifica sustancialmente los términos de la oferta.

Por su parte, la jurisprudencia establece que la revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta⁵⁹⁵. Así, una parte de la doctrina (como Díez-PICAZO o ALBALADEJO)⁵⁹⁶ ha mantenido el principio de libre revocabilidad de la oferta, en tanto no haya recaído aceptación. Mientras que ha habido otros autores (como PUIG BRUTAU o CASTÁN TOBEÑAS)⁵⁹⁷ que han venido defendiendo la eficacia vinculante de la oferta al menos durante un tiempo mínimo para que produjese sus efectos y el destinatario pudiese emitir, en su caso, su respuesta⁵⁹⁸. O bien, en particular, se ha mantenido que en el caso de que la oferta se haya hecho al público en general o mediante carta u otro medio de correspondencia, el oferente debe quedar vinculado por su propuesta durante un tiempo prudencial en el que razonablemente podría llegar la aceptación⁵⁹⁹. Por su parte, el artículo 1.247 de la PMCC parece decantarse más por la primera corriente (libre revocabilidad de la oferta), estableciendo casos tasados sobre la consideración de la oferta como irrevocable en el artículo 1.248 de la PMCC. Regulación similar se establece en el artículo 522-7 de la PCC-APDC.

⁵⁹³ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 23.

⁵⁹⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 385/2001, de 20 de abril. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez. Fundamento Jurídico Tercero. Esta Sentencia dispuso que: “*La recepticia declaración de voluntad que supone la aceptación emitida por el destinatario de la oferta, manifestando su conformidad con la misma, requiere una correspondencia sustancial con la oferta*”.

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia de 25 de marzo de 1998, Recurso núm. 853/1994, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López. Fundamento Jurídico Primero.

⁵⁹⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 506/2013, de 17 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena. Fundamento Jurídico Undécimo. Es interesante destacar que en esta Sentencia se interpreta la revocación de la oferta en el mismo sentido que el artículo 2:202 de los PECL, artículo 16.1 de la CVCIM o artículo 2.1.4.1 de los Principios UNIDROIT.

⁵⁹⁶ Díez-PICAZO, L., 2007, *Op. Cit.*, pág. 341; ALBALADEJO, M., 2004, *Op. Cit.*, pág. 409.

⁵⁹⁷ PUIG BRUTAU, J., 1971, *Op. Cit.*, pág. 196; CASTAN TOBEÑAS, J., 1992, pág. 710-711.

⁵⁹⁸ RUIZ ARRANZ, A. I., 2018, *Op. Cit.*, pág. 1410.

⁵⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., 2003, *Op. Cit.*, pág. 376.

Ahora bien, indica LARA AGUADO que averiguar la intención de contratar del oferente no deja de ser una cuestión de interpretación, que puede resolverse, bien optando por una interpretación subjetiva (que busca la voluntad interna o real del declarante, teniendo en cuenta lo que hay en la mente del que hace la declaración), o a través de una objetiva (que atiende al sentido común que razonablemente atribuyen a las palabras o conductas los destinatarios de las declaraciones, protegiendo así sus expectativas y la confianza que aquéllas han generado en la contraparte). Aplicando una línea de interpretación u otra, se puede llegar a resultados contrapuestos, pues la protección del destinatario puede llevar a concluir que existe una oferta susceptible de generar un contrato no querido por el oferente. En este sentido, el Código Civil español se decanta más por una interpretación subjetiva, de modo que su regla básica consiste en que nadie quedará vinculado por un contrato que no ha tenido intención de concluir (artículo 1.282)⁶⁰⁰.

En cuanto al momento de perfección del contrato, es interesante destacar que, a nivel comparado, pueden encontrarse diversas teorías: en primer lugar, la teoría del conocimiento, que entiende que el contrato queda perfeccionado cuando el primitivo oferente conoce la aceptación del otro. No obstante, esta teoría plantea el problema de que pueda darse un fraudulento proceder por parte del oferente, de forma que intensase retrasar en su propio beneficio la perfección del contrato no abriendo, por ejemplo, la carta en que se supone contenida tal aceptación. Lo anterior se solventa con la teoría de la recepción que se establece en el propio artículo 1.262 del Código Civil, al disponer que “*hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe*”, es decir, el contrato se entiende perfeccionado desde que el oferente recibe la aceptación, aunque todavía no la conozca (en el mismo sentido se establece en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.250 de la PMCC: “*La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente (...)*”, o en el artículo 522-13 de la PCC-APDC “*Se considera perfeccionado el contrato en el momento en que la aceptación remitida por el destinatario de la oferta llega al oferente, entendiéndose que la llegada se produce cuando se ha puesto a su disposición en el lugar que tenga designado para ello, en su establecimiento o en su domicilio*”)⁶⁰¹. Esta teoría traslada al oferente la diligencia de conocer

⁶⁰⁰ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25.

⁶⁰¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 552/2010, de 17 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento Jurídico Tercero. Esta Sentencia expone que el acto de ejercicio del derecho de opción es una declaración unilateral recepticia, y para que sea eficaz, si otra cosa no se pactó, debe ser conocida por el concedente dentro del plazo fijado o, alternativamente, también será eficaz cuando habiéndose remitido al concedente dentro del expresado plazo, el destinatario no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe, por haber llegado a su círculo de interés. Se estima por tanto válido el ejercicio del derecho de opción por el optante en el plazo pactado, aunque el conocimiento de dicho ejercicio por el concedente se produjese transcurrido el mencionado plazo, por haberse ausentado del domicilio en el que debía notificarse el ejercicio del derecho. El Tribunal, en su interpretación del artículo 1.262 del Código Civil hace referencia tanto a la PMCC como a los PECL:

el contenido de la comunicación; de modo que, aunque el oferente no tenga un conocimiento real y efectivo de la aceptación, las consecuencias son las mismas que si hubiera conocido la declaración de voluntad y el contrato se hubiera formado. Por eso, consigue un mayor equilibrio en cuanto al riesgo de incertidumbre entre las partes. Por otro lado, también puede tener lugar la conclusión del contrato mediante la denominada teoría de la declaración o emisión, es decir, el contrato se perfecciona en el momento en que el destinatario de la oferta emite su propia declaración de voluntad aceptándola, siendo el oferente el que corre con los riesgos. Con ello se trata de atender a las demandas de agilidad del tráfico comercial. No obstante, esta teoría tan extrema no suele tener acogida, ya que desconoce el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad y resultaría injusto que el oferente quede vinculado, sin que el aceptante haya realizado ningún acto para comunicar su intención⁶⁰². Por ello, aparece también la teoría de la expedición, la cual exige no sólo que el aceptante emita la declaración de voluntad de aceptación, sino que se desprenda de ella y la expida, porque con la expedición ha hecho todo cuanto estaba en su mano para que fuera conocida por el proponente⁶⁰³. Siguiendo a LARA AGUADO, todas las teorías tratan de proteger las expectativas de las partes sobre la perfección del contrato, pero, sea cual sea la teoría que se adopte, siempre hay un período de tiempo en el que una de las partes no es consciente de que el contrato se ha perfeccionado⁶⁰⁴.

2.5. Incumplimiento del contrato.

Como señala la PMCC de 2.009 en el Apartado VIII de su Exposición de Motivos, el tratamiento de los incumplimientos contractuales ha resultado ser especialmente insuficiente, no sólo en el Código Civil español, sino también en otros ordenamientos europeos, careciendo de una definición de incumplimiento en general y de un tratamiento sistemático de los remedios y acciones que frente a los incumplimientos puede ejercitar quien los padece.

“51. No parece inútil mencionar que en el mismo sentido apunta el artículo 1250 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009: "La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente" y que "La aceptación no surtirá efecto cuando no llegue dentro del plazo fijado en la oferta; o si no hubiese fijado ninguno, dentro del que resulte razonable por las circunstancias de la negociación y las características de los medios de comunicación empleados por el oferente", y que también se orienta en este sentido el número 1 del artículo 2:205 de los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos: "Si el destinatario de la oferta comunica su aceptación, el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente", lo que complementa el número 1 del artículo 2.206: "Para que la aceptación de una oferta tenga efecto, debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él"”.

⁶⁰² LARA AGUADO, A., “Capítulo II.13. La responsabilidad precontractual en Derecho comparado”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 7.

⁶⁰³ Díez PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 188.

⁶⁰⁴ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 8.

En este sentido, siguiendo a PÉREZ VELÁZQUEZ, no existe en el Código Civil español una definición de incumplimiento y, además, no todas las insatisfacciones del interés del acreedor reciben un mismo tratamiento, puesto que coexisten la regla general del artículo 1.101, junto con los regímenes especiales aplicables sólo a determinados tipos de contratos, como por ejemplo: el saneamiento en los contratos de compraventa (artículos 1.474 a 1.499), la responsabilidad decenal de contratistas y arquitectos (artículo 1.591), del comodatario (artículos 1.744 a 1.746), del depositario (artículos 1.766, 1.767 y 1.769), de los fondistas y los mesoneros (artículos 1.783 y 1.784). Precisamente, señala MORALES MORENO que el sistema español carece de un concepto unitario de incumplimiento y no considera como tales los supuestos especiales, como el saneamiento. Ese carácter fragmentario determina complejidad, lo cual da lugar a sutiles diferencias en la delimitación de supuestos, diferencias que conducen a fomentar la discrecionalidad judicial⁶⁰⁵. Y no sólo eso, sino que existen en el sistema español distintos remedios que se encuentran dispersos sin ningún tipo de orden y desconectados los unos de los otros⁶⁰⁶.

Así, en primer lugar, la resolución por incumplimiento se encuentra regulada en el artículo 1.124 del Código Civil como sigue: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo (...)”*.

No obstante, como afirma SAN MIGUEL PRADERA, la regulación que recibe esta figura ha resultado ser insuficiente y ha planteado importantes problemas en su aplicación, dando lugar a abundante doctrina y jurisprudencia y no precisamente unánime⁶⁰⁷. Siguiendo a esta autora, de la lectura de este precepto se extraen dos conclusiones: por un lado, producido el incumplimiento, el acreedor ha de optar entre la resolución (si el incumplimiento reúne las características exigidas para que se trate de un incumplimiento resolutorio) o el cumplimiento

⁶⁰⁵ MORALES MORENO, A.M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, 2006, pág. 25.

⁶⁰⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 40, 41.

⁶⁰⁷ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., “La Resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, IV, 2011, pág. 1690.

del contrato; y, por otro, la resolución por incumplimiento es compatible con una indemnización que cubra el interés contractual positivo o interés de cumplimiento⁶⁰⁸.

Además, la jurisprudencia ha venido admitiendo también el incumplimiento resolutorio previsible o anticipado (lo que en la terminología anglosajona utilizada en los textos de los movimientos unificadores del Derecho se ha denominado *anticipatory non-performance*) que puede tener trascendencia resolutoria al igual que si fuera un incumplimiento actual al facultarse al contratante cumplidor a resolver cuando antes del vencimiento del plazo contractual resulta patente que el deudor incurrirá en un incumplimiento esencial. Esta posibilidad se incluyó, de hecho, en el párrafo segundo del artículo 1.200 de la PMCC: “*También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto*”⁶⁰⁹.

Por tanto, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá optar por diferentes remedios, lo que se conoce como *ius variandi*⁶¹⁰. No obstante, el *ius variandi* no es ilimitado, pues si el

⁶⁰⁸ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., 2011, *Op. Cit.*, pág. 1692-1693.

⁶⁰⁹ En este sentido, el Tribunal Supremo español explica que “*En el caso de que las obligaciones recíprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado. Pero en ocasiones, entre ellas cuando es evidente que el obligado incumplirá de forma esencial porque existe certidumbre objetiva de que el obligado no va a cumplir porque no quiere y así lo ha declarado*” remitiéndose tanto a la CVCIM, como a los PECL y PMCC: “25. *En este sentido apuntan el art. 49 CIM a cuyo tenor "1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato: [...] b) En caso de falta de entrega, si el vendedor [...] declara que no efectuará la entrega dentro del plazo [...]"*; el segundo párrafo del art. 1200 ALM dispone que “[t]ambién podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto” y el art. 9:304 PDE, a cuyo tenor “[c]uando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato”. 26. *Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento -en el caso de la promotora podía buscar otro comprador y la compradora recuperar lo pagado a cuenta y adquirir otras viviendas-, y de hecho el art. 1211 ALM dispone que “[n]o responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe [...]"*, y el artículo 9:505(1) PDE que “[l]a parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables”; en Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, de 26 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento Jurídico Segundo.

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia 511/2013, de 18 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena. Fundamento Jurídico Decimotercero.

⁶¹⁰ Conviene traer a colación la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre los efectos resolutorios del incumplimiento en contratos de compraventa, y en concreto la Sentencia núm. 537/2012, *Cit.*, que fija una doctrina, después reiterada en posteriores Sentencias: de 6 de marzo de 2013, 6 de marzo de 2013, 11 de marzo de 2013, 20 de marzo de 2013; y, Sentencias núm. 398/13,

perjudicado opta por el cumplimiento y éste resulta imposible, todavía puede pedir la resolución. En cambio, si opta por la resolución, como regla general, no puede exigir luego el cumplimiento⁶¹¹.

Por otro lado, y a tenor del artículo 1.124 antes transcrito, habrá que analizar qué clase de incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato. En este sentido, la doctrina tradicional y la jurisprudencia venían exigiendo el incumplimiento culpable como fundamento de la resolución. Esto es, el Tribunal Supremo exigía por parte del incumplidor una “voluntad obstativa al incumplimiento”. Sin embargo, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia⁶¹² mantienen que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. De este modo, se ha superado la concepción subjetivista y se entiende que el artículo 1.124 del Código Civil no distingue sobre imputabilidad o no del incumplimiento y la referencia a la imposibilidad en su párrafo segundo puede aludir mejor a la fortuita que a la culpable. Por tanto, la doctrina mayoritaria opta por un modelo objetivo de calificación del incumplimiento contractual⁶¹³, como se pone de manifiesto asimismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hace tiempo (como por ejemplo en su Sentencia de 11 de noviembre de 2.003⁶¹⁴ o en su Sentencia

399/13, 400/13 y 401/13, todas de fecha 10 de junio de 2013 y 9 de octubre de 2013, entre otras. En concreto, la referida Sentencia de 10 de septiembre de 2012 expone, en su Fundamento Jurídico Tercero, su doctrina sobre el artículo 1.124 del Código Civil, entendiéndolo al respecto que la resolución por incumplimiento constituye un remedio de carácter excepcional, frente al principio de conservación del negocio, por lo que la jurisprudencia ha entendido exigible, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un “interés jurídicamente atendible”. Mediante esta expresión se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo, contrario a la buena fe o incluso doloso que puede tener el ejercicio de la facultad resolutoria del contrato cuando se basa en un incumplimiento aparente que no responde a la realidad de las cosas, cosa que ocurre cuando el incumplimiento alegado no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales o encubre el simple deseo de aprovechar la oportunidad de concertar un nuevo negocio para obtener mayores beneficios.

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 430/2017, de 7 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶¹¹ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., 2011, *Op. Cit.*, pág. 1695.

⁶¹² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 651/2016, de 4 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 77/2018, de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo.

⁶¹³ PÉREZ GURREA, R., “El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 752, 2015, pág. 3685.

⁶¹⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1037/2003, de 11 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo. En este asunto, las partes habían celebrado un contrato de promesa bilateral de compraventa. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias declaró nulo el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Mogán que había aprobado el planeamiento necesario para ejecutar la urbanización en cuyo seno se iban a construir las unidades de alojamiento objeto del convenio suscrito

de 11 de mayo de 2.007⁶¹⁵), así como en sus Sentencias más actuales⁶¹⁶, al establecer que ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1.124 del Código Civil aparece como requisito para el ejercicio de las facultades que el precepto concede al acreedor que el incumplimiento del deudor haya obedecido a una voluntad deliberadamente rebelde del mismo, bastando para la aplicación de sus normas que, realmente se haya frustrado el contrato para la otra parte. Es decir, no se exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución.

Además, como se ha adelantado, el incumplimiento debe tener entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato. De este modo, el Tribunal Supremo ha ido acuñando la categoría de “incumplimiento esencial”, inspirada en el Derecho Contractual uniforme

por las partes. De este modo, el contrato objeto de la Litis devino imposible, por la imposibilidad legal de edificar en los terrenos en que se había proyectado construir las unidades objeto del contrato, sin mediar un comportamiento doloso o culposo de la parte demandada. Apunta el Tribunal que no puede ser exigido al deudor un cumplimiento que ha devenido imposible, pero, en aras de la buena fe y de la equidad y con el fin de evitar un enriquecimiento injusto, si le incumbe proceder a la devolución de las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido del otro contratante.

⁶¹⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 631/2007, de 31 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. Este asunto trata sobre la conclusión de un contrato de permuta entre las partes. Al suscribir el expresado documento, ambas partes se hicieron entrega respectivamente de los inmuebles objeto de la permuta, pactándose que la firma de las escrituras tendría lugar en una fecha concreta. No obstante, la parte demandada incumplió su obligación de elevar a escritura el contrato de permuta; y ello, pese a los requerimientos de la parte actora. Por ello, se califica por la Audiencia –y se confirma por el Tribunal Supremo– que tal incumplimiento tiene el carácter de esencial, por cuanto ello responde a la falta de título de propiedad suficiente por parte de las demandadas; y, además, comporta la imposibilidad de acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad con las consecuencias negativas que ello comporta para el adquirente. De este modo, en este caso, el incumplimiento resulta objetivamente imputable a la parte demandada.

⁶¹⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 430/2017, *Cit.*, Fundamento Jurídico Cuarto: “*En el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre las lógicas expectativas del comprador el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubieran estipulado y en condiciones para ser usada conforme su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor (artículo 1461 CC, en relación con el artículo 1445 CC). En esta línea se viene afirmando por esta Sala que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento (...)*”.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 111/2018, de 5 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. Fundamento Jurídico Cuarto.

europ⁶¹⁷ –principalmente, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL)– y que la propia PMCC ha acogido también en el primer párrafo de su artículo 1.199 (“*Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial (...)*”) y, asimismo, la PCC-APDC de forma similar en su artículo 518-3, apartado primero⁶¹⁸. En concreto, el Tribunal Supremo,

⁶¹⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 348/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Sexto: “*En fin, la causa de resolución de la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», tradicional en la jurisprudencia de esta Sala, aparece también, en otros términos pero con análogo significado, en el apartado (c) del artículo 8:103 PDEC [PECL], a cuyo tenor es «esencial» el incumplimiento que sea «intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte»*”

Vid También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 671/2016, de 16 de noviembre. Ponente: Excmo. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo: “*En este sentido, esta Sala, entre otras, en su sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014, 2233), concorde con el marco de referencia de los principios del derecho europeo de la contratación (PECL, artículos 8:103 y 9:301, y 87 de la Propuesta de Reglamento), tiene declarado que el incumplimiento esencial, como concepto vinculado al plano satisfactivo del cumplimiento de la obligación, se proyecta en orden a los intereses primordiales que justificaron la relación negocial. Proyección que puede definirse, con carácter general, como las expectativas de cumplimiento de «todo aquello que cabía esperar, de un modo razonable y de buena fe, de acuerdo con la relevancia y características del contrato celebrado»*”; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo: “*22. No obstante, para que el incumplimiento provoque tan drásticas consecuencias ha de tener suficiente entidad como para frustrar la finalidad perseguida por los contratantes, lo que se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en el art. 49 CIM, a cuyo tenor “[e]l comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato”. También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los PDE, según el cual “[u]na parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte” siendo esencial,-a tenor del artículo 8:103.b)- [c]uando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado” ; y el artículo 1199 de la propuesta de ALM, según el cual “[c]ualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial” (en este sentido, entre las más recientes, SSTS 1000/2008, de 30 de octubre, RC 1741/2003, 305/2012, de 16 de mayo, RC 1303 / 2009, y 526/2012, de 5 de septiembre, RC 1747/2009)” (...)*”.

⁶¹⁸ Como indican GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, “*Las propuestas para la modernización del Código civil y para un nuevo Código de Comercio elaboradas por las Secciones de Derecho civil y de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, respectivamente, se han hecho eco de los modelos adoptados por los regímenes internacionales y europeos más recientes, han codificado el requisito –preexistente entre nosotros por vía jurisprudencial y doctrinal, como es notorio– de la esencialidad del incumplimiento y han ampliado la tipología de incumplimientos resolutorios en el Derecho español de contratos*”; según GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “*La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas*”, *ADC*, Tomo LXVII, IV, 2014, pág. 1207.

en su Sentencia de 18 de noviembre de 2.013⁶¹⁹, distinguió entre los denominados incumplimientos prestacionales y la categoría del incumplimiento esencial. Consideró que los primeros se refieren a los incumplimientos de los deberes contractuales y su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución, observado objetivamente desde el programa prestacional establecido. En este sentido, responden los supuestos tradicionalmente encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del *aliud pro alio* (entrega de cosa distinta a lo pactado, artículo 1.166 del Código Civil), del término configurado como esencial y, en su caso, de la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) –no regulada expresamente en el ordenamiento jurídico–, tratándose de un derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajuste a una exacta ejecución de la prestación debida con la consiguiente insatisfacción del acreedor, proyectándose sus efectos a paralizar o enervar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación⁶²⁰. Siguiendo a LASARTE, este remedio tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo, y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe, para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe⁶²¹.

⁶¹⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 638/2013, *Cit.*

⁶²⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2013, de 12 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento jurídico Sexto. El Tribunal Supremo recuerda en esta Sentencia que, “*si bien nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente la "exceptio non adimpleti contractus", o excepción de contrato no cumplido o inadecuadamente ejecutado, su existencia se admite por medio de los artículos 1100 último párrafo y 1124 del Código Civil, de tal forma que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la prestación recíproca de la que es deudor y en otro caso, el referido podrá enervar la reclamación temporalmente o paralizar la pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de la prestación, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual (sentencias 1138/2007, de 5 de noviembre, 1006/2008, de 24 de octubre, 624/2010, de 13 de octubre y 294/2012, de 18 de mayo). Esta posición coincide con las previsiones contenidas en el apartado 1 del artículo 9:201 de los principios de Derecho contractual europeo, a cuyo tenor "[l]a parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias", y 1191 del proyecto de modernización del derecho de obligaciones, según el cual "[e]n las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento”.*

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 78/2013, de 26 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Fundamento jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 615/2016, de 7 de octubre. Ponente: Excmo. Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto. Fundamento jurídico Primero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 258/2019, de 7 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. Fundamento jurídico Tercero.

⁶²¹ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 160.

Por su parte, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para colocarse en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales previamente programados y, en su caso, implementados conforme al principio de buena fe contractual, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Es decir, el incumplimiento esencial se relaciona con “todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado”, el “fin práctico” perseguido, la “finalidad buscada” o las “legítimas expectativas” planteadas⁶²².

PÉREZ GURREA considera que la perspectiva interpretativa del incumplimiento prestacional resolutorio tiene un carácter objetivo, en la que bastaría examinar lo pactado en el contrato para, por ejemplo, determinar el término del mismo o el incumplimiento de su prestación principal. En cambio, el incumplimiento esencial se centra en un elemento subjetivo referido a la indagación de la causa concreta del contrato o base del negocio⁶²³.

⁶²² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 638/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Tercero. En esta Sentencia se expone la doctrina sobre el concepto de incumplimiento esencial del contrato, diferenciándolo del concepto de incumplimiento prestacional. La Sentencia de Primera Instancia, desde una concepción tradicional de los incumplimientos resolutorios, centrada exclusivamente en el plano de la ejecución de los deberes contractuales, estima la indemnización por daños y perjuicios en favor de la actora al considerar que por la demandada no se ha justificado el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, ni tan siquiera el cumplimiento defectuoso de las mismas. No obstante, la sentencia de la Audiencia, desde una concepción diferenciadora del incumplimiento esencial, apoyada en los modernos textos de referencia de Derecho Contractual Europeo, estima la resolución contractual sin indemnización alguna porque, con independencia de la particular ejecución de determinados deberes contractuales, desde la perspectiva satisfactiva de los intereses del acreedor, conforme a la elevada retribución de los servicios solicitados y a la consideración de las cualidades patrimoniales, profesionales y personales que fueron determinantes de la contratación, la actividad desplegada privó sustancialmente a la demandada de los resultados y expectativas que tenía derecho a esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 264/2019 de 10 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Fundamento Jurídico Segundo. Esta Sentencia estima el incumplimiento del vendedor como consecuencia del incumplimiento del plazo de entrega de una vivienda, lo que supone la frustración del interés contractual para el comprador. Y ello con base en el artículo 1.124 del Código Civil, considerando que la jurisprudencia más reciente viene interpretando la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas en el sentido de que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no supone una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (artículo 7.3.1).

⁶²³ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3682-3683.

De este modo, el Tribunal Supremo delimitó en dicha Sentencia de 18 de noviembre de 2.013⁶²⁴ los elementos conceptuales sobre los que se articula la categoría del incumplimiento esencial en orden a establecer unas directrices acerca de la diferenciación de su régimen aplicativo: (i) los tradicionales conceptos de “gravedad” y de “esencialidad” no resultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así, mientras que el primero queda enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas⁶²⁵; el segundo escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación a la totalidad de prestaciones contractuales, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado; (ii) el régimen del incumplimiento esencial, como incumplimiento resolutorio, no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, es el caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario; (iii) el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado⁶²⁶. Como llama la atención DAMIÁN MORENO, se aprecia el importante papel que la doctrina asigna a las expectativas en relación con las obligaciones contenidas en los contratos, en el sentido de que lo que un contratante espera del otro contratante es que cumpla con las expectativas que puso en el contrato y sobre el que ha hecho depender gran parte del programa contractual pactado. Y así pues, se produce el incumplimiento cuando se frustran las legítimas expectativas que cada

⁶²⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 638/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Tercero.

⁶²⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 294/2012, de 18 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Cuarto. El Tribunal Supremo dispone que “*en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevenida fortuita, transcurso del término esencial, aliud pro alio, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato (STS de 20 de diciembre de 2006)*”.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 658/2012, de 14 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Tercero.

⁶²⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 294/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Quinto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 619/2012, de 29 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 644/2012, de 8 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Segundo; TJUE. As. 32/12. Soledad Duarte Hueros contra Parlamento y Consejo. Sentencia de 3 octubre 2013. Apdo. 37.

una de ellas puso en el contrato, todo ello sin que tan siquiera tales previsiones se hubieran incorporado expresamente al mismo, bastando incluso con que en algunos casos se infiera de su objeto⁶²⁷.

De este modo, por regla general⁶²⁸, los Tribunales españoles no admiten la resolución cuando el incumplimiento del deudor consiste en un mero retraso en el cumplimiento⁶²⁹, cuando el deudor realiza un incumplimiento que haya de calificarse de tan solo parcial⁶³⁰, o cuando este incumplimiento recae sobre una obligación incidental o accesoría⁶³¹.

Como indica DAMIÁN MORENO, el nuevo concepto de incumplimiento se caracteriza por su neutralidad, por lo que no es lo mismo pretender la resolución en el sentido tradicional que exige la concurrencia de una voluntad de no querer cumplir, que la resolución por la pura extinción de la obligación debido a la existencia de causas que han sobrevenido con posterioridad y que son ajenas a la voluntad del deudor y cuya existencia no se hace depender de la voluntad de los contratantes sino de causas ajenas y que determina la terminación del contrato automáticamente, como en el caso de imposibilidad como causa de resolución del contrato (en este sentido, el artículo 1.460 dispone que “*Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido*”).

Así, siguiendo a GÓMEZ CALLE, la doctrina moderna ha tratado de buscar una fórmula de conciliar el contenido de las disposiciones previstas en el artículo 1.105 (“*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie*

⁶²⁷ DAMIÁN MORENO, J., “El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 32, 2015-II, pág. 30.

⁶²⁸ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 1206.

⁶²⁹ Entre otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 354/2013, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Fundamento Jurídico Sexto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 678/2013, de 30 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. Fundamento Jurídico Primero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 24/2014, de 24 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Segundo.

⁶³⁰ Entre otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1271/2007, de 26 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete. Fundamento Jurídico Primero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 73/2009, de 13 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete. Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 242/2014, de 24 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol. Fundamento Jurídico Decimotercero.

⁶³¹ Entre otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 526/2012, de 5 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento Jurídico Séptimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 568/2012, de 1 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Fundamento Jurídico Tercero.

responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”), artículo 1.182 (“*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*”) y artículo 1.184 del Código Civil (“*También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*”) para acercarla al contenido en las propuestas europeas, de forma que el incumplimiento quede liberado de toda idea de culpa y se sustente en criterios objetivos, de modo que el deudor quede exonerado de la obligación del pago de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento si éstos han obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a la esfera de su control, que parece ser la manera más idónea y conveniente de considerar cuándo un comportamiento es excusable y cuándo no a los efectos de liberar al deudor de su responsabilidad⁶³².

Con carácter general como indica SÁNCHEZ LORENZO, la excesiva onerosidad o *hardship* (la cláusula *rebus sic stantibus* es la justificación histórica del tratamiento de la excesiva onerosidad en los sistemas romanistas) constituye una situación diferente de los supuestos de imposibilidad incluida la imposibilidad económica u onerosidad extrema. No obstante, no se encuentra expresamente regulado⁶³³, sino que la doctrina *rebus sic stantibus* se encuentra, a día de hoy, en manos de la jurisprudencia. Los supuestos de *hardship* hacen referencia a circunstancias sobrevenidas imprevisibles y ajenas a las partes, pero que no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes. De este modo, aunque las circunstancias sobrevenidas tienen la misma configuración que en los supuestos de imposibilidad y en los de excesiva onerosidad, la diferencia radica en los efectos que producen sobre la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre los efectos del incumplimiento en la responsabilidad del deudor⁶³⁴.

⁶³² DAMIÁN MORENO, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 27-28; GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia”, *Anuario de Derecho civil*, 65-1, 2012, pág. 82.

⁶³³ Como si ocurre por ejemplo en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en cuya Ley 498 se regula la revisión de las obligaciones como sigue: “*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución*”.

⁶³⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo IV.44. La frustración del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 33.

En concreto, el modelo español actual ha sufrido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles". En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de junio de 2.014⁶³⁵, destacó una tendencia a la aplicación normalizada de esta figura, reconociéndose la crisis económica de entonces, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, respondiendo a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de unificación y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (artículos 6.2.1 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, artículo 6:111 de los PECL o las propias propuestas españolas, artículos 1.213 de la PMCC y artículos 526-5 de la PCC-APDC)⁶³⁶. En concreto, el Tribunal

⁶³⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 333/2014, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo. Esta Sentencia consolida una línea jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, suponiendo un reconocimiento abierto de la institución de la excesiva onerosidad sobre la base de las teorías de la causa y las bases negociales y de la asignación de riesgos, que debe ser enmarcada en un contexto económico de profunda crisis; según SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 33. En concreto, esta Sentencia valora la aplicación de la figura en un contexto de crisis económica en el mercado de la publicidad del sector del transporte, justificando la modificación del marco contractual inicial establecido por alteración de las circunstancias económicas.

⁶³⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 820/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Tercero. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo hace referencia a la nueva configuración que de la cláusula *rebus sic stantibus* ofrecen los principales textos de armonización: "Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84, 17-5-86, 21-2-90 y 1-3-07). Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación) (...)".

De igual modo, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, *Cit.*, Fundamento jurídico Quinto: "La cuestión que acaba de ser apuntada ha sido tratada por la doctrina, desde distintos puntos de vista, como el de la continuada influencia de la causa onerosa del contrato, la excesiva dificultad de cumplir la obligación asumida, la asignación de los riesgos contractuales, la alteración de la base del negocio, objetiva y subjetiva, la interpretación del contrato y la doctrina de la presuposición o la supuestamente implícita "cláusula *rebus sic stantibus omnis conventio intellegitur*". La jurisprudencia, utilizando especialmente esta última fórmula, se ha referido a la mencionada cuestión, para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares -así, entre otras, en las sentencias de 31 de octubre de 1963, 15 de marzo de 1972, 16 de junio de 1983, 27 de junio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 13 de marzo de 1987, 6 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1988, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 12 de noviembre de 1990, 1202/1993, de 14 de diciembre, 209/1994, de 15 de

Supremo diferencia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de los supuestos de incumplimiento esencial del contrato, indicando que “(...) mientras que la resolución atiende a la quiebra o frustración de la finalidad práctica o resultado buscado por las partes, sin perjuicio de que dicha frustración comporte, como es lógico, una valoración económica, la prestación en esas condiciones ya no le es útil o idónea al acreedor, incluso económicamente analizada, la aplicación de la *rebus* atiende a la quiebra o frustración de la conmutatividad y onerosidad contractual sobre la que se diseñó el resultado práctico querido por las partes”; y extrayendo las siguientes consideraciones de carácter general para la aplicación de la figura: “A). La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida. B). Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación). C). En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.”.

marzo, 344/1994, de 20 de abril, 29/1996, de 29 de enero, 1048/2000, de 15 de noviembre, 1059/2000, de 17 de noviembre, 129/2001, de 20 de febrero, 1234/2001, de 28 de diciembre, 518/2002, de 27 de mayo, 313/2004, de 22 de abril, 539/2004, de 18 de junio, 1090/2004, de 12 de noviembre, 481/2005, de 17 de junio, 953/2006, de 9 de octubre, 79/2007, de 25 de enero, 197/2007, de 1 de marzo, 966/2007, de 26 de septiembre, 175/2009, de 16 de marzo, 336/2009, de 21 de mayo, 781/2009, de 20 de noviembre, 360/2010, de 1 de junio, 84/2012, de 20 de febrero, 93/2012, de 21 de febrero, 240/2012, de 23 de abril, 243/2012, de 27 de abril. La influencia de los cambios imprevistos sobre la posibilidad de la resolución del vínculo o, especialmente, la modificación equitativa de su contenido, resulta también admitida en ordenamientos cercanos. En alguno, respecto de los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, para el caso de que la prestación de cualquiera de las partes "è divenuta eccessivamente onerosa" -artículos 1467 y 468 del Código Civil italiano-; en otros, simplemente, en el supuesto de que las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar "tiverem sofrido uma alteração anormal" - artículo 437 del Código Civil portugués. Por lo demás, cualquier previsión sobre el futuro de tales instrumentos no puede prescindir de que hoy gozan de reconocimiento en los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como son los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales -artículo 6.2.2-, los Principios de Derecho europeo de contratos - artículo 6.111- o los trabajos para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos - artículo 1213 - (...)”.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 455/2019, de 18 de julio. Ponente: Excm. Sra. M^a Ángeles Parra Lucán. Fundamento Jurídico Segundo.

La centralidad que el equilibrio contractual alcanza en el actual Derecho de Contratos (tanto español, como europeo y Derecho Contractual uniforme), indica SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, queda de manifiesto asimismo cuando ya se han producido iniciativas para incorporar expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* al Código Civil, con la revisión y la resolución contractual en caso de alteración extraordinaria de las circunstancias⁶³⁷.

También, como destaca LASARTE, la pandemia mundial ocasionada por el Covid-19 ha generado un impacto económico más o igual de importante al que aconteció en la crisis financiera de 2.007, que ha llevado a los Tribunales a valorar las posibilidades de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos afectados por los efectos de la pandemia⁶³⁸. Podemos ya encontrar resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia que aplican la cláusula *rebus sic stantibus* como consecuencia de la alteración extraordinaria e imprevisible de los elementos tenidos en cuenta al firmar el contrato; por ejemplo, entre otras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Barcelona, de 8 de enero de 2.021, declarando que la actual situación de crisis sanitaria provocada por el Covid-19 produce una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial, la cual genera un desequilibrio de las prestaciones causando un grave perjuicio a la parte arrendataria, motivo por el cual rebaja el importe de la renta mensual establecida en los contratos de arrendamiento de viviendas destinadas a alojamiento de tipo turístico y/o temporada⁶³⁹; o bien, el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 81 de Madrid, de 25 de septiembre de 2020, estimando la solicitud de medidas cautelares de la parte arrendataria de un local destinado a ocio nocturno y acordando suspender el pago del alquiler en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por estar el mismo cerrado a consecuencia de la actual situación de emergencia sanitaria debido al Covid-19⁶⁴⁰.

⁶³⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., “La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 90, 746, 2014, pág. 3129.

⁶³⁸ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág.166.

⁶³⁹ Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. Sentencia núm. 1/2021, de 8 de enero. Ponente: Excma. Sra. Rocío Ortega Atienza.

⁶⁴⁰ Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid. Auto núm. 447/2020, de 25 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Carlos Ceballos Norte.

Vid. También: Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid. Auto núm. 299/2020, de 13 de agosto. Ponente: Excmo. Sr. Manuel García Sanz; Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona/Iruña, Sentencia 116/2021, de 13 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Poncela García; Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2021. Ponente: Excmo. Sr. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

Por último, según se dispone en el artículo 1.124 del Código Civil, el sistema español opta por un sistema judicial, es decir, es necesario que la resolución del contrato sea declarada judicialmente. Así, DAMIÁN MORENO señala que el incumplimiento confiere a su titular el derecho a reaccionar a través de una variada gama de instrumentos: que pueden ir desde la exigencia del cumplimiento hasta la resolución, pasando por la indemnización de daños y perjuicios, bien de manera sustitutiva o como complementaria a cualquiera de ellas. En este sentido, indica GÓMEZ POMAR, siguiendo a la doctrina más representativa como PANTALEÓN PRIETO, CARRASCO PERERA, VERDERA SERVER y FENOY PICÓN, que no existe un derecho incondicionado a obtener, con preferencia de los demás remedios, el cumplimiento forzoso⁶⁴¹. Destaca DAMIÁN MORENO que la exigencia de cumplimiento, por una parte, o en su caso el equivalente pecuniario que sirva para sustituirlo, constituyen acciones tendentes a garantizar el interés al que el contrato ha procurado satisfacer, bien de manera directa, a través de instrumentos coactivos; o bien, indirectamente, mediante una compensación económica. Por otra parte, la resolución trata de recomponer la relación entre las partes situándola temporalmente al momento anterior a la perfección del contrato una vez que, por la causa que sea, no se haya logrado cumplir la finalidad para la que se alcanzó el acuerdo y se acredite, además, que no se dan las condiciones para que pueda obtenerse tal resultado mediante otro tipo de remedios. Por ello, a la parte que se presenta como perjudicada se le permite aspirar a la resolución una vez que, intentado el cumplimiento, este haya fracasado. De ahí que muchas veces la resolución no se presente como fruto del incumplimiento, sino en razón a otro tipo de causas que provocan la frustración de la finalidad del contrato, tal como puede ser⁶⁴² la imposibilidad inicial de cumplimiento, el cumplimiento defectuoso o el retraso en el cumplimiento⁶⁴³.

No obstante, como indica DAMIÁN MORENO, auspiciada por las propuestas europeas en materia de contratos, últimamente se está imponiendo una línea doctrinal que vendría a conferir al acreedor la facultad de dar por terminado el contrato extrajudicialmente, acogiendo esta posibilidad también la PMCC en el segundo párrafo del artículo 1.199 (“*La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte*”) o la PCC-APDC, de forma similar, en su artículo 518-3, apartado segundo. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de julio de 2.013⁶⁴⁴, declaró que el artículo 1.124 del Código Civil permite

⁶⁴¹ GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, 2007, pág. 16.

⁶⁴² Entre otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 741/2014, de 19 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller. Fundamento Jurídico Cuarto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 744/2014, de 22 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁴³ DAMIÁN MORENO, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 32-36.

⁶⁴⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 431/2013, de 3 de julio. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Fundamento Jurídico Cuarto.

también el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, siempre a reserva de que ésta, si es que no estuviera conforme, acuda a los Tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la relación contractual. De acuerdo con esta doctrina y tomando en consideración que el artículo 1.124 reconoce al contratante perjudicado la facultad de “*escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación*”, hay que entender que ésta última tiene lugar, no cuando se produjo el incumplimiento, sino cuando aquel, tras optar por resolver la relación, lo comunica a la otra parte –con la que había perfeccionado un negocio jurídico bilateral–, mediante una declaración de naturaleza recepticia⁶⁴⁵ o, en su caso, mediante un acto concluyente con el mismo significado y eficacia –“*facta ex quibus voluntas concludi potest*”–. De esta forma, la resolución podría obtenerse bien mediante una simple comunicación dirigida a la parte a quien se impute el incumplimiento o bien por resolución judicial⁶⁴⁶.

Por otra parte, el artículo 1.486 del Código Civil también prevé como remedio el ejercicio de la *actio quanti minoris* por el perjudicado, de forma que “*el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio*” en los casos de “*defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*” (artículo 1.484). La jurisprudencia exige que concurren los siguientes principios para estimar que procede ejercitar la *actio quanti minoris*: “*a) que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad; b) que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior; c) que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto; d) que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a la que la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquél que motivó la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquirente*”⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Entre otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 639/2012, de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁴⁶ DAMIÁN MORENO, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 33-39.

⁶⁴⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 478/2010, de 18 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Tercero.

En relación con el derecho a exigir una indemnización en caso de incumplimiento, como dispone el artículo 1.124 del CC, “*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*”, y ello en relación con los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil. En concreto, el artículo 1.101 del Código Civil establece que “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”. Tradicionalmente, el deber de indemnizar se ha considerado basado en la culpa o dolo del deudor, como se desprende de gran cantidad de Sentencias del Tribunal Supremo⁶⁴⁸. Sin embargo, otro sector de la doctrina española, como PANTALEÓN PRIETO⁶⁴⁹, DÍEZ-PICAZO⁶⁵⁰ o MORALES MORENO⁶⁵¹, se ha ido decantando hacia un modelo objetivo, rechazando el principio culpabilísimo. Esta línea doctrinal de carácter objetivista, sobre la base de la interpretación del artículo 1.105 del Código Civil, entiende que el deudor es responsable de los daños causados por la lesión del derecho de crédito, siempre que no concurra una especial causa de exoneración, que, de acuerdo con el precepto legal mencionado, es el hecho de que el impedimento de prestación haya consistido en un caso fortuito que quede fuera del ámbito de control del deudor, todo ello de acuerdo con el sistema de distribución de riesgos que el contrato entrañara. Es decir, por muy diligente que el deudor haya sido, si no se ha producido el evento impeditivo, no habrá liberación⁶⁵².

⁶⁴⁸ Entre muchas otras, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 675/2008, de 7 de julio. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete. Fundamento Jurídico Primero, en el que se indica literalmente: “*La respuesta que merece la denuncia casacional pasa por recordar que los daños y perjuicios indemnizables son los que provienen de una conducta ilícita del agente, que en supuestos como los contemplados en el presente caso son constitutivos de un incumplimiento contractual culposo, con el cual se hallan enlazados causalmente, esto es, vinculados por un nexo causal, de forma que cabe decir de ellos que son consecuencia forzosa e ineludible del incumplimiento contractual (Sentencias de 26 de septiembre de 2000 y de 10 de diciembre de 2002) (...)*”.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia de 31 de marzo de 1997, Recurso núm. 1143/1993. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa. Fundamento Jurídico Cuarto y Séptimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 660/2001 de 3 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela. Fundamento Jurídico Quinto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 112/2007 de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela. Fundamento Jurídico Segundo.

⁶⁴⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de derecho civil*, 46, 4, 1993, pág. 1739 y 1740.

⁶⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, Aranzadi Civitas, 2008, pág. 647 a 649.

⁶⁵¹ MORALES MORENO, A.M., 2006, *Op. Cit.*, pág. 34 y 39.

⁶⁵² PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Capítulo IV.49. La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Edición ProView, Apdo. 8.

Por otra parte, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.106 del CC, conforme al principio de la reparación integral del daño, la jurisprudencia ha interpretado que la indemnización comprende no solo los daños o interés negativo, de tal forma que el efecto retroactivo y restitutorio coloque al perjudicado en la misma posición que tendría de no haberse celebrado el contrato, sino en la que tendría de haberse cumplido, y, en consecuencia, comprende el interés positivo o de cumplimiento. Por tanto, siguiendo a SAN MIGUEL PRADERA, la indemnización cubre el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener: el daño emergente y el lucro cesante⁶⁵³. Por eso, la indemnización se concreta en la operación de reemplazo y, además, en la reparación de otros posibles daños⁶⁵⁴. Ello, no obstante, sin perjuicio del deber del acreedor de minimizar razonablemente los daños derivados del incumplimiento⁶⁵⁵.

⁶⁵³ La jurisprudencia española ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "*pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir*" (artículo 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo con relación a las reclamaciones por lucro cesante; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 48/2013, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Fundamento Jurídico Segundo.

En este sentido, también el artículo 1.207 de la PMCC dispone que "*la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener*", estableciendo a continuación que: "*para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias*".

⁶⁵⁴ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., 2011, *Op. Cit.*, pág. 1692-1693.

⁶⁵⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 532/2012, de 30 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Fundamento Jurídico Séptimo. El Tribunal interpreta, en el Apartado 2.1 de la Sentencia, el artículo 1124 del Código Civil español en relación con el derecho que tiene el perjudicado a solicitar una indemnización por daños y perjuicios, poniendo el acento en la regulación similar contenida en los PECL: "*51. Para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el primer párrafo del artículo 1124 del Código Civil faculta a la contraparte para "resolver las obligaciones" y, en el segundo, dispone que "[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos", lo que ha sido interpretado en el sentido de que en relación con lo dispuesto en el artículo 1106 del propio Código comprende no solo los "daños" o interés negativo, de tal forma que el efecto retroactivo y restitutorio coloque al cumplidor en la misma posición que tendría de no haberse celebrado el contrato, sino en la que tendría de haberse cumplido, y, en consecuencia, comprende el interés positivo o de cumplimiento. 52. En este sentido se pronuncian las sentencias 1318/2006, de 26 de diciembre, y 103/2012, de 1 de marzo). También apuntan en este sentido el segundo párrafo del artículo 1202 de la Propuesta de Anteproyecto, según el cual "[r]esuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento...", y el artículo 9:501 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, a cuyo tenor "(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte [...] (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: [...] (b) Futuras pérdidas previsibles y probables", y en el artículo 9:502 que "[e]l cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener".*

En este sentido también, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 193/2012, de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Fundamento Jurídico Cuarto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 305/2012, de 16 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Lo anterior queda limitado, por un lado, por la regla de la previsibilidad para el deudor de buena fe, pues sólo responderá de los daños y perjuicios previstos o que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento; en cambio, en caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (artículo 1.107 del Código Civil); y, por otro, quedará limitado también cuando en la causación del daño interviene no sólo la culpa del deudor, sino también la del acreedor, produciéndose en consecuencia una minoración del *quantum* indemnizatorio, proporcional al grado de participación que tuvo el comportamiento de la víctima en la producción del daño⁶⁵⁶ (artículo 1.103 del Código Civil)⁶⁵⁷.

No obstante lo anterior, conviene aclarar, de forma general –pues esta cuestión ha sido ampliamente debatida en la doctrina⁶⁵⁸– que la resolución del contrato puede tener eficacia *ex*

Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm.121/2013, de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁵⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 282/2013, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos. Fundamento Jurídico Séptimo. Esta Sentencia expone la doctrina jurisprudencial sobre la moderación de la indemnización en relación con la responsabilidad de los abogados por frustración de acciones judiciales. La Sentencia se basa en el artículo 1.103 del Código Civil, exponiendo lo siguiente: “(...) *El artículo 1103 CC, que se invoca como infringido, se traduce en una moderación de la cuantía de la indemnización cuando se aprecia, junto con la culpa del propio obligado o responsable, la conducta concurrente de otros sujetos (SSTS de 14 de abril de 1998 y 7 de noviembre de 2000). Según la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala, la apreciación de la gravedad de las culpas compensables constituye una quaestio facti que corresponde a la apreciación del Tribunal a quo (SSTS de 13 de febrero de 1971, 7 de octubre de 1988, 3 de diciembre de 1990, 7 de junio de 1991, 5 de julio de 1993, 23 de febrero de 1996, y 18 de julio de 2006), quien tiene la facultad de moderar a su prudente arbitrio la responsabilidad del agente reduciendo la cuantía de la indemnización repartiendo el daño con el perjudicado cuando declara la compensación de culpas (STS 30 de abril de 1969, 20 de marzo de 2006 y 20 de julio de 2006), de tal suerte que la aplicación o la falta de aplicación de esta facultad no es susceptible de recurso de casación (SSTS de 9 de febrero de 1990, 3 de marzo de 1998 y 17 de septiembre de 1998, 15 de diciembre de 1999 y 29 de septiembre de 2005, además de las antes citadas), salvo cuando está en cuestión la apreciación del nexo causal y la efectiva participación culposa o negligente de las partes, según las circunstancias de cada supuesto, o se aprecia una notoria desproporción en la distribución de las responsabilidades concurrentes que desconoce la gravedad de la que resulta más decisiva (entre otras, SSTS 30 de diciembre de 1991; 25 de febrero de 1992; 28 de mayo de 1993; 12 de julio de 1995; 10 de mayo de 2006) (...)*”.

⁶⁵⁷ PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 44.

⁶⁵⁸ Así, mientras un sector de la doctrina, representando por DELGADO ECHEVARRÍA, defendía que el acreedor perjudicado por el incumplimiento tenía derecho a percibir una indemnización que le colocara en la situación en la que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato –interés contractual negativo–, es decir, la resolución tendría efectos retroactivos; otro sector de la doctrina, encabezado por PANTALEÓN PRIETO, se había decantado por el otorgamiento en estos casos de una indemnización que colocara al acreedor en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido o ejecutado correctamente –interés contractual positivo–. En concreto, afirmó PANTALEÓN PRIETO, que “*pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo es, en mi opinión, pura jurisprudencia de conceptos*”. Así, según este autor, el recurso al efecto retroactivo de la resolución

nunc o eficacia *ex tunc*, dependiendo de las circunstancias. El Tribunal Supremo sostiene que, por regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado. Sin embargo, esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte han sido consumadas, como sucede en los contratos de arrendamiento en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual⁶⁵⁹.

Además, nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de que se establezca en el propio contrato la denominada “cláusula penal”, prevista en el artículo 1.152 del Código Civil, que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, siempre y cuando no se haya pactado de forma expresa que el acreedor puede exigirlos además de la pena⁶⁶⁰, por lo que puede tener una función resarcitoria del daño causado al acreedor por el incumplimiento, bien sustitutoria de la indemnización, o bien puramente punitiva, desligada de todo propósito resarcitorio, con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato y disuadir el incumplimiento⁶⁶¹. El Juez tiene la

debía circunscribirse a los problemas relativos al alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones realizadas y a la eficacia o ineficacia de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, pero en ningún caso debía extenderse al problema de la compatibilidad o no de la resolución con una indemnización del interés contractual positivo o de cumplimiento. Los autores que analizaron posteriormente esta cuestión, entre otros GÓMEZ POMAR, se decantaron a favor de la segunda opción; según DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario a la STS de 17 de junio de 1986”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 11, 1986, pág. 3784; PANTALEÓN PRIETO, F. “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de Derecho civil*, XLII, 4, 1989, pág. 1153; GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 41; GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 1226-1227.

⁶⁵⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 763/2013, de 22 de abril de 2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Fundamento Jurídico Primero y Segundo.

⁶⁶⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 126/2017, de 24 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Fundamento Jurídico Segundo. En esta Sentencia se declara resuelto el contrato por incumplimiento contractual y se condena a los demandados al pago de la penalización convenida. La cláusula penal es cumulativa, y no sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios. Asimismo, el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 530/2016, de 13 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto. Fundamento Jurídico Tercero: “(...) *nuestro Derecho permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.I CC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios [por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo (Rec. 2303/2013)]*”.

⁶⁶¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 566/2019, de 25 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Quinto: “3.º) *Es doctrina constante de esta sala la de que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento no procede aplicar la moderación del art. 1154 CC, en el entendimiento de que este precepto solo admite la rebaja cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente (sentencia 536/2017, de 2 de octubre, con cita de otras anteriores, como las sentencias 384/2009, de 1 de junio, y 708/2014, de 4 de diciembre, entre otras). Como recuerdan las*

facultad de modificar equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1.154 del Código Civil), es decir, solo admite la rebaja cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente –a este respecto, indicar que en la PMCC se propuso, en su artículo 1.150, extender la facultad del Juez para modificar equitativamente “*las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*”; o bien, el artículo 519-13 de la PCC-APDC que prevé también la moderación judicial de la cláusula penal al disponer que: “*El Juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido*” –⁶⁶².

En definitiva, como indica SAN MIGUEL PRADERA, a pesar de la indefinición y dispersión del Código civil, es posible concluir que se ha producido una evolución en el ordenamiento español en materia de resolución por incumplimiento y que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hoy mayoritaria se ha impuesto la idea de que la resolución es un mecanismo de protección del acreedor en aquellos casos en los que exista un incumplimiento importante o esencial, que puede revestir cualquier manifestación, sin exigir que el mismo sea subjetivamente imputable al deudor⁶⁶³. Además, es interesante destacar la inspiración del Tribunal Supremo español en esta materia en los textos uniformes internacionales, lo que apunta que el propio ordenamiento jurídico intenta seguir las más modernas tendencias en materia de Derecho Contractual (por ejemplo, entre muchas otras, en sus Sentencias de 16 de mayo de 2.012⁶⁶⁴, de 10 de septiembre 2.012⁶⁶⁵, de 25 de mayo de 2.016⁶⁶⁶, de 7 de julio de 2.017⁶⁶⁷, de

sentencias 530/2016, de 13 de septiembre, 44/2017, de 25 de enero, y 126/2017, de 24 de febrero, mientras el legislador no modifique el art. 1154 CC, procede estar a esta jurisprudencia. Por mucho que buena parte de la doctrina científica sea partidaria lege ferenda de introducir una modificación en nuestro ordenamiento en el sentido propugnado por el art. 1150 de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009 y, más recientemente, por la «Propuesta de Código civil» elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil y publicada en 2016, que contiene un art. 519-13 del siguiente tenor: «El Juez debe modificar equitativamente las penas punitivas manifiestamente excesivas, así como las cláusulas liquidatorias notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»”.

⁶⁶² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 74/2018, de 14 de febrero. Ponente: Excma. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán. Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁶³ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., 2011, *Op. Cit.*, pág. 1701.

⁶⁶⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 305/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

⁶⁶⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 537/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero.

⁶⁶⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 348/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Sexto.

⁶⁶⁷ Tribunal Supremo español Sentencia núm. 430/2017, *Cit.*, Fundamento Jurídico Cuarto.

25 de abril de 2.018⁶⁶⁸, o de 10 de mayo de 2.019⁶⁶⁹, sobre doctrina sobre la resolución del contrato por incumplimiento inspirada en la CVCIM, en los Principios UNIDROIT o en los PECL; Sentencias de 1 de marzo de 2.012⁶⁷⁰ o 30 de julio del mismo año⁶⁷¹, las cuales interpretan el tratamiento de la indemnización por daños y perjuicios en caso de resolución del contrato por incumplimiento, inspiradas en los PECL; Sentencia de 23 de julio de 2.021⁶⁷², respecto a la indemnización del daño moral con referencia a los PECL y Principios UNIDROIT; Sentencia de 5 de septiembre de 2.012⁶⁷³, respecto a la improcedencia de resolución por incumplimiento de obligaciones contractuales accesorias), aun cuando no se haya procedido a modernizar expresamente la regulación del Derecho Contractual en el Código Civil, aunque sí se aprecia dicho proceso de modernización tanto en la PMCC como en la PCC-APDC.

III. DERECHO FRANCÉS.

La Revolución de 1.789 y las sucesivas Constituciones, en especial la de 1.791, y el Código Napoleónico de 1.804 determinaron una nueva concepción de las fuentes del Derecho en Francia. El legislador, además, alteró el sistema de fuentes del Derecho que habían tenido en los siglos anteriores. Así, a partir de la época de la codificación, la ley, como fuente del Derecho, se consolidó como la fuente principal del Derecho francés en detrimento de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Lo anterior supuso un punto de inflexión, no sólo en Francia, sino también en otros países europeos y americanos que recibieron su influencia⁶⁷⁴.

CARBONNIER consideraba al Código Civil francés de 1.804 como la verdadera constitución francesa. En materia contractual, este texto ha permanecido casi intacto desde sus orígenes, gracias a la interpretación que los Tribunales han ido realizando de sus disposiciones, adaptándolas a los cambios del contexto social. Asimismo, el legislador ha ido adaptando el Código a los nuevos tiempos mediante diversas reformas sectoriales situadas extramuros del Código Civil (como es el caso del Derecho de Consumo, que tiene Código propio, o de las reformas del Código de Comercio). No obstante, lo anterior propició que el propio Código resultara poco práctico, al no tener todo el Derecho Contractual recogido en un mismo instrumento. De este modo, se llevó a cabo una reforma por el propio Gobierno francés en orden

⁶⁶⁸ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 247/2018, *Cit.*, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶⁶⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 264/2019, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

⁶⁷⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 532/2012, *Cit.*, Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo.

⁶⁷¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 193/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶⁷² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 561/2021, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

⁶⁷³ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 526/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

⁶⁷⁴ SERNA VALLEJO, 2012, *Op. Cit.*, pág. 12.

a mejorar el texto y que culminó en la modificación de más de trescientas cincuenta disposiciones (artículos 1.100 a 1.386-1 del Libro III del Código Civil francés), a tenor de la Ordenanza de 10 de febrero de 2.016, en vigor desde el 1 de octubre de 2.016⁶⁷⁵. Esta reforma, en términos generales, supuso la consolidación de la interpretación jurisprudencial, a efectos de contar con un Derecho claro y accesible; la introducción de soluciones innovadoras con respecto a la situación anterior, como la desaparición de la causa, la introducción de la regulación de las cláusulas abusivas o de los contratos de adhesión; y, la vinculación al contexto de integración europea y al internacional, en orden a conseguir la eficiencia del propio Derecho para hacer negocios. En concreto, dentro de Europa, la reforma francesa apuesta por el Derecho continental al que se añaden los principios europeos consensuados en un ámbito europeo e internacional (como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PECL), el Proyecto del Marco Común de Referencia (*Draft of Common Frame of Reference*, DCFR) o la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL), que combinan varios sistemas y objetivos⁶⁷⁶.

No obstante lo anterior, dicha Ordenanza requería de la correspondiente ratificación del Parlamento francés, proceso que dio lugar a importantes discusiones y que resultó en la modificación del Derecho Contractual en vigor desde el 1 de octubre de 2.016. Algunas de las modificaciones fueron menores con objeto de corregir errores formales contenidos en la Ordenanza. Otras fueron de mayor calado e ilustran la voluntad del Parlamento de impugnar la labor del Gobierno. Es lo que se ha denominado la “reforma de la reforma”, promulgada mediante la Ley de 20 de abril de 2.018, en vigor desde el 1 de octubre de 2.018⁶⁷⁷. Sin embargo, esta última reforma ha complicado la aplicación del Derecho Contractual, por cuanto ahora los Tribunales deben aplicar tres cuerpos sobre Derecho Contractual diferentes: la legislación previa a la reforma de 2.016, aplicable a los contratos concluidos antes del 1 de octubre de 2.016; la legislación en vigor desde dicha reforma hasta su ratificación, aplicable a los contratos concluidos entre el 1 de octubre de 2.016 y el 1 de octubre de 2.018; y, la legislación resultante de la ratificación del Parlamento, aplicable desde el 1 de octubre de 2.018⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2.016, por la que se reforma el Derecho Contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones (JORF núm. 0035, de 11 de febrero de 2016).

⁶⁷⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 1-4.

⁶⁷⁷ Ley núm. 2018-287, de 20 de abril de 2018, de reforma del Derecho Contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones (DO núm. 0093, de 21 de abril de 2018).

⁶⁷⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 266-267.

3.1. Concepto de contrato.

En Derecho francés, el punto de partida es que la creación del contrato requiere un acuerdo en un sentido subjetivo, esto es, las partes deben tener la misma intención⁶⁷⁹. El artículo 1.101 del Código Civil francés dispone que el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinadas a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, siendo necesarios para la existencia de un contrato el consentimiento de las partes, tener capacidad para contratar y que el contenido sea lícito y cierto (artículo 1.128)⁶⁸⁰. Según el Informe que acompaña a la reforma esta disposición propone una definición modernizada del concepto de contrato, abandonando la referencia a las nociones clásicas más discutidas de obligaciones de dar, hacer o no hacer, reenfocando la definición sobre la naturaleza del contrato como un acuerdo de voluntades y sobre los efectos que residen en la creación, modificación, transmisión o extinción de las obligaciones. Así, se diferencia el concepto de contrato del de “convención”, concepto más amplio⁶⁸¹, que incluiría cualquier acuerdo de voluntades destinado simplemente a producir efectos de ley⁶⁸². Siguiendo a WHITTAKER, destacar a este respecto que el moderno Derecho Contractual francés no se enfoca principalmente a la facilitación de las transacciones en el mercado. Según este autor, el Derecho Contractual francés sigue siendo fiel a sus orígenes al situar la voluntad de las partes contratantes en el centro de su concepción del contrato, y si bien reconoce la utilidad de los contratos como medio de intercambio económico, también refleja la idea de que el Derecho debe tratar de establecer o restablecer la justicia contractual, lo que se traduce específicamente en un equilibrio adecuado de los intereses de las partes⁶⁸³. Como indican BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, el Derecho francés sigue

⁶⁷⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 949.

⁶⁸⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 6.

⁶⁸¹ En este sentido, DORAL GARCÍA, J.A. apunta que: “*no toda convención es contrato sino la que origina una relación, establece las reglas y está provista de acción de cumplimiento contractual*”; según DORAL GARCÍA, J.A., “La concepción del contrato en el Derecho europeo y su proyección en la propuesta de modernización”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011.

⁶⁸² Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*). Disponible en web:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=FDC739FAEE7B3F96B4FCD8AE2A14BE61.tplgfr35s_1?cidTexte=JORFTEXT000032004539&dateTexte=20160211. Comentario al artículo 1.101 del Código Civil.

⁶⁸³ WHITTAKER, S., “3. Contracts, Contract Law and Contractual Principle”, en *en The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms*, Bloomsbury Publishing (Edición Kindle), 2017, posición 1399-1405.

concediendo una importancia considerable a la autonomía de la voluntad, que requiere un acuerdo subjetivo para que pueda existir un contrato⁶⁸⁴.

A diferencia del Derecho español que considera que el contrato es simplemente productor de obligaciones, sin conllevar la transmisión de la propiedad, el Derecho francés considera al contrato, no ya sólo como elemento creador de obligaciones, sino transmitivo de la propiedad y de los demás derechos reales. Basta, por tanto, el acuerdo de voluntades para que *solo consensu* se produzca la transmisión de la propiedad sin necesidad de ningún otro acto complementario (artículo 1.109)⁶⁸⁵. Del sistema consensual se desprende que si el contrato es inválido o se anula (por ejemplo, por fraude), la propiedad no se transferirá nunca al comprador o se volverá a transferir al vendedor (a menos que un tercero de buena fe haya adquirido derechos sobre la propiedad)⁶⁸⁶. Siguiendo a PÉREZ ÁLVAREZ, este sistema protege más al adquirente, pues la propiedad se transmite con el mero consentimiento y desde ese momento tendrá a su favor la acción reivindicatoria⁶⁸⁷.

Los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 del Código Civil enuncian los principios de libertad contractual, de fuerza vinculante del contrato (principio de relatividad de los contratos) y de buena fe. Esta elección de resaltar tres principios fundamentales expresa uno de los objetivos esenciales perseguidos por la reforma: se trata de encontrar un equilibrio entre la justicia contractual y la autonomía de la voluntad⁶⁸⁸. En concreto, el principio de libertad contractual se encuentra recogido en el nuevo artículo 1.102 el cual indica que: “*Toda persona es libre de contratar o no contratar, de escoger a la otra parte contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites establecidos por la ley*”. Y añade: “*La libertad contractual no permite derogar las normas que interesan al orden público*”. QUIÑONES ESCÁMEZ destaca que la propia noción de orden público ha evolucionado, toda vez que el artículo 1.102 se refiere no solo al límite de “orden público”, sino a “*las normas que interesan al orden público*” que prevalecen frente a las normas dispositivas como frente a las cláusulas incompatibles con ellas⁶⁸⁹. El principio de fuerza obligatoria del contrato se encuentra recogido en el artículo 1.103, estableciendo que los contratos formados legalmente tienen fuerza de ley entre las partes. Por su parte, el principio de buena fe se sitúa como un principio de orden público y se extiende a toda fase contractual. Se encuentra recogido en el artículo 1.104 del

⁶⁸⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 302.

⁶⁸⁵ OSSORIO SERRANO, J.M., Capítulo 12, 2018, *Op. Cit.*, pág. 131.

⁶⁸⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 330.

⁶⁸⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 223.

⁶⁸⁸ Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, *Cit. Comentario a los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 del Código Civil*.

⁶⁸⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7-8.

Código Civil, disponiendo que “*Los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados de buena fe*”. Y añade que: “*Esta disposición es de orden público*”. Siguiendo a QUIÑONES ESCÁMEZ, la exigencia de la buena fe permite al Juez referirse a la lealtad del contratante (conducta individual) como a la lealtad contractual (colaboración de las partes en interés mutuo). No obstante, la reforma no introduce, de forma expresa, el deber de colaboración contractual para el buen fin del contrato⁶⁹⁰.

Por otro lado, a efectos de hacer el Derecho francés más claro y accesible, se amplían las definiciones y clasificaciones de los contratos. A las que ya se encontraban recogidas en el Código Civil de 1.804 (sinalagmático, unilateral, gratuito, oneroso, conmutativo, aleatorio) se suman otras (consensuales, reales y solemnes). Pero lo que resulta de mayor interés es que se introduzca, en el nuevo artículo 1.110, la distinción entre los contratos negociados y los contratos de adhesión. Estos últimos, los contratos de adhesión, pasan expresamente a formar parte de la teoría general de los contratos del Código Civil. Dicho precepto dispone que: “*El contrato negociado de mutuo acuerdo es aquel cuyas estipulaciones se negocian libremente entre las partes*”. Y que: “*El contrato de adhesión es aquél cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son determinadas previamente por una de las partes*”. Como apunta QUIÑONES ESCÁMEZ, la noción entra en el Derecho común del Código Civil francés⁶⁹¹.

3.2. Requisitos del contrato.

En cuanto a los elementos de validez del contrato, el artículo 1.128 establece los siguientes: 1º el consentimiento de las partes; 2º su capacidad para contratar; y, 3º un contenido lícito y cierto. Como es patente, entre estos elementos no se incluye la “causa” como elemento de validez de los contratos, suprimida por la reforma de 2.016. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la noción de causa prevista anteriormente en los artículos 1.108 (como elemento esencial del contrato), 1.131, 1.132 y 1.133 del Código Civil francés de 1.804, sigue aplicándose a los contratos concluidos antes del 1 de octubre de 2.016, manteniendo la jurisprudencia francesa, en un principio, una noción de causa objetiva⁶⁹², para luego pasar a un concepto más subjetivo, al tener en cuenta el interés real que representa el contrato en vista de los objetivos

⁶⁹⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9.

⁶⁹¹ *Ibid.*, Apdo. 10.

⁶⁹² Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de abril de 1993, Apelación núm. 90-21198; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 23 de junio de 1958, D. 1958, 581; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 18 de abril de 1953, Apelación núm. 53-06152.

individuales concretos que persiguen las partes⁶⁹³. Es decir, los Tribunales franceses han venido empleando la doctrina de la causa de muchas maneras y con diversos fines⁶⁹⁴.

SAVAUX destaca que su erradicación se justifica por ser la causa una noción confusa, percibida como un factor de inseguridad jurídica, lo mismo que sucede en los proyectos de armonización europea⁶⁹⁵. Asimismo, QUIÑONES ESCÁMEZ, siguiendo a WELLER y a WICKER, sostiene que el abandono de la causa fue una elección de política legislativa a efectos de facilitar el diálogo en el marco de armonización europea e internacional. Se justifica así su supresión en el hecho de que se trataba de una singularidad francesa, como mínimo desde el punto de vista del Derecho anglosajón o del Derecho alemán. Si bien, con la reforma de 2.016, las funciones de la causa se preservan en varias normas: artículo 1.162 (el contrato puede ser anulado si tiene un fin ilícito), artículo 1.168 (exigencia de una contraprestación), artículo 1.169 (exigencia de que la contraprestación no sea ilusoria o irrisoria) y artículo 1.135 (error sobre los motivos). Junto a ello, el nuevo artículo 1.170 dispone que: “*Toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se tendrá por no escrita*”. Es decir, se prevé la supresión de las cláusulas que privan de interés al contrato siguiendo una jurisprudencia consolidada basada en la causa⁶⁹⁶, y que considera no escrita la cláusula limitativa de responsabilidad contraria a una obligación esencial del contrato suscrita por el deudor. Apunta QUIÑONES ESCÁMEZ que el concepto de “obligación esencial” se vincula a la práctica de los Tribunales relativa a la causa y sus funciones. De esta manera, aunque la reforma de 2.016 no menciona la causa como tal, y aunque no la considera elemento esencial del contrato, la causa reaparece a través de algunas de sus funciones⁶⁹⁷. En consecuencia, destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que, dado que la causa ha sido sustituida por una serie de artículos más específicos, se dispone de un sistema más matizado y adecuado⁶⁹⁸.

Según el Informe que acompaña a la reforma, la causa, ignorada por la mayoría de las leyes extranjeras, así como por los diversos instrumentos de codificación europeos, seguía sin embargo mal definida, cubriendo una multiplicidad de significados que la doctrina, basada en una jurisprudencia abundante y fluctuante, se esforzó por teorizar. Así, la causa “subjetiva”, o causa del contrato, se refiere a las razones personales que determinaron el consentimiento;

⁶⁹³ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de octubre de 1996, Apelación núm. 93-18632; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de julio de 1996, Apelación núm. 94-14800.

⁶⁹⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 748.

⁶⁹⁵ SAVAUX, E., “El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de derecho civil*, 69, 3, 2016, pág. 730.

⁶⁹⁶ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de octubre de 1996, *Cit.*

⁶⁹⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20, 24.

⁶⁹⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 758.

mientras que la causa “objetiva”, o causa de la obligación, corresponde al fin inmediato y abstracto del contrato, que es siempre lo mismo independientemente del tipo de contrato. Es por ello que, ante la dificultad de dar una definición precisa a la noción de causa, que englobara todos sus aspectos, ante las críticas de que era objeto tanto desde parte de la doctrina como desde la práctica, que lo percibía como un factor de inseguridad jurídica y un freno al atractivo del Derecho francés, se optó por no recurrir a este concepto, para sustituirlo por normas con contornos mejor definidos. El aporte de la reforma en este punto consistió, pues, en la supresión de la causa como elemento esencial del contrato, consolidando todas las funciones que la jurisprudencia le había asignado⁶⁹⁹.

También se erradicó con la reforma de 2.016 la exigencia de objeto como requisito del contrato (referido anteriormente en el artículo 1.108 del Código Civil francés de 1.804 como uno de los elementos esenciales del contrato), siendo ahora el elemento clave el “contenido” del contrato. Así, el Código Civil francés dispone que el contrato no podrá ir en contra del orden público, ni por sus estipulaciones ni por su propósito, ya sea que este último haya sido conocido o no por todas las partes (artículo 1.162). Según la legislación francesa, un contrato celebrado con un fin ilícito es nulo incluso si la intención ilícita de la parte no era conocida por la otra parte⁷⁰⁰. El contenido se puede referir a prestaciones presentes o futuras y deberá ser posible y determinado o determinable. Una prestación será determinable cuando puede deducirse del contrato o por referencia a los usos o relaciones anteriores de las partes, sin la necesidad de un acuerdo adicional entre las partes (artículo 1.163).

En cuanto a la determinación del precio, con base en los artículos 1.583 y 1.591 del Código Civil respecto al contrato de compraventa, el Derecho francés requiere la determinación tanto de la cosa que se va a vender como del precio que se va a pagar antes de que el contrato se entienda perfeccionado. La determinación del precio puede dejarse a la estimación de un tercero. No obstante, si dicha persona no quiere o no puede determinar el precio, el contrato deviene ineficaz (artículo 1.592). Además, en los contratos marco y contratos de servicios, el precio puede ser determinado unilateralmente por una de las partes, sujeto a que si el precio se impugna, la parte que lo determinó pueda justificarlo. En caso de abuso en la fijación de un precio, un Tribunal podrá conocer de la reclamación de daños y perjuicios y, en su caso, de la rescisión del contrato (artículo 1.164 y artículo 1.165).

Por lo que se refiere al consentimiento, en Francia, se atribuye a POTHIER el mérito de haber constituido el consenso como elemento central del contrato, al afirmar que este encierra el

⁶⁹⁹ Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, *Cit.* Comentario al artículo 1.128

⁷⁰⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1209.

concurso de voluntades de dos personas, de las cuales, una promete algo a la otra y esta acepta la promesa que se le hace⁷⁰¹.

Cuando las partes han celebrado un contrato aparente que oculta un contrato secreto, este último –denominado *contre-lettre*– es eficaz entre las partes (excepto en el caso de los actos ocultos enumerados en el artículo 1.202 que se presumirán fraudulentos), si bien no será oponible frente a terceros (artículo 1.201), permitiéndose que éstos puedan alegar el acto aparente⁷⁰².

La regulación de la forma se encuentra recogida en el artículo 1.109 del Código Civil, al establecer tres tipos de contratos: a) consensuales, cuando se formen por el solo intercambio de consentimientos independientemente del modo de expresión; b) solemnes, cuando su validez esté sujeta a formas determinadas por la ley; y, c) reales, cuando su formación esté sujeta a la entrega de una cosa. A este respecto, el principio general es que los contratos sólo requieren del consentimiento de las partes. Excepcionalmente, la validez de un contrato puede estar sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos formales establecidos legalmente, siendo el contrato nulo en ausencia de tales requisitos, salvo que se pueda regularizar (artículo 1.172).

3.3. Vicios del consentimiento.

El artículo 1.130 del Código Civil regula los vicios del consentimiento, disponiendo que: *“El error, el dolo y la violencia vician el consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes”*, y añade que: *“Su carácter determinante se apreciará en atención a las personas y las circunstancias en las que el consentimiento ha sido dado”*.

3.3.1. Error

El error vicio de Derecho y de hecho se regula en el artículo 1.132 del Código Civil, estableciendo que, a menos de que el error sea inexcusable, es una causa de nulidad de los contratos⁷⁰³, cuando se relaciona con las cualidades esenciales del beneficio debido o las de la

⁷⁰¹ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 2.

⁷⁰² LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 445-

⁷⁰³ Por ejemplo, Tribunal de Casación francés. Sentencia de 15 de febrero de 1961, Apelación núm. 58-10828. El Tribunal de Casación afirmó que cuando una parte pretende un precio y la otra otro, el error impide que haya un acuerdo efectivo y que se forme un contrato; o también, Tribunal de Casación francés. Sentencia de 14 de febrero de 1969, Apelación núm. 67-10920. El Tribunal sostuvo que cuando

otra parte. A diferencia de la regulación española, en la cual el requisito de que el error sea excusable se encuentra reconocido por la jurisprudencia pero no recogido en el Código Civil, el Código Civil francés sí recoge tal mención. DESHAYES, GENICON y LAITHIER señalan que el carácter excusable del error no es una condición para su admisión, sino que más bien el carácter inexcusable puede jugar como medio de defensa a disposición del co-contratante del que erró (este tiene la carga de la prueba). Asimismo, dispone el artículo 1.133 que las cualidades esenciales de la prestación debida sobre las que el error puede recaer son las expresa o tácitamente convenidas y en consideración a las cuales las partes contrataron. A este respecto, DESHAYES, GENICON y LAITHIER apuntan que con esta regulación sobre las “cualidades convenidas” se deja en la sombra el anterior acercamiento objetivo a la noción de sustancia de la cosa –que sí incluye el Código Civil español en su artículo 1.266–, que permitía incluir todas las cualidades sobre las que no había tenido lugar el acuerdo, en tanto que eran cualidades evidentes y necesariamente esperables por cada uno de los contratantes al encontrarse asociadas, por naturaleza, a la misma identidad y utilidad de la cosa. No obstante, consideran también que estas cualidades objetivas pueden incluirse en las cualidades “tácitamente convenidas”. CHANTEPIE Y LATINA, por su parte, plantean que si una sola de las partes contrató en consideración a una cualidad que él estimaba esencial, habiéndolo sabido su co-contratante; tal conocimiento del otro co-contratante debería ser suficiente para permitir la nulidad en caso de error⁷⁰⁴. Hay que tener en cuenta que el error en las cualidades esenciales de la parte contratante es causa de nulidad solo en los contratos celebrados en consideración de la persona (artículo 1.134). Por otro lado, dispone el artículo 1.135 que el error sobre un simple motivo, no relacionado con las cualidades esenciales del beneficio debido o las de la otra parte, no constituirá causa de anulación del contrato, a menos que las partes lo hayan hecho expresamente un factor determinante de su consentimiento. CHANTEPIE Y LATINA destacan que tal precepto codifica la jurisprudencia sobre la indiferencia del error en el motivo, el cual puede hacerse relevante mediante estipulación expresa; no obstante, se muestran críticos con la exigencia legal de la estipulación expresa para la relevancia del error⁷⁰⁵. Tampoco el error en el valor será causa de nulidad del contrato, cuando un contratista, sin equivocarse en cuanto a las cualidades

cada una de las partes en su oferta o aceptación tiene la intención de que el precio del contrato sea en una moneda diferente, existe un error en cuanto al fondo que justifica la anulación del contrato.

⁷⁰⁴ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 23 de noviembre de 1931. De esta Sentencia se extrae que la parte que haya celebrado un contrato por error en cuanto a una cualidad esencial de la cosa vendida puede hacer que se declare nulo el contrato. Las cualidades esenciales pueden incluir cuestiones que afecten al uso que la parte pretende dar al bien cuando la otra parte lo conozca; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 13 de diciembre de 1983, Apelación núm. 82-12237. Esta Sentencia trata un caso en el que la parte vendedora de un cuadro de Poussin fue informada que era obra de otro pintor, por lo que procedió a la venta del cuadro a un valor mucho más reducido. Sin embargo, se trataba de una obra de Poussin, por lo que la parte vendedora incurrió en un error en cuanto a una cualidad esencial de la cosa vendida mediante el contrato, teniendo por tanto derecho a anular el mismo. En el mismo sentido: Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de septiembre de 2003, Apelación núm. 01-15306.

⁷⁰⁵ FENOY PICÓN, N., 2017, *Op. Cit.*, pág. 745-747.

esenciales de la prestación, se limita a hacer una evaluación económica incorrecta de la misma (artículo 1.136).

Similar al caso español, la jurisprudencia francesa también acogió la categoría de error obstativo (*erreu obstacle*), el cual tiene lugar cuando las partes se han equivocado sobre la identificación del objeto del contrato o sobre la naturaleza del acto, por lo que el contrato sería nulo⁷⁰⁶; aunque tal categoría no ha sido acogida por las reformas francesas, por lo que probablemente la jurisprudencia anterior siga siendo relevante en este sentido⁷⁰⁷.

3.3.2. Dolo

El dolo se regula en los artículos 1.137 a 1.139, definiéndose como el fraude por el que un contratista obtiene el consentimiento del otro mediante engaño o falsedad. Asimismo, constituye dolo el ocultamiento intencional y voluntario por parte de uno de los contratistas de información de carácter determinante para la otra parte. Sin embargo, el simple incumplimiento del deber de proporcionar información no equivale a un fraude que se sancionará con el derecho a anular el contrato y a una indemnización por daños y perjuicios. Para establecer el fraude, debe demostrarse que la información que no se reveló fue “determinante” y que la no revelación fue intencionada⁷⁰⁸. También se ha fundamentado en el dolo la anulación de determinados contratos realizados en situaciones en que no habiendo amenaza (y, por tanto, no pudiéndose apreciar intimidación); sin embargo, el contratante no consentía libremente por existir *suggestion ou captation*⁷⁰⁹. Si bien, no es un fraude para una parte no revelar a la otra parte su estimación del valor de la prestación⁷¹⁰ (artículo 1.137, párrafo tercero, añadido mediante la reforma de 2.018).

⁷⁰⁶ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 16 de noviembre de 2014, Apelación núm. 13-24027. El Tribunal de Casación sostuvo que, en virtud de los artículos 1109 y 1110 del Código Civil (anteriores a la reforma), el error se refería al propio objeto de la venta e impedía la obtención de los consentimientos, por lo que, aun siendo inexcusable, daba lugar a la anulación de la venta; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 28 de noviembre de 1973, Apelación núm. 72-12521.

⁷⁰⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 947.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, pág. 920.

⁷⁰⁹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Capítulo II.24. El dolo como vicio del consentimiento”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 7.

⁷¹⁰ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de mayo de 2000, Apelación núm. 98-1138. El Tribunal de Casación rechazó la idea de que no decir al vendedor el valor de la cosa vendida podría equivaler a un fraude. En este caso, un no profesional vendió fotografías de un famoso fotógrafo a un comprador que tenía constancia de que el precio era mayor al que el vendedor pedía. El Tribunal sostuvo que no hay dolo a menos que el comprador tenga una obligación de información, y no existe tal obligación en relación con el mero valor.

El error que resulta de un fraude siempre es excusable, es decir, es una causa de nulidad, aunque se relacione con el valor del servicio o un motivo simple del contrato (artículo 1.139 del Código Civil). CHANTEPIE Y LATINA destacan que si el error resulta de la deslealtad del co-contratante, lo cual se debe a que el autor del dolo comete un engaño, el sistema jurídico francés considera más grave su culpa que la de la víctima del error. Sin embargo, a diferencia de lo anterior, si no hubo intención de engañar, el defecto en la información resultante de una simple negligencia, se sanciona mediante la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.112)⁷¹¹. La misma solución se predica del dolo incidental, es decir, cuando tiene lugar un engaño sobre las condiciones no esenciales del contrato, de modo que el contratante perjudicado habría celebrado el contrato en condiciones distintas a las pactadas. En estos casos, no procederá la anulación del contrato, pero sí la indemnización de daños y perjuicios a favor de la víctima del engaño. Esta noción de dolo incidental no está recogida en el Código Civil, pero sí ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia⁷¹². No obstante, apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que la distinción del dolo incidental ya no es tan clara como antes. De hecho, ahora es raro que los Tribunales franceses se nieguen a conceder a la víctima el derecho a anular el contrato por el hecho de que se trata de un mero dolo incidental que sólo da lugar a daños y perjuicios⁷¹³.

El dolo puede provenir de la otra parte contratante o de un tercero, pues el artículo 1.138 del Código Civil establece que también se considera que se ha cometido un fraude si el mismo proviene del representante del contratante beneficiado por el engaño, el gerente comercial, el empleado o del *porte-fort du contractant*. También constituye dolo cuando el engaño emana de un tercero en connivencia.

3.3.3. Violencia

Destaca QUIÑONES ESCÁMEZ que la innovación a destacar es la nueva definición de “violencia” como vicio del consentimiento (artículos 1.140 a 1.143)⁷¹⁴, que da lugar a la nulidad del contrato, ya sea ejercida por una parte del contrato o un tercero (artículo 1.142). En este sentido, y de forma similar a la actual regulación española, el artículo 1.112 del Código Civil de 1.804 requería que el abuso que se produjera causara una impresión tal en una persona

Vid. También Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de enero de 2007, Apelación núm. 06-10442.

⁷¹¹ FENOY PICÓN, N., 2017, *Op. Cit.*, pág. 748, 762.

⁷¹² Tribunal de Casación francés. Sentencia de 30 de marzo de 2016, Apelación núm. 14-11684 .

⁷¹³ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 924.

⁷¹⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 22.

razonable que expusiese su persona o sus bienes a un daño sustancial y presente. Sin embargo, tras las reformas, ya no se exige el temor pueda producir tal daño sustancial y presente. Así, el artículo 1.140 establece que la violencia ocurre cuando una parte se compromete bajo la presión de una restricción que lo inspira con el temor de exponer a su persona, su fortuna o la de sus familiares a daños considerables. La amenaza de recurrir a un remedio jurídico no constituye violencia, salvo si el remedio jurídico se desvía de su propósito o cuando se ejerce para obtener una ventaja manifiestamente excesiva (artículo 1.141)⁷¹⁵.

En la última versión de la reforma se suprimió el concepto de “violencia económica” que había sido reconocido por la jurisprudencia como vicio del consentimiento al que eran aplicables las normas de la violencia, en concreto en la importante Sentencia del Tribunal de Casación francés, de 3 de abril de 2.002⁷¹⁶. Como destaca YÁÑEZ VIVERO, este pronunciamiento de la suprema corte francesa influyó notablemente en el proceso de reforma del Derecho de Obligaciones francés. Se ha afirmado, incluso, que la denominada violencia económica se encuentra en el corazón de la reforma del Derecho de Obligaciones francés y que la asimilación del abuso de dependencia a la violencia es una de las innovaciones esenciales de la reforma. Los requisitos de la “violencia económica” eran, en el Anteproyecto de reforma, los siguientes: (i) situación de “debilidad” de una de las partes, materializada en un estado de

⁷¹⁵ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de noviembre de 1959. En este caso, X tenía un derecho de *surenchérir*, es decir, un derecho a presentar una mejor oferta que otros postores en la subasta. Este derecho podía ejercerse incluso dentro de los diez días siguientes a la última y más alta oferta (en este caso por Y). Si X hubiera hecho valer ese derecho, habría estado legalmente autorizado a obligar a Y a abandonar la casa. Sin embargo, X amenazó a Y con ejercer su derecho de *surenchérir* para obtener de Y una declaración de que había actuado en la subasta en nombre de X (lo que X obtuvo de hecho, privando así a Y de sus propios derechos en la casa). Como el derecho de *surenchérir* no se otorga con este fin, X fue culpable de abuso de Derecho, lo que hace que la amenaza sea ilegítima. En concreto, el Tribunal consideró que la amenaza de recurrir a una acción judicial constituye una violencia en el sentido de los artículos 1111 (ahora artículos 1140) y siguientes sólo si se produce un abuso de Derecho a recurrir a dicha acción, ya sea porque se ejerce para un fin distinto del logro de su objetivo propio o porque se utiliza para obtener una promesa o una ventaja que no guarda relación o es desproporcionada con la obligación esencial que se debe.

⁷¹⁶ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de abril de 2002, Apelación Núm. 00-12.932. Es interesante apuntar que esta Sentencia no anula el acuerdo de las partes por concurrir violencia que vicie el consentimiento, ya que entiende que la cesión por una persona a su empleador de su derecho de autor sobre un diccionario concebido y realizado por él, cuando en el momento de la cesión esa persona estaba amenazada por el plan de despido, no se considera como explotación abusiva de una situación de dependencia económica. Si bien, el Tribunal, pese a no admitirlo en este caso, sí admitió que un supuesto de “violencia económica” podría invalidar el consentimiento.

Vid. También Tribunal de Casación francés. Sentencia de 5 de octubre de 2006, Apelación núm. 04-11179. En esta Sentencia el Tribunal sí anuló el contrato como consecuencia de una situación de debilidad. En concreto, se trata de una empleada que había sido despedida de su empresa. Acordó con su abogado pagarle 100.000 francos en concepto de honorarios. Sin embargo, el pacto fue anulado por el Tribunal al entender que la empleada había accedido al pago de tal suma, en el momento en que se encontraba en una situación de debilidad, debido a su necesidad de recibir la indemnización por su situación de endeudamiento y estado de debilidad psicológica.

necesidad o de dependencia; (ii) explotación por la otra parte de esta situación de “debilidad”; y, (iii) obtención de una “ventaja manifiestamente injusta”. Si bien, el texto finalmente aprobado prescinde de la idea de “debilidad”, sustituyéndola por la de “dependencia” – y no sólo la económica– en el artículo 1.143 del Código Civil que se vincula a tal noción, al establecer que “*Existe igualmente violencia cuando una parte, abusando del estado de dependencia en el cual se encuentra su contratante, obtiene de él un compromiso que no hubiera suscrito en ausencia de tal coacción y de la que obtiene una ventaja manifiestamente excesiva*”. Además, la redacción final del precepto también prescinde del estado de necesidad como el impulsor de la celebración de un contrato y desaparece el segundo párrafo del precepto del Anteproyecto en el que se especificaba el contorno del término “debilidad” contractual. En definitiva, explica YÁÑEZ VIVERO, se modifica el texto y el espíritu de la regla respecto al precedente normativo, con el propósito de eliminar, en lo posible, los elementos de tinte subjetivo de “debilidad” y explotación de esa “debilidad”. En opinión de esta autora, cuanto más se objetiven los requisitos más fácil y segura será la aplicación de la norma que los contenga, pero tiene el riesgo de dejar fuera supuestos que quizá merecieran estar comprendidos⁷¹⁷. El artículo 1.143 establece, por ende, tres condiciones: una parte explota el estado de dependencia de otra, obteniendo de la misma un compromiso al que esta última no habría accedido en ausencia de tal obligación y obtiene de ello una ventaja manifiestamente excesiva. Sin embargo, la violencia sólo se produce si una parte contratante explota el estado de dependencia de la otra. En otras palabras, si una parte contratante se aprovecha del estado de dependencia de la otra parte respecto de un tercero, por ejemplo, un amigo cercano o un miembro de la familia, el contrato no puede ser anulado. Si bien este aspecto tiene como base la seguridad jurídica, según BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, podría decirse que crea una disonancia con el artículo 1.142 y el objetivo general de la justicia contractual⁷¹⁸.

Los vicios del consentimiento son una causa de nulidad relativa del contrato (artículo 1.131), pudiendo ser solicitada por la parte a la que la ley pretende proteger, siendo posible la confirmación del contrato (artículo 1.181). Se exige que la nulidad sea declarada judicialmente, salvo que las partes concluyan que existe nulidad de mutuo acuerdo. Una vez anulado el contrato, se considera que éste no ha existido nunca, debiendo las partes restituirse las prestaciones realizadas. Asimismo, la parte perjudicada puede reclamar la indemnización de los daños sufridos en las condiciones del Derecho común de la responsabilidad extracontractual (artículo 1.178).

⁷¹⁷ YÁÑEZ VIVERO, F., 2019, *Op. Cit.*, pág. 34-35.

⁷¹⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1172, 1194.

3.4. Formación del contrato.

La inclusión de las negociaciones precontractuales constituye una de las principales novedades de la reforma de 2.016 (ni el texto anterior Código Civil francés de 1.804, ni el Código Civil español, por ejemplo, cuentan con disposiciones relativas a la formación distintas a las de validez del contrato). El nuevo artículo 1.112 sitúa las negociaciones contractuales bajo el principio de libertad contractual y añade que las exigencias de la buena fe deben presidir esta fase contractual⁷¹⁹. En caso de falta cometida en las negociaciones, el citado artículo dispone que “(...) *la reparación del perjuicio que resulte no puede tener por objeto el compensar las ventajas esperadas del contrato no concluido*”. La conducta culposa en las negociaciones obligan a su autor a reparar la responsabilidad civil; que, en principio, será extracontractual⁷²⁰, a menos que exista un acuerdo convencional para esta fase de las negociaciones y su terminación⁷²¹. Por tanto, la responsabilidad contractual en esta fase de las negociaciones no se excluye tampoco, pues puede ocurrir que, a la hora de concluir un contrato comercial, las partes hayan llegado a algún tipo de acuerdo durante las negociaciones (por ejemplo de confidencialidad) previo al contrato final o principal; por lo que si una parte incumple el contrato previo, surge la responsabilidad contractual⁷²².

⁷¹⁹ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 20 de noviembre de 1972, Apelación núm. 70-14154. Esta Sentencia considera que la responsabilidad por mala fe precontractual se impondrá cuando una parte mantenga intencionadamente a otra en un estado de incertidumbre prolongado y luego interrumpa las negociaciones avanzadas sin motivo legítimo, a sabiendas de que la otra ha incurrido en gastos considerables.

⁷²⁰ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 7 de noviembre de 1961, Apelación núm. 60-10459. En esta Sentencia el Tribunal estimó que la caída de un cliente en una tienda no tiene ninguna relación directa con el contrato de venta, aún no celebrado, y que además el contrato de venta no da lugar a ningún deber de cuidado hacia el comprador. Además, no existe una relación contractual previa, por lo que la responsabilidad sólo puede ser extracontractual.

⁷²¹ Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, *Cit.* Comentario al artículo 1.112 del Código Civil.

⁷²² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 361.

Indica QUIÑONES ESCÁMEZ que, en esta materia, el Derecho francés está en sintonía con la interpretación del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE)⁷²³ y del legislador europeo⁷²⁴ y con los textos de Derecho Contractual europeo y los Principios para los Contratos del Comercio Internacional (Principios UNIDROIT) que regulan la formación del contrato y la fase precontractual. En todo caso, lo susceptible de ser reclamado es el interés negativo, por lo que se excluye la vertiente positiva o las expectativas de pérdida de negocio⁷²⁵. Comentan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que lo anterior se justifica por la regla general en Derecho francés de que las partes son libres de romper las negociaciones. Esta libertad sería ilusoria si los Tribunales concedieran daños y perjuicios que incluyeran el interés positivo. En ese caso, la parte que se ha visto vulnerada estaría en la misma posición que si se hubiera celebrado el contrato⁷²⁶. Además, resulta novedoso el apartado primero del artículo 1.112 el cual incluye un deber general de información, de orden público, al establecer que “*Aquella de las partes que conoce una información cuya importancia es determinante para el*

⁷²³ TJCE. As. 334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Sentencia de 17 de septiembre de 2002. Este asunto fue muy significativo en esta materia en el ámbito europeo, porque, aunque se limitaba al supuesto ruptura injustificada de las negociaciones, ha marcado la exclusión de todos los supuestos de responsabilidad precontractual del ámbito de los Reglamentos comunitarios en materia contractual. En concreto, esta Sentencia tuvo por objeto la interpretación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Hoy Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L 351/1, de 20 de diciembre de 2012)). El TJCE dispuso que “*la obligación de reparar el perjuicio supuestamente derivado de una ruptura injustificada de las negociaciones únicamente puede resultar de la infracción de normas jurídicas, en particular de la que obliga a las partes a actuar de buena fe en las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato*”. De este modo, “*la responsabilidad derivada en su caso de la circunstancia de no haberse celebrado el contrato contemplado en la demanda en el asunto principal no puede ser de naturaleza contractual*” (Apdos. 25 y 26).

⁷²⁴ Así, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008) dispone en el Apdo. 12 de su Exposición de Motivos que las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DOUE núm. L 199/40, de 31 de julio de 2007). Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de contractual. No obstante, cabe añadir que SÁNCHEZ LORENZO apunta a este respecto que “*en realidad, el artículo 12 del Reglamento “Roma II” sí distingue, y solo contempla y resuelve la responsabilidad precontractual en la medida en que la obligación precontractual sea “extracontractual”, lo que deja abierto en todo caso el problema calificadorio*”; según SÁNCHEZ LORENZO, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 80.

⁷²⁵ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 26 de noviembre de 2003, Apelación núm. 02-1418. El perjuicio causado por los estudios previos realizados y destinados a valorar las ganancias que reportaría la conclusión del contrato debía tenerlos en cuenta en la indemnización para reparar el daño, pero descartó el Tribunal el que la pérdida de expectativas (oportunidad de obtener ganancias) fueran parte de la indemnización.

⁷²⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 870.

consentimiento de la otra debe informarla desde que, legítimamente, esta última ignora esta información o confía en su co-contratante"; sometiendo dicho deber al principio de confidencialidad, toda vez que *“Quien utilice o divulgue sin autorización para ello información confidencial obtenida con ocasión de las negociaciones, se compromete con su responsabilidad en las condiciones del Derecho común”*⁷²⁷. No obstante, apunta SAVAUX que el hecho de que la obligación de información no recaiga más que sobre aquél que conociese determinada información cuya importancia sea determinante, y no sobre el que debiera conocerla, podría acarrear un cierto retroceso de la obligación que pesa sobre los profesionales fuera de los textos particulares que la ponen de forma especial a su cargo⁷²⁸.

En concreto, la reforma de 2.016 incluye la regulación y definición de los pre-contratos (*avant-contracts*), en los artículos 1.123 y 1.124 del Código Civil. El primero regula el pacto de preferencia (*“El pacto de preferencia es el contrato por el que una parte se compromete a proponer prioritariamente a su beneficiario tratar con él en el caso de que dicha parte se decida a contratar”*) y las posibles sanciones en caso de vulneración distinguiendo según que el tercero haya sido de mala fe (sustitución del tercero) o de buena fe (nulidad del contrato) según el conocimiento que tenía del pacto de preferencia y de la voluntad del beneficiario. Es decir, se trata de un acuerdo según el cual si una parte “A” decide celebrar un contrato, hará la primera propuesta de ese contrato a la otra parte “B”. Si A celebra un contrato con un tercero sin ofrecérselo primero a B, B puede recuperar su pérdida; o, si el tercero conocía el pacto de preferencia, B puede exigir sustituir al tercero⁷²⁹. Por su parte, el artículo 1.124 regula la promesa unilateral, definiéndolo como *“el contrato por el que una parte, el promitente, consiente al otro, el beneficiario, el derecho, durante un cierto tiempo, de optar por la celebración de un contrato cuyos aspectos esenciales están determinados, y para cuya formación sólo falta el consentimiento del beneficiario”*, estableciendo que *“la revocación de la promesa durante el tiempo dejado al beneficiario para optar no impide la formación del contrato prometido”*. Comenta QUIÑONES ESCÁMEZ que, en la regulación de esta figura, el legislador de 2.016 dirimió entre una jurisprudencia algo dividida y criticada, mostrándose a favor de la fuerza obligatoria o la eficacia de la promesa unilateral, al igual que la fuerza obligatoria y eficacia del pacto de preferencia⁷³⁰.

Por otro lado, en cuanto a la formación del contrato, como constató REINER, la regulación sobre esta materia se inspiró en los Principios UNIDROIT de 2.010 (artículos 2.1.1 a 2.1.14), así como en los PECL (artículos 2:201 a 2:211) o el DCFR (artículos II-4:201 a 4:208, II-4:211),

⁷²⁷ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 12-13.

⁷²⁸ SAVAUX, E., 2016, *Op. Cit.*, pág. 726.

⁷²⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 507.

⁷³⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 18.

acercándose a la orientación del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB–) (§145 a 156 del BGB). De este modo, la formación del contrato se produce por la existencia de una oferta y una aceptación, mediante las cuales las partes manifiestan su deseo de celebrar el contrato. Esta manifestación podrá producirse a raíz de una declaración o por el comportamiento inequívoco de las partes (artículo 1.113). De la misma forma que el Derecho español, la regla básica consiste en que nadie quedará vinculado por un contrato que no ha tenido intención de concluir (artículo 1.156)⁷³¹. Por otro lado, la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato previsto y expresar la voluntad del autor de obligarse en caso de aceptación. En caso de que no concurren dichos requisitos, sólo habrá una invitación para entrar en una negociación (artículo 1.114)⁷³², es decir, una oferta "sujeta a confirmación" no es en realidad una oferta, sino sólo una invitación a hacer una oferta, porque no muestra la necesaria intención de quedar vinculada por la mera aceptación⁷³³.

Los dos artículos siguientes (artículos 1.115 y 1.116) regulan el retracto y la revocación de la oferta. El nuevo artículo 1.115 dispone que: “*(La oferta) podrá ser libremente retractada mientras no haya llegado a conocimiento de su destinatario*”. Respecto a la revocación, el nuevo artículo 1.116 dispone que: “*(La oferta) no podrá ser revocada antes de que expire el plazo fijado por su autor, o, en su defecto, antes de que expire un plazo razonable*”. Es decir, cuando se entienda expresa o implícitamente que una oferta ha de permanecer abierta durante cierto período, la oferta no podrá retirarse dentro de ese período sin incurrir en responsabilidad⁷³⁴. Siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, lo anterior implica que, en Derecho francés, la consecuencia de la obligación de mantener la oferta abierta durante un cierto período no es que la revocación de la oferta carezca de efecto, sino que el oferente está obligado a pagar daños y perjuicios por la pérdida que el destinatario de la oferta ha sufrido a causa de la revocación prematura, siendo la responsabilidad de tipo extracontractual⁷³⁵. Los mismos autores apuntan que de lo anterior también se desprende que, en el Derecho francés, incluso una oferta a una persona determinada puede ser revocada efectivamente mientras no se haya aceptado sin comunicar el hecho de la revocación al destinatario: por ejemplo, una oferta de venta de bienes será revocada efectivamente mediante la venta de los bienes a un tercero, independientemente de que el destinatario tenga o no

⁷³¹ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 23.

⁷³² Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de marzo de 1990, Apelación núm. 88-12477. Esta Sentencia establece que no se considera una oferta el caso de que una empresa que vende bienes, indicando que su propuesta no es definitiva y que posteriormente debe ser aprobada o aceptada.

⁷³³ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 474.

⁷³⁴ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de diciembre de 1958; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 7 de mayo de 2008, Apelación núm. 07-11690.

⁷³⁵ RUIZ ARRANZ, A. I., “La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad”, *Anuario de derecho civil*, 71, 4, 2018, pág. 1398.

conocimiento de la venta. Esta regla, que puede estar vinculada al carácter subjetivo de la noción de contrato en el Derecho francés, contrasta con el Derecho alemán⁷³⁶. Comenta RUIZ ARRANZ que el artículo 1.116 es pionero en ofrecer, hoy, una consecuencia jurídica concreta y expresa a la revocación indebida de una oferta vinculante. Además, el precepto supera el tradicional dogma ligado a la oferta vinculante, consistente en pensar que la irrevocabilidad constituía el único remedio frente a la revocación de la oferta⁷³⁷.

En el artículo 1.117, en primer lugar, se establece que *“La oferta caduca al expirar el plazo fijado por su autor o, en su defecto, al término de un plazo razonable”*⁷³⁸. Es interesante que la segunda parte de este precepto decide finalmente una discusión jurisprudencial⁷³⁹ que tuvo lugar durante años, esto es, la cuestión de saber si la oferta caduca en caso de fallecimiento del oferente o si, por el contrario, debe mantenerse; optándose por la caducidad de la oferta y no por su transmisión a los herederos. Así, dispone el artículo 1.117 que *“La oferta caduca al expirar el plazo fijado por su autor o, en su defecto, al término de un plazo razonable. También caducará en caso de incapacidad o fallecimiento del oferente o del destinatario”*. Según BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, esta solución ha sido legítimamente criticada por varias razones, sugiriendo que en principio (i) el oferente ha expresado algún tipo de voluntad que ya no está en su poder y que (ii) el destinatario de la oferta puede transmitir perfectamente a sus herederos y beneficiarios la oferta⁷⁴⁰.

Por otro lado, la aceptación constituye la manifestación de voluntad de someterse a los términos de la oferta. En concreto, el artículo 1.118 dispone: *“La aceptación es la manifestación de la voluntad del destinatario de quedar obligado por los términos de la oferta. Mientras la*

⁷³⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 504.

⁷³⁷ RUIZ ARRANZ, A. I., 2018, *Op. Cit.*, pág. 1398.

⁷³⁸ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de mayo de 1972, Apelación núm. 71-11393. En este caso, el Tribunal consideró que si no se acepta una oferta en un plazo de diez meses y dentro de ese plazo el destinatario se ha comunicado con el oferente en términos incompatibles con la intención de aceptar la oferta, ésta no podrá ser aceptada; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 20 de mayo de 2009, Apelación núm. 08-13230. Esta Sentencia sostuvo que una oferta que no esté sujeta a un límite de tiempo expreso caducará después de un tiempo razonable.

⁷³⁹ Tradicionalmente, se consideró que la oferta no puede existir sin la voluntad del oferente, por lo que la oferta caduca en caso de muerte del oferente. Sin embargo, en 1983, el Tribunal de Casación promulgó una Sentencia en sentido contrario, es decir, la oferta no caducará si el oferente fallece (Tribunal de Casación francés. Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Apelación núm. 82-12996). En 1989, el Tribunal de Casación cambió de nuevo su punto de vista y volvió a la perspectiva tradicional (Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de mayo de 1989, Apelación núm. 87-18130), cambiando de nuevo en 1997 a la perspectiva de no caducidad (Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de diciembre de 1997, Apelación núm. 87-18130), siendo finalmente resuelta la cuestión por el nuevo artículo 1117 del Código Civil, en el sentido de que la oferta caduca en caso de muerte del oferente; a lo que la reforma de 2018 añadió que también caduca en caso de muerte del destinatario.

⁷⁴⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 530.

aceptación no haya llegado al oferente, puede retirarse libremente siempre que la revocación llegue al oferente antes de la aceptación. (similar regulación respecto a la revocación de la aceptación puede encontrarse en el artículo 2.1.10 de los Principios UNIDROIT). Además, una oferta puede ser aceptada por conducta, pero la conducta debe ser inequívoca⁷⁴¹. El precepto establece también que: “*Una aceptación que no se ajuste a la oferta no tiene ningún efecto, aparte de constituir una nueva oferta*”, aunque para que la declaración sea una contraoferta y no una aceptación, es necesario que las modificaciones muestren algún punto de desacuerdo y no equivalgan a meras especificaciones sin alterar el objeto del contrato⁷⁴².

En lo que respecta a los contratos celebrados a distancia, el contrato se perfecciona desde que la aceptación llega al oferente, reputándose concluido en el lugar donde haya llegado la aceptación (artículo 1.121). Destaca QUIÑONES ESCÁMEZ que la jurisprudencia no se había posicionado de forma clara a favor de la teoría de la recepción o de la teoría de la emisión, optando finalmente el legislador por la teoría de la recepción (como en Derecho español), siguiendo el ejemplo de algunos textos contemporáneos (como el artículo 18.2 de la CVCIM). Los autores que comentan la reforma de 2.016 consideran que el legislador ha modificado las soluciones dadas por la jurisprudencia, que eran a favor de la teoría de la emisión⁷⁴³.

Destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que el momento en que se entiende perfeccionado el contrato puede ser importante en varios aspectos, por ejemplo, si ha entrado en vigor una nueva ley o para determinar el comienzo de períodos, como el de prescripción. Así, una consecuencia importante de la conclusión de un contrato de compraventa en Derecho francés es la transferencia de la propiedad y el riesgo de la cosa vendida. Por lo tanto, el momento en que la aceptación se hace efectiva también afecta al punto en que el riesgo de la mercancía se transfiere al comprador⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 1 de febrero de 2005, Apelación núm. 03-19354. Un propietario hizo una oferta para alquilar un piso por 1800 francos al mes. Esta oferta se hizo a través de un plan de vivienda pública. El propietario envió una versión corregida del contrato tachando el importe y sustituyéndolo por 1930 francos al inquilino. El inquilino argumentó que no estaba obligado a pagar la cantidad corregida. El Juzgado de distrito consideró que, al permanecer en el local durante algún tiempo mientras tenía la versión corregida del contrato, el inquilino aceptó quedar obligado por la cantidad corregida. No obstante, el Tribunal de Casación entendió que la aceptación implícita de un alquiler de 1930 francos mensuales por parte del inquilino sólo podía resultar de actos que manifestaran su voluntad de manera inequívoca, por lo que revocó la Sentencia del Juzgado.

⁷⁴² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 561.

⁷⁴³ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 14 y 17.

⁷⁴⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 547.

3.5. Incumplimiento del contrato.

El artículo 1.217 del Código Civil francés propone una lista de sanciones cuyo objetivo es permitir la ejecución del contrato o, al menos, dar salida a la situación de dificultad planteada por un incumplimiento contractual: “*La parte en cuyo detrimento no se haya cumplido el compromiso, o lo haya sido imperfectamente, podrá: rechazar o suspender el cumplimiento de su propia obligación [exceptio non adimpleti contractus, artículos 1.219 y 1.220]; instar la ejecución forzosa in natura del compromiso [artículos 1.221 y 1.222]; solicitar una reducción del precio [artículo 1.223]; provocar la resolución del contrato [artículos 1.224 a 1.230, que incluye la resolución unilateral en el artículo 1.226 y la resolución judicial en el artículo 1.228]; solicitar reparación de las consecuencias del incumplimiento [artículo 1.231]*”. Añade que: “*Los remedios que no sean incompatibles podrán acumularse; los daños y perjuicios podrán añadirse a todos los demás remedios*” (similar al artículo 8:102 de los PECL). Además, el artículo 1.218 establece también el supuesto de fuerza mayor, de manera que “*Habrà fuerza mayor en materia contractual cuando un suceso ajeno a la voluntad del deudor, que no pudiera preverse razonablemente al tiempo de la celebración del contrato y cuyos efectos no puedan evitarse con medidas apropiadas, impida el cumplimiento de su obligación por el deudor*”. Destaca QUIÑONES ESCÁMEZ, que se trata de soluciones que consolidan la jurisprudencia y siguen a los textos de armonización europeos⁷⁴⁵.

En primer lugar, la *exceptio non adimpleti contractus* se regula expresamente, a partir de la reforma de 2.016 (antes de la reforma no había un precepto específico, pero este remedio era acogido por la jurisprudencia), en los artículos 1.219 y 1.220, estableciendo que, si el incumplimiento de una de las partes es lo suficientemente grave, la otra parte podrá negarse a cumplir con su obligación⁷⁴⁶. El propósito del requisito de la gravedad, que equivale a una prueba de proporcionalidad, es evitar la aplicación desproporcionada de este remedio. Asimismo, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación cuando sea evidente que la otra parte no lo hará a su debido tiempo y que las consecuencias del incumplimiento sean suficientemente graves para ella. Dicha suspensión deberá notificarse lo antes posible. Indican BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que, aunque los artículos 1.219 y 1.220 no lo mencionen expresamente, la *exceptio non adimpleti contractus* debe aplicarse sólo en el caso de que las dos partes deban actuar simultáneamente. Si la parte A debe cumplir antes que la parte B, B puede negarse a hacerlo hasta que A lo haya hecho, simplemente porque la

⁷⁴⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 33.

⁷⁴⁶ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 30 de enero de 1979, Apelación núm. 77-13151. Este caso se consideró que el arrendatario de equipo defectuoso no tenía derecho a suspender el pago de los alquileres ya que el incumplimiento cometido por el arrendador no era de magnitud suficiente.

ejecución de B aún no es exigible; B, por tanto, no necesita recurrir a la *exceptio non adimpleti contractus*⁷⁴⁷.

En segundo lugar, el acreedor podrá exigir el cumplimiento específico o *in natura*. La exigibilidad del cumplimiento, destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, es un principio clave del Derecho Contractual francés, a menudo ligado a la fuerza vinculante del contrato (artículo 1.103 del Código Civil). Se suele considerar que, si se priva de ese recurso, el contrato tiene menos fuerza vinculante⁷⁴⁸. Una innovación interesante respecto a este remedio es, según el artículo 1.221, que no se podrá exigir el cumplimiento de la obligación si deviene imposible o existe una desproporción manifiesta entre el coste que supone para el deudor de buena fe (el requisito de la buena fe fue añadido por la reforma de 2.018) y el interés para el acreedor. Por una parte, se regula una excepción a la ejecución en caso de imposibilidad material, jurídica o moral, en particular si atenta contra las libertades individuales del deudor. Por otro lado, se regula la posibilidad de evitar la ejecución en caso de "desproporción manifiesta". Esta opción no existía con carácter previo a la reforma, dado que el deudor no podía sostener su incumplimiento con base en la desproporcionalidad. Según el Informe que acompaña a la reforma esta nueva excepción tiene por objeto evitar ciertas decisiones jurisprudenciales muy controvertidas: cuando el cumplimiento *in natura* sea extremadamente oneroso para el deudor sin que el acreedor tenga un interés real en ello, en efecto, parece injusto e injustificado que éste pueda exigirlo, mientras que una condena a daños y perjuicios podría proporcionarle una compensación adecuada por un precio mucho más reducido⁷⁴⁹. Comenta ROWAN que el alcance de esta excepción no está claro, toda vez que no se da ninguna orientación sobre el significado de "desproporción manifiesta". El consenso general entre los comentaristas es que los Tribunales franceses tienden a interpretar restrictivamente este tipo de excepciones, pues históricamente han estado muy dispuestos a ordenar el cumplimiento específico y sólo en casos extremos los Tribunales han rechazado este remedio. Esta regulación aproxima el Derecho francés al enfoque internacional de los Principios UNIDROIT (artículo 7.2.2) y PECL (artículo 9:102), textos que reconocen que el perjudicado tiene derecho al cumplimiento específico sujeto a determinadas excepciones, incluyendo que tal cumplimiento fuera excesivamente oneroso o costoso⁷⁵⁰. Por su parte, BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER consideran que esta disposición introduce un análisis de coste-beneficio sobre la aplicación del cumplimiento específico. Sin

⁷⁴⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1677.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, pág. 1583.

⁷⁴⁹ Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, *Cit. Comentario* al artículo 1.221 del Código Civil.

⁷⁵⁰ ROWAN, S., "The new French law of contract", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 66, no. 4, 2017, pág. 13-14.

embargo, apuntan también estos autores que esta disposición aporta cierta incertidumbre, ya que otorga nuevas facultades al Tribunal; evitando, no obstante, las consecuencias extremas que se derivaban de la jurisprudencia anterior. Al aplicar el artículo 1.221, es probable que los Tribunales franceses recurran a un criterio de proporcionalidad; aun cuando quedan por resolver algunas cuestiones, en particular, la de su carácter imperativo o no imperativo, preguntándose si podrían las partes acordar excluir la aplicación de este precepto mediante una cláusula que impidiera invocar la “desproporción manifiesta”⁷⁵¹,

Además, el artículo 1.222 establece que el acreedor también podrá, con un plazo y un coste razonables, exigir el cumplimiento de la obligación o, previa autorización del Juez, destruir lo que se haya hecho en violación de la misma. Podrá solicitar al deudor el reembolso de las sumas comprometidas a tal fin. Es de destacar que no se exige autorización judicial para exigir el cumplimiento de la obligación pero sí, como manifiesta el propio Informe de la reforma, para solicitar la destrucción de lo que se ha realizado en contravención de la obligación, teniendo en cuenta el carácter irremediable de tal destrucción a fin de evitar los abusos por parte del acreedor⁷⁵².

En tercer lugar, el acreedor podrá solicitar una reducción del precio. El artículo 1.223 dispone que, en caso de cumplimiento defectuoso de la prestación, el acreedor podrá, tras la notificación formal y si aún no ha pagado la totalidad o parte del cumplimiento, notificar al deudor lo antes posible su decisión de reducir el precio proporcionalmente (acción *quantum minoris*). La aceptación por parte del deudor de la decisión del acreedor de reducir el precio debe ser por escrito. Cuando el acreedor ya hubiera pagado, a falta de acuerdo entre las partes, puede solicitar al Tribunal una reducción del precio. Este precepto, por tanto, deja en manos de las partes la posibilidad de reducir el precio, en primer lugar; si bien, no impide que posteriormente, el Tribunal acuerde reducir el precio.

En cuanto a la resolución como remedio frente a un incumplimiento contractual, el artículo 1.224 del Código Civil establece que ésta resultará de la aplicación de una cláusula resolutoria, o bien cuando el incumplimiento sea lo suficientemente grave⁷⁵³, de la notificación del acreedor al deudor (*mise en demeure*) o de una decisión judicial. En efecto, la regulación de la resolución mediante notificación del acreedor al deudor supone una importante innovación, poniendo de

⁷⁵¹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1622.

⁷⁵² Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, *Cit. Comentario* al artículo 1.222 del Código Civil.

⁷⁵³ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de septiembre de 2016, Apelación núm. 15-20614. En este caso, un club ecuestre pretendía cancelar la suscripción de un miembro después de que se hubiera comportado de forma inapropiada con otros jinetes. En este sentido, se estimó la resolución unilateral del club justificada por la gravedad del incumplimiento del contrato por parte del miembro.

manifiesto la flexibilidad del Derecho Contractual francés en la nueva regulación de la resolución judicial por incumplimiento, toda vez que permitirá resolver el contrato de una forma más fácil, rápida y económica. En este sentido, el artículo 1.226 del Código Civil señala que el acreedor puede, por su cuenta y riesgo, resolver el contrato mediante notificación. Excepto en caso urgente, el acreedor deberá notificar al deudor para exigirle el cumplimiento dentro de un plazo razonable. De este modo, si el deudor no cumple con su obligación dentro de dicho plazo, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato, mediante notificación en la que deberá expresar las razones de resolución. En caso de oposición, el deudor podrá impugnar la resolución judicialmente, debiendo probar entonces el acreedor la gravedad del incumplimiento.

Destaca WHITTAKER que lo anterior aclara la posición jurídica en beneficio de las partes contratantes y permite la rescisión del contrato por incumplimiento sin necesidad de acudir a los Tribunales para pedir una resolución. En este sentido, se produce un cierto alejamiento de la posición tradicional en la que una parte en un contrato necesitaba una dispensa judicial formal para escapar a sus obligaciones, incluso cuando esto estaba justificado por el incumplimiento de la otra parte⁷⁵⁴. Como se ha expuesto anteriormente en el Apartado 2.5 sobre la regulación del incumplimiento del contrato en el Derecho español, la doctrina y la jurisprudencia española han acogido la solución expuesta y regulada en el Código Civil francés; sin embargo, no se ha llevado a cabo una reforma expresa que incluya esta concreta solución en el Código Civil español.

Asimismo, el artículo 1.228 prevé que el Tribunal pueda, según las circunstancias, declarar la resolución del contrato, ordenar su cumplimiento, concediendo un plazo al deudor o únicamente una indemnización por daños y perjuicios. Es decir, el Tribunal, según las circunstancias, puede conceder al deudor un plazo adicional (*délai*), es decir, una última oportunidad para actuar. Tradicionalmente, esto se aplicaba sólo a la resolución judicial (*résolution judiciaire*). En la actualidad, el Juez también puede conceder una *délai* cuando el acreedor rescinde unilateralmente el contrato y el deudor acude a los Tribunales para impugnar la validez de ese acto unilateral. En tal caso, el Tribunal puede –al menos en teoría, ya que en la práctica esto no siempre será posible una vez que el contrato se haya considerado resuelto por el acreedor– anular la resolución y conceder un *délai* para que cumpla la otra parte⁷⁵⁵.

Otra característica relevante sobre la resolución contractual en el Derecho francés es que admite la resolución en los contratos sinalagmáticos imperfectos y en los unilaterales a título oneroso, doctrina que ha encontrado eco en la jurisprudencia francesa. Y ello, a diferencia de

⁷⁵⁴ WHITTAKER, S., 2017, *Op. Cit.*, posición 1968-1971.

⁷⁵⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1805.

otros ordenamientos jurídicos (como el español), en los que la resolución requiere la existencia de un contrato bilateral perfecto, es decir, no basta que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de una ha de ser querida como equivalente de la otra, existiendo entre ellas una mutua condicionalidad⁷⁵⁶.

Además, en Francia, a pesar que el Código Civil no lo prevé expresamente, la jurisprudencia⁷⁵⁷ permite que el acreedor pueda modificar su elección del remedio (*ius variandi*), esto es, el hecho de que haya optado por la resolución del contrato no impide demandar a continuación el cumplimiento específico o viceversa, ya que el Tribunal de Casación francés considera que una y otra acción constituyen “dos formas diferentes del ejercicio del mismo derecho”⁷⁵⁸.

Asimismo, la reforma de 2.016 también adoptó un nuevo enfoque omitiendo la referencia expresa al carácter retroactivo de la resolución, así como la distinción entre los contratos de tracto sucesivo (en los que los efectos de la resolución eran *ex nunc*) y los contratos de tracto único (en los que los efectos de la resolución eran *ex tunc*). Esta elección fue el resultado de las críticas doctrinales a esta inadecuada distinción, ya que la imposibilidad material de hacer una restitución no se da sólo en los contratos de tracto sucesivo. Por ello, el artículo 1.229 adopta una concepción unitaria de la resolución. Abandonando la oposición entre ejecución instantánea y sucesiva, el actual precepto distingue entre los contratos cuya ejecución encuentra su utilidad y su justificación en la plena ejecución del acuerdo, en cuyo caso las partes deben restituir al otro todo lo que han adquirido; y, los contratos en los que las prestaciones se vuelven plenamente útiles y justificadas a medida que se ejecutan, en cuyo caso no es necesario restituir el período anterior a la última prestación por la que no se ha recibido la contra-ejecución. El artículo 1.229 especifica que en esta última situación la resolución se denomina *résiliation*⁷⁵⁹. Asimismo, este precepto dispone que la restitución tiene lugar en las condiciones previstas en los artículos 1.352 a 1.352-9. Estos preceptos forman parte de un nuevo Capítulo del Código Civil francés, incluyendo la regulación de la restitución en general, no sólo en casos de resolución del contrato por incumplimiento, sino también en casos, por ejemplo, de mala fe.

Lo anterior pone de manifiesto la modernización que ha conllevado la reforma de 2.016 para el Derecho Contractual francés. Como indica SAVAUX, la desjudicialización en la

⁷⁵⁶ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3684.

⁷⁵⁷ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 26 de abril de 1989, Apelación Núm. 87-16619.

⁷⁵⁸ PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo IV.47. La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 5.

⁷⁵⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1714.

aplicación de las reglas del contrato ha constituido una innovación relevante de la reforma, acercando de nuevo el Derecho francés a los instrumentos internacionales (artículo 7.3.2 de los Principios UNIDROIT; artículo 9.303 de los PECL). Si bien, hay que tener en cuenta que la reforma tampoco busca una ausencia total del Juez, sino su repliegue a una posición de retaguardia⁷⁶⁰.

Otra gran innovación es la introducción relativa a la revisión del contrato por imprevisión (*rebus sic stantibus*), la cual no figuraba en el Código Civil napoleónico de 1.804 –donde sólo la fuerza mayor podía limitar el cumplimiento del contrato (artículo 1.134)– ni en la codificación civil española. En Alemania, tampoco el *System des römischen Rechts* de SAVIGNY la tuvo en cuenta⁷⁶¹. Así pues, el nuevo artículo 1.195 prevé que “*Si un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de la celebración del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir tal riesgo, esta podrá solicitar una renegociación del contrato a la otra parte. La primera parte seguirá cumpliendo sus obligaciones durante la renegociación*”; y añade que: “*Su carácter determinante se apreciará en atención a las personas y las circunstancias en las que el consentimiento ha sido dado*”, añadiendo que “*En caso de negativa o de fracaso de la renegociación, las partes pueden convenir la resolución de contrato, en la fecha y las condiciones que ellas determinen, o podrán solicitar de común acuerdo al Juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo en un plazo razonable, el Juez puede, a demanda de una parte, revisar el contrato o ponerle, en la fecha y los términos que este estime oportunos*”. Este artículo se aparta del enfoque previo y viene a revertir la decisión sobre el “Canal de Craponne”, de 6 de marzo de 1.876, en la cual la *Cour de Cassation*⁷⁶² sostuvo que el contrato debía mantenerse de manera rígida de acuerdo con sus términos. En este sentido, los Tribunales no podían usar el paso del tiempo o los cambios de circunstancias como base para adaptar el contrato en términos que las partes no habían acordado. Así, en ausencia de una cláusula que permitiera la modificación o alteración de los términos contractuales, el contrato debía permanecer fiel a sus términos originales. Mantiene SAVAUX que el nuevo artículo 1.195, inspirado en el Derecho comparado (como en el § 313 del BGB y artículo 1.467 del Código Civil italiano) y en los proyectos europeos e internacionales de armonización (como en el artículo 6:111 de los PECL o artículos 6.2.1 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT), se ha presentado como una manifestación de la justicia contractual y seguridad jurídica⁷⁶³. No obstante, como sostiene QUIÑONES ESCÁMEZ, la introducción de la imprevisión en la reforma francesa es restrictiva, no sólo porque siga rigiendo

⁷⁶⁰ SAVAUX, E., 2016, *Op. Cit.*, pág. 730.

⁷⁶¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 29.

⁷⁶² Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de marzo de 1.876.

Vid. También: Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de junio de 1921.

⁷⁶³ SAVAUX, E., 2016, *Op. Cit.*, pág. 732.

la intangibilidad del contrato como la regla principal y la imprevisión sea una excepción y esté sometida a varias condiciones, sino por el carácter dispositivo del nuevo artículo, toda vez que las partes pueden descartar de antemano la aplicación del artículo 1.195. En este sentido, se pronuncia el Informe que acompaña a la reforma al establecer que “*el texto reviste un carácter dispositivo y las partes podrán acordar previamente descartarlo*”⁷⁶⁴.

En cuanto a la imposibilidad temporal, tras la reforma de 2.016, el artículo 1.218 del Código Civil contempla expresamente la fuerza mayor como susceptible de implicar un incumplimiento definitivo y la resolución del contrato. En este sentido, dicho precepto establece que “*Habrá fuerza mayor en materia contractual cuando un suceso ajeno a la voluntad del deudor, que no pudiera preverse razonablemente al tiempo de la celebración del contrato y cuyos efectos no puedan evitarse con medidas apropiadas, impida el cumplimiento de su obligación por el deudor*”, para a continuación establecer las consecuencias de tal impedimento, por cuando “*Si el impedimento es temporal, se suspende el cumplimiento de la obligación, salvo que la demora justifique la terminación del contrato. Si el impedimento es permanente, el contrato se extingue por efecto de la ley y las partes quedan liberadas de sus obligaciones en las condiciones previstas en los artículos 1.351 y 1.351-1*”.

La definición del artículo 1.218 se ajusta al significado que se suele dar a la fuerza mayor en el *Common Law*. En los sistemas de Derecho anglosajón, la fuerza mayor no es un concepto jurisprudencial o legal, sino más bien una descripción genérica de la aplicación de cualquier cláusula del contrato que proporcione un remedio a una parte que se haya visto impedida de cumplir por hechos ajenos a su control. No obstante, la definición de fuerza mayor en los contratos de Derecho anglosajón suele referirse a “un acontecimiento que está fuera del control de las partes”. El uso de una expresión similar en el artículo 1.218 ilustra uno de los objetivos de la reforma de 2.016, esto es, hacer que el Derecho Contractual francés sea más comprensible y previsible, constituyendo un factor susceptible de atraer a los inversores y operadores extranjeros que deseen basar su contrato en el Derecho francés⁷⁶⁵.

Por su parte, el artículo 1.351 del Código Civil crea una unión entre el concepto de fuerza mayor y la imposibilidad de cumplimiento, al establecer que “*La imposibilidad de realizar el acto de cumplimiento libera al deudor en la medida que esa imposibilidad resulte de un acontecimiento de fuerza mayor y es definitiva, a menos que haya aceptado asumir el riesgo del acontecimiento o se le haya notificado previamente su realización*”. No obstante, destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que la relación entre ambos conceptos es confusa. Explican estos autores que, tradicionalmente, la imposibilidad de cumplimiento es

⁷⁶⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 31-32.

⁷⁶⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 2024.

una de las principales condiciones de la fuerza mayor. La jurisprudencia⁷⁶⁶ exige desde hace tiempo que para que un acontecimiento sea calificado como fuerza mayor, debe hacer imposible el cumplimiento de la obligación. Esta condición se conoce como la “irresistibilidad” de los efectos del acontecimiento y ha sido codificada por la reforma de 2.016 como una de las condiciones de la fuerza mayor. Sin embargo, en virtud del artículo 1.351, la “imposibilidad de cumplimiento” se considera también como consecuencia de la fuerza mayor⁷⁶⁷.

Las condiciones para la fuerza mayor (artículo 1.218) difieren de las requeridas para la imprevisión (artículo 1.195): el cumplimiento de la obligación debe ser "impedido" (y por lo tanto imposible) y no simplemente "excesivamente oneroso". Los efectos de la fuerza mayor también son diferentes de los de la imprevisión: la fuerza mayor permite que el deudor no cumpla sus obligaciones y, por lo tanto, es una verdadera exención de responsabilidad para el deudor, mientras que la imprevisión permite la revisión del contrato por los Tribunales⁷⁶⁸.

Por último, el sistema francés sigue un modelo subjetivo en cuanto al deber que tiene el deudor de indemnizar al acreedor, es decir, distingue entre deudor culposo y deudor doloso o gravemente negligente (artículo 1.231-3 y 1.231-4). Así, el acreedor que haya sufrido un daño podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios a la parte incumplidora, si ésta no justifica que el incumplimiento es debido a causas de fuerza mayor (artículo 1.231-1). Y ello, sujeto a que cuando el incumplimiento no sea definitivo, el deudor sea notificado previamente del cumplimiento pendiente en un plazo razonable, tal y como establece el artículo 1.231. Además, conforme al principio de la reparación integral del daño recogido en el artículo 1.231-2, los daños y perjuicios que se deben al acreedor son, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de la que se ha visto privado. Consecuencia del citado principio es que la indemnización no pueda hacerse depender de la situación o necesidades personales del acreedor perjudicado o del deudor incumplidor, sino que se valore “objetivamente” en atención al daño, haciendo abstracción de cualquier criterio subjetivo. Si bien, también se entiende que acaecido el incumplimiento del contrato, no pueden ser indemnizables todas las pérdidas que eventualmente pudieran tener su origen en la falta de ejecución de la obligación, ni tampoco

⁷⁶⁶ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 8 de diciembre de 1998, Apelación núm. 96-17811. Según el contrato de 29 de mayo de 1990, la empresa Castorama confió al ICEV Lid'air viajes el transporte y el alojamiento de quinientos miembros de su personal, del 21 al 24 de enero de 1991, en Marrakech. Después de haber considerado la posibilidad de renunciar al viaje debido a las tensiones en el Oriente Medio y los países árabes, la empresa Castorama declaró, el 21 de diciembre de 1990, que mantendría el viaje. No obstante, el 14 de enero de 1991, en vísperas de la guerra de Iraq, canceló el viaje debido al agravamiento de la crisis del Golfo y exigió el reembolso de todas las sumas pagadas al operador turístico, citando como motivo de la terminación unilateral del contrato la fuerza mayor resultante de la guerra del Golfo, lo que fue estimado por el Tribunal de Casación.

⁷⁶⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 2022-2023.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, pág. 2093.

todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener, sino que debe hallarse la medida del principio de la reparación integral de los daños, estableciendo sus límites. De este modo, el Derecho francés aplica la teoría de la previsibilidad, de origen precisamente francés, que utiliza a su vez dos reglas diferenciadas aunque complementarias: la “previsión” y la “imprevisibilidad”. La regla de la previsión sostiene que daño previsto es el contemplado, expresa o implícitamente en el contrato, como daño indemnizable en caso de incumplimiento. La segunda regla consiste en que el daño imprevisible es el que, estando comprendido en el contrato, no es previsible en el momento de la celebración del mismo, para el contratante obligado a indemnizar. Tanto la idea de previsión como la de imprevisibilidad, operan en el ámbito estricto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, cuando los daños provienen del dolo o negligencia grave del deudor, no se aplican estas reglas generales, sino el principio de indemnización de todos los daños. En este caso, no es la autonomía de la voluntad, sino la ley, la que ordena la imputación objetiva del daño. No obstante, incluso en caso de dolo o negligencia grave, el alcance de la indemnización se puede limitar con base en la “teoría de la proximidad de la causa”, esto es, no se indemnizarán las consecuencias más alejadas e indirectas de la acción dolosa o negligente (artículos 1.231-3 y 1.231-4 del Código Civil)⁷⁶⁹. Por otro lado, la indemnización también puede quedar limitada como consecuencia de la intervención de la culpa del acreedor, además de la del deudor, en la causación del daño⁷⁷⁰.

El 1.231-5 del Código Civil también dispone la posibilidad de que el contrato estipule el importe de la indemnización de daños y perjuicios en caso de que una parte incumpla, esto es, la posibilidad de incluir la denominada “cláusula penal”, no pudiendo concederse a la parte perjudicada una suma mayor o menor. Si bien, el Juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena así acordada si es manifiestamente excesiva o irrisoria⁷⁷¹. El hecho de que el Juez pueda incluso aumentar la pena abre a los Jueces una vía para el control de las cláusulas penales, cuando estas pudieran contener una limitación de la responsabilidad en caso de incumplimiento, y se produjera un incumplimiento doloso o gravemente culposo. En estos supuestos, los Jueces podrán aumentar la pena pactada a fin de hacerla coincidir con los daños

⁷⁶⁹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 16, 30, 31.

⁷⁷⁰ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 31 de enero de 1973, Apelación núm. 71-12953. El Tribunal de Casación anuló una sentencia del Tribunal de Apelación que, después de declarar que el explotador de un zoológico tenía obligación de seguridad respecto de un visitante mordido por un oso, exonera parcialmente al explotador de su responsabilidad por el hecho de que hubo una causa ajena constituida por la caída de la víctima sobre la barrera protectora, que provocó su derrumbe.

Vid. También: Tribunal de Casación francés. Sentencia de 29 de abril de 1981, Apelación núm. 80-11289; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 2 de octubre de 2013, Apelación núm. 12-19887.

⁷⁷¹ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 5 de abril de 2016, Apelación núm. 14-20169. En este caso se dispuso que una cláusula de un contrato de préstamo que prevea un aumento del tipo de interés pagadero en caso de que el prestatario no pague a tiempo puede constituir una cláusula penal y puede ajustarse si el tipo de interés es excesivo, tal y como precisamente ocurrió.

efectivamente sufridos por el acreedor⁷⁷². Normalmente, indican BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, se pagará una suma acordada en concepto de daños y perjuicios que no es una pena, cualquiera que sea la pérdida real sufrida por la otra parte. Por lo tanto, funciona como un mínimo y un máximo. Sin embargo, si el deudor es culpable de dolo o negligencia grave, el acreedor puede reclamar la totalidad de los daños y perjuicios⁷⁷³ y no se limita a la cantidad acordada en la cláusula⁷⁷⁴.

En definitiva, es de destacar que la regulación actual del Derecho Contractual francés ha tendido a la modernización y alineación con los principios del Derecho de los Contratos europeos e internacionales. CABRILLAC sostiene que se trata de una reforma que integra diversas influencias extranjeras, sobre todo europeas, lo cual permite adaptar el Derecho Contractual francés a las realidades económicas y sociales del siglo XXI⁷⁷⁵. También indica QUIÑONES ESCÁMEZ que en su conjunto se trata de una reforma moderada y conciliadora. El carácter dispositivo de las normas, al dejar a los redactores del contrato la posibilidad de regular detalladamente la cuasi totalidad de los mismos, parece ser uno de los principales atractivos para que un Derecho nacional sea elegido como aplicable en el ámbito de la contratación internacional⁷⁷⁶. Del mismo modo, SAVAUX considera que el nuevo Derecho francés posee un cierto espíritu de moderación que puede servir de modelo, aunque el equilibrio del sistema vendrá a través de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del texto⁷⁷⁷. ROWAN apunta que la reforma ha resultado en un Derecho Contractual más accesible y predecible, siendo un texto más coherente y actualizado, lo que implica que sea menos necesario acudir a la jurisprudencia desarrollada a lo largo de doscientos años para interpretar la regulación. Lo anterior puede potenciar que el Derecho francés sea más atractivo para legisladores extranjeros y para que los operadores internacionales lo elijan como la ley aplicable a sus contratos; aunque, no obstante, sostiene esta autora que la reforma tendría que haber ido más lejos, pues se pueden encontrar diversos aspectos que pueden provocar ciertas incertidumbres, así como la ausencia de

⁷⁷² PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 50.

⁷⁷³ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de octubre de 1975, Apelación núm. 74-13217. En este caso, mediante un contrato, un artista intérprete se comprometió a actuar en una fiesta local. Dado que no se presentó en la fiesta, fue demandado por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato. Por tanto, se consideró que el artista, que firmó él mismo el compromiso y no notificó a los organizadores su deserción ni dio la más mínima explicación, manifestó así su intención de no cumplir su obligación, cometiendo una falta que justificó su condena a pagar una suma superior a la indemnización prevista en el contrato.

⁷⁷⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1934..

⁷⁷⁵ CABRILLAC, R., “El nuevo Derecho francés de los contratos”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, 70, 2016, pág. 65.

⁷⁷⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Conclusión.

⁷⁷⁷ SAVAUX, E., 2016, *Op. Cit.*, pág. 741.

importantes conceptos, lo que podría hacer perder influencia al Derecho francés y su reforma en el plano internacional⁷⁷⁸.

IV. DERECHO ITALIANO.

La experiencia codificadora italiana aparece vinculada a la Revolución francesa y a la invasión napoleónica, pero también tiene sus propias particularidades. El *Codice Civile* (Código Civil italiano) fue promulgado en 1.865 y, aunque seguía el modelo francés, presentó cierta originalidad tanto desde el punto de vista sistemático como de la regulación de determinadas instituciones, más adaptadas a las necesidades de la sociedad italiana. Apunta CARO GÁNDARA que su valoración por los historiadores ha sido positiva, por su originalidad y técnica, por la claridad de sus expresiones y por el desarrollo de algunas instituciones, todo ello considerado como un claro progreso respecto a su modelo francés⁷⁷⁹.

No obstante, las circunstancias económico-sociales e ideas políticas a finales del siglo XIX y comienzos del XX habían cambiado mucho. La industrialización de la economía y la expansión de las ideas democráticas apelaban a los intereses generales y a los principios de solidaridad y justicia social, evidenciando la crisis de los modelos decimonónicos. La regulación de las relaciones privadas se consideraba socialmente injusta. Concretamente por lo que hacía referencia a las instituciones de Derecho Privado, se apelaba a la función social de la propiedad y la equidad en los contratos. No obstante, ante la inminencia de la Primera Guerra Mundial, las reformas se sucedieron en forma de ley general que confirió al gobierno plenos poderes legislativos y de leyes especiales –leyes excepcionales–, lo que fue utilizado posteriormente por el régimen fascista para vaciar las competencias del Parlamento. Así, los trabajos para la elaboración de un nuevo Código Civil italiano (*Codice Civile*) se aceleraron a partir de 1.939, siendo aprobado en 1.942⁷⁸⁰, el cual sigue vigente en la actualidad. Se acometió una reforma profunda del Código Civil y del Código de Comercio (*Codice di Commercio*) – que finalmente quedaron unificados– con el objetivo de responder a los principios del régimen. La regulación de los contratos se encuentra recogida en su Libro IV. El Código Civil se caracteriza por contener elementos heterogéneos, pues sobre la influencia francesa se añaden doctrinas e instituciones germánicas. A las dos herencias se añade una ideología basada en la función social de la propiedad y el ejercicio de la autonomía privada; conceptos que, en el momento de la redacción del Código Civil, se identificaron con los principios del ordenamiento

⁷⁷⁸ ROWAN, S., 2017, *Op. Cit*, pág. 16, 17.

⁷⁷⁹ CARO GÁNDARA, R., “Capítulo I. 7. El Modelo contractual italiano”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 8, 10.

⁷⁸⁰ Real Decreto núm. 262, de 16 marzo 1942, de aprobación del texto del Código Civil (*Gazzetta Ufficiale* núm. 79, del 4 de abril de 1942).

corporativo; pero, a partir de 1.944, liberado de toda referencia a los principios del régimen, asumen un nuevo significado a la luz de los principios de la Constitución de la República de 1.948, convirtiéndose el contrato en el instrumento característico de la actividad empresarial de la era industrial⁷⁸¹.

4.1. Concepto de contrato.

El Código Civil italiano define el contrato como un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1.321 del Código Civil italiano). En este sentido, el acuerdo es fuente de derechos y obligaciones, admitiéndose que la promesa unilateral tiene efectos obligatorios sólo en los casos expresamente establecidos en la ley (artículo 1.987). Como establece el párrafo primero del artículo 1.372 del Código Civil, el contrato, una vez concluido, tiene fuerza vinculante entre las partes (*pacta sunt servanda*), es decir, una vez que el contrato se ha perfeccionado válidamente, las partes están obligadas a respetarlo. Según GARCÍA AMIGO, el concepto de contrato italiano representa una realidad integrada por una causa, una realidad que opera como causa, es decir, un hecho causal: la declaración de voluntades; y, dos efectos: el efecto denominado constitutivo, creador de relaciones jurídicas obligatorias contractuales; y, el efecto normativo o preceptivo, creador de la regla/norma o parte de la regla/norma reguladora de aquella relación jurídica, creada también por el acuerdo de voluntades. A este respecto, comenta este autor que los Códigos francés y español no reflejan explícita y formalmente, en la definición del contrato, el efecto normativo del mismo; cosa que sí hace, en cambio, el Código Civil italiano, recogiendo los tres aspectos del contrato, sea como hecho voluntario e intencional (negocio jurídico contractual: acuerdo); sea como relación jurídica, sea como norma o parte de la norma, a integrar con otras fuentes (reguladora de la relación contractual creada)⁷⁸².

Según el principio de libertad contractual, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley. Las partes también pueden concluir contratos que no pertenecen a los tipos que tienen una disciplina particular, siempre que estén dirigidos a lograr intereses dignos de protección de acuerdo con el sistema legal (artículo 1.322). Según CARO GÁNDARA, los límites impuestos por la ley son tanto los derivados de la producción en serie, como de la necesaria intervención de los poderes públicos. El primer límite se concreta en la eficacia que la ley atribuye a las condiciones generales de los contratos, impuestas unilateral y uniformemente por uno de los contratantes, que son eficaces frente a la otra parte, si en el momento de la conclusión del contrato ésta las ha conocido o las habría debido conocer observando una diligencia ordinaria (artículo 1.341). El segundo límite a la

⁷⁸¹ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 11, 17, 22. 23.

⁷⁸² GARCÍA AMIGO, M., 2006, *Op. Cit.*, pág. 3, 6.

libertad contractual puede estar motivado por la necesaria protección del interés público o del contratante débil. En estos casos, la intervención consiste en la inserción automática en el contrato de cláusulas contractuales impuestas por la autoridad pública –integrándolo– o incluso en sustitución de las cláusulas establecidas por las partes –corrigiéndolo– (artículo 1.339, sobre inserción automática de cláusulas, o párrafo segundo del artículo 1.419, sobre nulidad parcial). Por tanto, en el Derecho italiano la voluntad de las partes constituye tan solo una de las fuentes de regulación del contrato, junto con la ley, los usos, la equidad (artículo 1.175 y 1.374) y la buena fe (artículo 1.375). Como establece el artículo 1.374 del Código Civil, el contrato obliga a las partes no sólo en cuanto a lo que en el mismo se expresa, sino también a todas las consecuencias que de él se derivan según la ley, o, en defecto, según los usos y la equidad⁷⁸³. De este modo, el Código Civil incluye la regulación de estándares para el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, disponiendo que, en el cumplimiento de la obligación, el deudor debe usar la diligencia de un buen padre de familia. De la misma forma, en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad realizada (artículo 1.176).

Además del ya citado artículo 1.375, el Derecho Contractual italiano se refiere al principio de buena fe en diversas disposiciones, como el artículo 1.366 sobre interpretación y artículo 1.337 sobre negociación de los contratos. El artículo 1.175, que trata de las obligaciones en general, dispone que el deudor y el acreedor deberían comportarse de acuerdo con las reglas de la corrección y la lealtad (*correttezza*). La doctrina (BETTI⁷⁸⁴) destaca que la buena fe y la lealtad en las transacciones son conceptos objetivos que se refieren al comportamiento de un comerciante honrado. Funcionan como un límite al ejercicio de los derechos de una de las partes y protegen los intereses de la otra en asuntos distintos al cumplimiento en sí⁷⁸⁵.

Por otro lado, a diferencia del sistema español en el que el contrato tiene eficacia meramente obligatoria y sólo determinados contratos producen el efecto traslativo o constitutivo del derecho real si les sigue la tradición o entrega posesoria, en el sistema italiano el efecto traslativo de la propiedad o traslativo y constitutivo de otro derecho real se produce por el mero consentimiento de las partes⁷⁸⁶ –como en el sistema francés–, es decir, el contrato

⁷⁸³ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25, 30, 50.

⁷⁸⁴ BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 1953, pág. 65 y ss.

⁷⁸⁵ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 156.

⁷⁸⁶ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13793, de 31 de mayo de 2017. De esta Sentencia se desprende que el vendedor, que no ha entregado el bien vendido al comprador, no puede hacer valer frente a éste, que se ha convertido en propietario en virtud del artículo 1376 del Código Civil, su posesión de la "res" antes de la escritura de transferencia, para oponerse a la pretensión del propio comprador o para fundamentar una pretensión de adquisición por usucapión.

tiene eficacia por sí mismo (artículo 1.376)⁷⁸⁷. Son los denominados contratos con efectos obligatorios o contratos obligatorios. En este sentido, si la entrega de la cosa o el pago del precio se aplazan a un momento posterior de la celebración del contrato, la cosa “se entrega a” o el precio “se paga por” quien es ya propietario. Siguiendo a CARO GÁNDAR, el principio consensualístico es el que mejor favorece la circulación de la riqueza, en él, el iusnaturalismo se combina con el liberalismo económico, actuando como activador de la economía, pues se adquiere la propiedad de la cosa antes incluso de haber pagado el precio, pudiendo hacer frente al mismo con la reventa de la cosa. Sin embargo, los denominados contratos reales o contratos con efectos reales constituyen una excepción a dicho principio, en los que resulta necesario, además del acuerdo de las partes, la entrega de la cosa que constituye el objeto del contrato (por ejemplo, en el caso de la donación manual de escaso valor, el depósito, el comodato, el mutuo, el contrato constitutivo de prenda, el traspaso)⁷⁸⁸.

4.2. Requisitos del contrato.

Se exigen como elementos para considerar que existe un contrato el acuerdo de las partes, la causa, objeto y forma cuando sea necesaria por ley (artículo 1.325). En primer lugar, según BRUNI, las partes deben tener la intención, o se considera que tienen la intención, de crear una obligación jurídica. Dado que la base del contrato es la intención de las partes de vincularse a sí mismas, en ausencia de ello, su acuerdo no creará una obligación jurídica. La existencia o no de tal intención debe inferirse normalmente de las circunstancias; y, en particular, de lo que las partes dijeron e hicieron⁷⁸⁹.

Sin embargo, fruto de las declaraciones de las partes, puede entrar en juego la denominada simulación del contrato. Así, la simulación se produce cuando las partes, de acuerdo, ponen deliberadamente en su lugar declaraciones que difieren de su voluntad interior. En una regulación similar al Derecho español, la simulación es absoluta, cuando las partes concluyen un contrato cuyos efectos no desean, de modo que el contrato simulado no tiene efectos; y, relativa, cuando las partes concluyen un contrato diferente al que realmente quieren; si bien, el contrato encubierto tendrá efectos, siempre que concurren los requisitos de fondo y forma (artículo 1.414).

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 569, de 11 de enero de 2008. El Tribunal estimó que, en la venta a efectos reales, una vez concluido el contrato, el comprador obtiene inmediatamente, y sin necesidad de entrega material, no solo la propiedad sino también la posesión legal (*sine corpore*) con la obligación del vendedor de transferir la propiedad.

⁷⁸⁷ BLASCO GASCÓ, F.P., 2017, *Op. Cit.*, pág. 87.

⁷⁸⁸ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 53.

⁷⁸⁹ BRUNI, C., *Italian Contract Law in general*, Self Blog Publishing, 2018, Edición Kindle, pos. 67.

En cuanto a la forma, el Código Civil no contiene ningún precepto que establezca la regla general de libertad de forma. Su artículo 1.325 incluye, entre los requisitos esenciales de los contratos, la forma, pero especifica que ello es así “*quando resulta que es prescrita por la ley bajo pena de nulidad*”. Por ello, la opinión más generalizada sostiene la vigencia del principio de libertad de forma⁷⁹⁰, afirmando que, si la forma sólo es requisito constitutivo del contrato cuando la ley así lo prevé, la regla general es que la voluntad contractual puede manifestarse en cualquier forma. No obstante, cabe destacar que el Código Civil italiano se caracteriza por presentar una tendencia formalista ya que: a) existen un gran número de contratos que requieren la forma como condición de validez; b) además del importante número de contratos solemnes, también son abundantes los que requieren la forma escrita *ad probationem* (el artículo 1.350 dispone una lista de aquellos contratos que deben hacerse por escrito); c) existen una serie de negocios preparatorios de negocios solemnes en los que se cuestiona si también deben constar por escrito bajo pena de nulidad, aunque la ley no lo prevea así⁷⁹¹. Además, el artículo 1.352 establece que, si las partes han convenido por escrito en adoptar una determinada forma para la futura celebración de un contrato, se presume que la forma estaba destinada a la validez del contrato.

Siguiendo a FARINA, la noción de objeto (*oggetto*) del contrato está marcada por una incertidumbre significativa, no sólo por la ambigüedad de las múltiples previsiones normativas del Código Civil italiano, que utilizan la expresión “objeto” haciendo referencia a la prestación (artículos 1.346-1.349), al bien (artículos 1.221, 1.257, 1.59, 1.16), al objeto de la obligación (artículos 1.472, 1.474, 1.516, 1.518, 1.524, 1.529, 1.531, 1.567, 1.625, 1.627, 1.728) o al objeto de la prestación (artículos 1.174, 1.178, 1.282 y 1.288); sino también por la existencia de varias corrientes doctrinales contradictorias. Así, una primera orientación (FERRI⁷⁹²) ha identificado el objeto con el bien derivado del contrato. Mientras que otra teoría (OSTI⁷⁹³, SACCO-DE

⁷⁹⁰ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4541, de 22 de marzo de 2012. Esta Sentencia consideró la importancia que en el sistema contractual italiano domina el principio de libertad de forma, de modo que, fuera de los casos estrictamente previstos por la ley sobre la forma, debe considerarse que las partes contratantes son libres, en el ejercicio de su autonomía negociadora, de acordar la adopción de una forma convencional o, por el contrario, de revocar el acuerdo en la forma convencional previamente celebrado. En este sentido, incluso se prevé que las partes que han acordado la adopción de la forma escrita para un determinado acto, en su autonomía negociadora, podrán posteriormente renunciar al referido requisito, incluso tácitamente, mediante conductas incompatibles con su mantenimiento.

⁷⁹¹ SOTO MOYA, M., “Capítulo II.17. La forma del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 6, 9.

⁷⁹² FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli, 1993, pág. 159 y ss.

⁷⁹³ OSTI, G., “Contratto” en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, pág. 503 y ss.

NOVA⁷⁹⁴ o CAPOZZI⁷⁹⁵) hace referencia a la prestación derivada del contrato, al contenido del contrato, entendiéndose por prestación no sólo el comportamiento debido por el deudor, sino también el resultado de dicha conducta, y en consecuencia, el efecto jurídico al cual está dirigido el acuerdo. Sin embargo, otra corriente (IRTI⁷⁹⁶) critica la anterior concepción en el sentido de que el contenido del contrato es una noción más amplia, en comparación con la de objeto, que se incluye en la primera. Por ello, otra parte de la doctrina (BIANCA⁷⁹⁷) se centró en identificar el objeto con el término de referencia externo a la relación contractual, poniendo el énfasis en su descripción, esto es, en la representación que de él se ofrece en el documento contractual. Más recientemente, se ha optado por una pluralidad de nociones, teniendo en cuenta los principales efectos que el contrato está destinado a producir. Así, se ha entendido por objeto del contrato la prestación o el derecho a conseguirla, respecto de contratos de contenido obligacional; y la cosa o el derecho sobre ella, en hipótesis de contratos con efectos reales. Por su parte, la jurisprudencia se ha limitado a afirmar que el objeto del contrato puede entenderse como “*como el contenido de aquello pactado por las partes (artículo 1.233 del Código Civil) como el objetivo que las partes se han fijado (artículo 1.376 del Código Civil) y como los bienes que las partes entienden transferir*”⁷⁹⁸. No obstante, en otras ocasiones, indica FARINA⁷⁹⁹, que la jurisprudencia⁸⁰⁰ ha llevado el objeto del contrato “*a la prestación o al contenido del negocio y no al bien en sí*”.

Por otra parte, en una regulación muy similar a la contenida en el Código Civil español, el Código Civil italiano exige que el objeto sea posible, lícito⁸⁰¹, determinado o determinable, pudiendo ser objeto del contrato cosas futuras, siempre que no sea contrario a la ley (artículos

⁷⁹⁴ SACCO, R.; DE NOVA, G., *Il contratto*, II, UTET Giuridica, 1993, pág. 17.

⁷⁹⁵ CAPOZZI, G., *Il contratto in generale*, Giuffré Editore, 2002, pág. 345 y ss.

⁷⁹⁶ IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui: problemi generali*. Dott. A. Giuffrè, 1967, pág. 129.

⁷⁹⁷ BIANCA, M., *La vendita e la permuta*, 1, UTET, 1993.

⁷⁹⁸ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4870, de 15 de julio de 1983.

⁷⁹⁹ FARINA, M., “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, 29, 2015, pág. 115-117.

⁸⁰⁰ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 19190, de 15 de diciembre de 2003. En esta Sentencia se resolvió un caso en el que se estimó que la posible disconformidad del inmueble alquilado con las normas de edificación y urbanismo no determina la ilicitud del objeto del contrato, ya que el requisito de la licitud del objeto previsto en el artículo 1346 del Código Civil debe referirse a la prestación, o mejor dicho al contenido del negocio y no al inmueble (bien) en sí.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22312, de 24 de octubre de 2007.

⁸⁰¹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 21418, de 30 de agosto de 2018. En esta Sentencia se declaró nulo un contrato de compraventa para la construcción de una obra sin el permiso de obra requerido por ilegalidad del objeto.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 7961, de 20 de abril de 2016.

1.346 – 1.349). Así, en primer lugar, el objeto debe ser posible. Además de la imposibilidad material del objeto, existe la imposibilidad jurídica, cuando no se trata de un bien en sentido jurídico, por ejemplo, las cosas no valorables económicamente o sobre las que el hombre no puede disponer. De la imposibilidad jurídica debe distinguirse la ilicitud del objeto, consistente en una prestación que la ley prohíbe realizar. Por su parte, el objeto debe ser determinado o determinable, en el sentido de que permita una segura identificación, en este último caso, mediante criterios de determinación contenidos en el contrato o deducibles del mismo, no así cuando las partes se refieren a un sucesivo acuerdo para su determinación⁸⁰². Por su parte, el artículo 1.349 dispone que la determinación del objeto puede confiarse a un tercero (denominado “árbitro”, que es distinto del árbitro al que recurren las partes para la resolución de un conflicto), quien deberá determinar el mismo con justa apreciación. Si falta la determinación del tercero o si es manifiestamente injusta o errónea, la determinación la hace el Tribunal (artículo 1.473). La determinación dejada a la mera discreción del tercero no puede ser impugnada a menos que se demuestre su mala fe⁸⁰³. Si falta la determinación del tercero y las partes no se ponen de acuerdo para sustituirlo, el contrato será nulo. También se dispone una regla flexible para la determinación del precio, en el sentido de que, si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente⁸⁰⁴ y las partes no han determinado el precio, ni han acordado la forma de determinarlo, ni está establecido por un acto de la autoridad pública (o por normas de la empresa), se presume que las partes tenían la intención de referirse al precio que normalmente cobra el vendedor (artículo 1.474).

El Código Civil italiano no incluye expresamente qué se entiende por causa, regulando directamente su función, esto es, controlar que el propósito de un contrato no sea contrario a las leyes, la moral o el orden público (artículo 1.343 – 1.345). En un principio, por influencia de BETTI, la causa se consideró la función económico-social que caracterizaba cada tipo negocial. No obstante, esta teoría fue sustituida por una concepción más subjetiva, esto es, como función económico-individual, como expresión objetiva de los fines subjetivos perseguidos por las partes. Sin embargo, la orientación individualista a la que respondía esta última noción ha

⁸⁰² CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 42.

⁸⁰³ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 858, de 2 de febrero de 1999. De esta Sentencia se desprende que el árbitro, a quien se ha confiado la determinación de la prestación del contrato, puede decidir según su criterio individual, ya que las partes han confiado plenamente en su equidad e imparcialidad, así como en su capacidad de discernimiento. Por consiguiente, su apreciación está exenta de todo control sobre el fondo de la decisión y las partes sólo pueden impugnar la determinación hecha demostrando que ha actuado intencionadamente en detrimento de una de ellas. En tal caso, la actitud psicológica del árbitro que, traicionando la confianza que se le ha conferido, se inclina voluntariamente y con plena conciencia a los intereses de una de las partes, es de importancia decisiva, ya que no basta con que la tarea no se haya realizado plenamente y que las determinaciones carezcan de racionalidad.

⁸⁰⁴ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10503, de 8 de mayo de 2006.

provocado cierto rechazo y ha sido superada por el concepto de “causa en concreto”. La jurisprudencia actual⁸⁰⁵, de este modo, considera la causa como la proporcionalidad entre las prestaciones –en los contratos sinalagmáticos–, entendida como función de la específica negociación –más allá del tipo o modelo abstracto utilizado–, o síntesis de los específicos intereses que ese concreto contrato está llamado a realizar en relación con los medios utilizados para alcanzarlos: es decir, el objetivo común a las partes de un contrato, más allá de los motivos individuales de cada una. En concreto, en los contratos a título oneroso la causa se basa en un intercambio de prestaciones, mientras que en los contratos a título gratuito la prestación de una parte no encuentra su justificación en la contraprestación de la otra⁸⁰⁶. De este modo, el vínculo jurídico presupone, en la perspectiva unificadora de la “causa en concreto” y en el caso de una pluralidad coordinada de contratos, que todas las transacciones están destinadas a sus efectos típicos; de ello se desprende que no puede tener lugar entre las transacciones simuladas y las ocultas, puesto que la simulación misma ya está asignada a la persecución de fines no relacionados con los de la transacción formalmente establecida⁸⁰⁷.

No obstante, el Código Civil italiano no incluye ninguna norma que imponga expresamente el equilibrio económico entre las prestaciones contractuales, en el sentido de que, en principio –y en virtud del principio de libertad contractual–, a nadie se le prohíbe contratar en condiciones desventajosas para sí. El párrafo primero del artículo 1.372 del Código Civil establece que el contrato no puede ser disuelto sino por voluntad de las partes o por las causas establecidas en la ley; sin embargo, más allá de los supuestos en los que haya podido existir algún vicio del consentimiento, como el dolo o la violencia, la libertad contractual que se presupone a las partes, puede no ser más que una libertad formal, como ocurre en los contratos en los que exista

⁸⁰⁵ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4628, de 6 de marzo de 2015. En esta Sentencia, se reconoció la libertad de las partes para determinar y fijar un núcleo de intereses que pueden tener lugar en las diversas fases contractuales, reconsiderando los esquemas utilizados en la doctrina y la jurisprudencia anteriores sobre el tema, y adoptando, en cambio, la teoría de la causa concreta del contrato. Ya en otros casos el Tribunal había dado importancia al interés que las partes perseguían concretamente en el caso concreto, considerando como causa concreta del contrato la finalidad práctica de la transacción, síntesis de los intereses que la misma se dirige concretamente a alcanzar como función individual de la negociación única y específica, más allá del modelo abstracto utilizado.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 12069, de 16 de mayo de 2017. Sentencia que estableció que la causa en concreto –entendida como la finalidad práctica del contrato, como síntesis de los intereses que el negocio individual busca concretamente alcanzar, más allá del modelo de negociación utilizado– da relevancia a las razones, siempre que éstas hayan asumido un valor decisivo en economía del negocio, que se elevan a supuestos causales, y son comunes a las partes o, si se refieren a una sola de ellas, en cualquier caso son cognoscibles por la otra.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10490, de 8 de mayo de 2006.

⁸⁰⁶ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 39-40.

⁸⁰⁷ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13861, de 13 de mayo de 2013. Sentencia relacionada con la simulación de una escritura de donación.

una parte económicamente más débil. Por ello, si en un pasado la jurisprudencia sólo admitía la nulidad por defecto de causa del contrato sinalagmático cuando éste contuviera un precio simbólico o irrisorio⁸⁰⁸, a partir de los años ochenta, la causa concreta ha permitido acudir a la nulidad en los supuestos de falta de equivalencia de las prestaciones⁸⁰⁹, cambiando la tendencia seguida anteriormente⁸¹⁰.

Por último, como señala el artículo 1.418 del Código Civil, directa o indirectamente, el contrato es nulo por ilicitud de la causa, del objeto y de los motivos. El concepto de ilicitud expresa una contrariedad con el ordenamiento jurídico más grave que la mera contradicción con las normas imperativas. El objeto del contrato es ilícito cuando es el instrumento de una actividad contraria a las normas prohibitivas, al orden público y a las buenas costumbres; por el contrario, cuando se habla de causa ilícita se hace referencia a la función económico-social del contrato. Los supuestos más comunes de causa ilícita son los contratos concluidos en fraude de ley, esto es, la utilización de uno o más contratos lícitos para obtener un resultado equivalente a aquél prohibido por la ley. Aunque, como señala CARO GÁNDARA, en estos casos más que la causa, son los motivos los ilícitos, sólo coincidentes con la causa en una concepción subjetiva de la misma, no acogida por el legislador italiano, salvo cuando los motivos son ilícitos, es decir, contrarios a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres; además, para convertir en ilícito el contrato, se deben cumplir dos requisitos, ser el motivo exclusivo del contrato y ser común a ambos (artículo 1.345)⁸¹¹.

4.3. Vicios del consentimiento.

Los vicios del consentimiento son causas de anulabilidad del contrato, entendidos como aquellos supuestos en que la voluntad de una de las partes ha sido declarada por error o emitida como consecuencia de violencia o dolo de la otra parte (artículo 1.427 del Código Civil).

⁸⁰⁸ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 632, de 24 de febrero de 1968. El Tribunal sostuvo que la indicación de un precio absolutamente desprovisto de valor, y sin embargo meramente aparente y simbólico, puede dar lugar a la causa de nulidad de la venta por falta de uno de sus requisitos esenciales (la causa).

⁸⁰⁹ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 27.

⁸¹⁰ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2861, de 6 de octubre de 1955. En esta Sentencia se afirma que, en la compraventa de bienes, la correspondencia real entre el valor de los bienes y el importe del precio sólo concierne a las partes contratantes, ya que al sistema jurídico no le interesa la mera desproporción objetiva entre el precio y el valor.

⁸¹¹ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 45.

4.3.1. Error

En cuanto al error, siguiendo a CARO GÁNDARA, hay que distinguir entre error obstativo y error motivo (error obstativo). El primero recae sobre la declaración de voluntad y, en principio, no constituye un vicio del consentimiento. Y ello, con base en el principio de responsabilidad y de confianza, por el cual se entiende que el negocio no se encuentra viciado debido a una divergencia entre lo querido y lo declarado cuandoquiera que tal divergencia es debida a culpa del declarante⁸¹². No obstante, el Código Civil equipara el error obstativo al error motivo –que ahora se expondrá–, con la consecuencia de la anulabilidad del contrato sólo si es reconocible por la otra parte contratante (artículo 1.433). Se trata de un supuesto que hace recaer sobre el declarante el riesgo de la divergencia entre voluntad interna y externa de la declaración⁸¹³, no sólo suya, sino del encargado de transmitirla. Esta equiparación, que no es conocida en otros ordenamientos jurídicos, puede llegar a cuestionar el concepto de contrato contenido en el artículo 1.321. Por su parte, el error motivo, entendido como una falsa representación de la realidad presente que induce al sujeto a declarar una voluntad que en otro caso no habría manifestado, debe ser esencial, esto es, determinante de la voluntad, que recaiga bien sobre la naturaleza o sobre la identidad del objeto, bien sobre una cualidad del mismo (artículo 1.429). Cuando recaiga sobre la cualidad o la identidad de la persona del otro contratante, será un error esencial siempre que hayan sido determinantes del consenso (artículo 1.429.3), lo que ocurre en los contratos *intuitu personae*. Todos estos casos son errores de hecho, es decir, determinados por un falso conocimiento de los hechos, de las cosas o de las personas. En cambio, ni el error sobre el valor (aunque el error sobre el valor de la cosa enajenada es relevante para la nulidad del contrato cuando es consecuencia de un error sobre una cualidad esencial de la propia cosa⁸¹⁴), el error sobre el precio (que constituye un error obstativo), el error de previsión (que da lugar a la figura de la presuposición, que luego se expondrá en el Apartado 4.5) o el simple error de cálculo (que sólo da lugar a una rectificación, artículo 1.430) son causas de anulabilidad del contrato. Por otro lado, también es posible el error de derecho, provocado por la ignorancia o el falso conocimiento de las normas, en ese caso será un error esencial cuando constituya la razón principal del contrato (artículo 1.429.4). Además de esencial, el error debe ser reconocible por el otro contratante, actuando con una normal diligencia (artículo 1.428), en atención al contenido, a las circunstancias del contrato o a la cualidad de las partes (artículo 1.431), lo que deberá probar la parte que haya incurrido en el error⁸¹⁵. La parte que incurre en error no podrá reclamar la anulación del contrato si, antes de verse perjudicada, la

⁸¹² NEME VILLAREAL, M.L., “El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, 22, 2012, pág. 195.

⁸¹³ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2016, de 19 de enero de 1973.

⁸¹⁴ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 985, de 2 de febrero de 1998.

⁸¹⁵ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 47.

otra parte se ofrece a cumplir el contrato de manera coherente con el contenido y los términos del contrato que pretendía celebrar (artículo 1.432).

4.3.2. Violencia

La violencia también es causa de nulidad del contrato (artículo 1.434). Consiste en el medio a través del cual se obliga a una persona a declarar una voluntad como propia bajo amenaza de un mal injusto y evidente (artículo 1.435), incluso bajo amenaza de hacer valer un derecho, si va dirigida a conseguir una ventaja injusta (artículo 1.438). La violencia puede provenir de un tercero, que dará lugar a la anulabilidad del contrato aunque la otra parte la ignore; o, puede consistir en la amenaza de causar daño a la persona o los bienes de un tercero que guarde cierta relación con la parte que sufra la amenaza (artículo 1.436). Sin embargo, el Código Civil solo protege a la persona media, con cierto grado de sensatez, no estando amparado el simple temor reverencial (artículo 1.437). En todo caso, se habrá de tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de la persona (artículo 1.435)⁸¹⁶.

4.3.3. Dolo

El dolo se equipara al engaño que induce a la contraparte a incurrir en un error esencial, determinante para la conclusión del contrato (artículo 1.439, párrafo primero)⁸¹⁷. El engaño también puede provenir de un tercero, pero, a diferencia de la violencia moral, en este caso la parte a la que beneficie el engaño debe conocerlo (artículo 1.439, párrafo segundo)⁸¹⁸. Además, si existe el deber de informar sobre alguna cosa y se guarda silencio (dolo omisivo)⁸¹⁹, la

⁸¹⁶ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 47.

⁸¹⁷ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13034, de 24 de mayo de 2018. La intención fraudulenta que vicia la voluntad y cause la anulación del contrato implica necesariamente el conocimiento por parte del agente de las falsas representaciones que se producen en la víctima y la creencia de que es posible determinar la voluntad de otros mediante el artificio, la mentira y el engaño, induciéndolos específicamente a una farsa. Aplicando este principio, el Tribunal se mostró de acuerdo con la sentencia recurrida en la parte en que había afirmado que las mentiras atribuidas al vendedor, en relación con las características técnicas de las terminales suministradas, podían, a lo sumo, haber influido únicamente en las condiciones del suministro, sin afectar a la validez del contrato, y por lo tanto podían ser, en todo caso, causa de indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

⁸¹⁸ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 47.

⁸¹⁹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 11009, de 8 de mayo de 2018. El dolo omisivo se considera como un defecto de voluntad, apto para determinar la anulación del contrato, sólo cuando la inercia de la parte forma parte de un comportamiento complejo adecuadamente predispuesto, con malicia o astucia, para lograr el engaño perseguido; por lo tanto, el simple silencio y la reticencia, incluso en situaciones de interés de la otra parte, no cambiando la representación de la realidad, pero limitándose a no contrastar la percepción de la misma a la que ha llegado la otra parte contratante, no constituyen causa invalidante del contrato. En aplicación de este principio, el Tribunal Supremo, en relación con un contrato de compraventa de bienes inmuebles, excluyó que el silencio del vendedor, durante la fase de negociación, sobre la posibilidad de una terminación inminente del banco arrendatario

conducta puede considerarse dolosa, considerando el juego del artículo 1.439 con los artículos 1.337 y 1.338 del Código Civil, que establecen el deber de buena fe en las negociaciones y la obligación de las partes de comunicarse la existencia de las causas de nulidad del contrato conocidas o cognoscibles mediante una conducta diligente.

En Derecho italiano, explica BRUNI, la víctima de un engaño debe probar que no habría concluido el contrato si no hubiera sido engañada. Sin embargo, la persona engañada puede no poder probar con certeza que se habría abstenido de celebrar el contrato si hubiera conocido la verdad, pero si las circunstancias son tales que el conocimiento de la verdad hubiera inducido a un hombre razonable que actuara con la prudencia y la discreción ordinarias a no celebrar el contrato, el Tribunal, según el caso, podrá justificar que la representación constituyó de hecho una inducción al contrato⁸²⁰.

No obstante lo anterior, si el engaño no afecta a la víctima de tal modo que habría celebrado el contrato igualmente, pero en condiciones diferentes, el contrato será válido y la víctima tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios (artículo 1.440). Lo anterior delimita el concepto de dolo incidental, cuyo supuesto de hecho exige unos presupuestos bien definidos por la jurisprudencia⁸²¹: (a) existencia de maniobras maliciosas realizadas de mala fe por un contratante en perjuicio de otro; (b) provocación del error, si bien sin determinar un vicio de la voluntad con entidad suficiente para invalidar el contrato; y, (c) la circunstancia de que el contrato se habría concluido en condiciones diferentes de no haber mediado el dolo⁸²².

De este modo, los vicios del consentimiento legitiman a la parte por ellos afectada para ejercer la acción de anulabilidad del contrato (artículo 1.441), que necesita hacerse valer por una acción judicial y no por una mera declaración de voluntad, siendo posible la confirmación expresa o tácita del contrato (artículo 1.444). De la anulación del contrato pueden derivarse obligaciones indemnizatorias, principalmente a cargo de quien hubiera causado el vicio o lo hubiera conocido sin dar noticia a la otra parte, como expresamente reconoce el artículo 1.338.

de los locales objeto del contrato pudiera constituir una hipótesis de dolo omisivo, considerando como decisiva la circunstancia de que en el contrato de arrendamiento entre el vendedor y el banco, conocido por el comprador, se preveía el derecho de resolución "*ad nutum*" del arrendatario y que, por lo tanto, ese ingreso por concepto de alquiler no era, ni podía considerarse, seguro.

⁸²⁰ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 721.

⁸²¹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 1560, de 26 de mayo de 1953; Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2798, de 4 de abril de 1990;.

⁸²² PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 41.

4.4. Formación del contrato.

Por influencia germánica, el Código Civil italiano regula la responsabilidad precontractual en el ya citado artículo 1.337, considerando a la buena fe como la directriz a la que las partes debe ajustarse en las negociaciones y en la formación del contrato. Apunta BRUNI que, aunque tal vez no exista todavía una relación contractual, ya existe una relación específica que implica el deber de las partes de comportarse con lealtad. Un caso común de ese deber se produce cuando una de las partes interrumpe las negociaciones sin causa justificada cuando han llegado a una etapa en la que la otra parte puede esperar razonablemente que se celebre un contrato definitivo. Otro caso es la violación de la confidencialidad, que se deriva del deber de la parte de no revelar a ningún tercero información sobre la marcha de las negociaciones cuando esa información pueda poner en peligro la transacción. En los casos de responsabilidad precontractual, la parte culpable está obligada a indemnizar a la otra parte, pero sólo por los daños realmente sufridos (interés negativo). Por el contrario, el beneficio que la parte inocente habría recibido del contrato, si éste se hubiera celebrado válidamente, no es recuperable (interés positivo)⁸²³. En concreto, el artículo 1.338 prevé una acción de resarcimiento del daño sufrido por una parte que haya “*confiado, sin su culpa, en la validez del contrato*”, mientras que la otra parte conocía, o debía conocer, la existencia de una causa de invalidez y no la había puesto en su conocimiento.

Tradicionalmente, ha venido prevaleciendo la tesis jurisprudencial⁸²⁴ de la naturaleza extracontractual de la responsabilidad precontractual, porque para la jurisprudencia sólo debía considerarse responsabilidad contractual la que derivase del incumplimiento de un contrato ya celebrado⁸²⁵. No obstante, una Sentencia reciente del Tribunal de Casación italiano, de 12 de julio de 2.016⁸²⁶ expresó su opinión sobre esta cuestión controvertida, apartándose de la

⁸²³ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 249.

⁸²⁴ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 16735, de 29 de julio de 2011. De esta Sentencia se extrae que la responsabilidad precontractual derivada de la infracción de una norma de conducta establecida por el artículo 1337 del Código Civil, para proteger el correcto desarrollo del proceso formativo del negocio constituye una forma de responsabilidad extracontractual, a la que deben aplicarse las normas pertinentes sobre la distribución de la carga de la prueba. De ello se desprende que, si el comportamiento ilícito se integra en la retirada injustificada de una parte en las negociaciones, no corresponde a la parte que se retira demostrar que su comportamiento corresponde a los cánones de la buena fe y la equidad, sino que corresponde a la otra parte demostrar que la retirada está fuera de los límites de la buena fe y la equidad postulados por la norma en cuestión.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15040, de 5 de agosto de 2004.

⁸²⁵ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20, 34.

⁸²⁶ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 14188, de 12 de julio de 2016. En este caso concreto, se consideró que en los contratos celebrados con la Administración Pública, el desarrollo de los efectos vinculantes para las partes, más allá de la estipulación formal de un acuerdo de negociación, está sujeto a la aprobación ministerial de conformidad con el Real Decreto del 18 de noviembre de 1923,

orientación clásica, viniendo a sostener que la responsabilidad por el daño causado por una parte a la otra durante las negociaciones, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones específicas (buena fe, protección, información) anteriores a las que se derivarán del contrato, siempre y cuando se haya concluido, solo puede calificarse como responsabilidad contractual.

Distinto es el supuesto de conclusión de un contrato preliminar (*contratto preliminare*) regulado en el artículo 2.932, el cual establece que si la parte que está obligada a celebrar un contrato no cumple con la obligación, la otra parte puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado. Se trata de la denominada sentencia constitutiva porque "constituye" los efectos del contrato definitivo celebrado⁸²⁷.

Siguiendo a CARO GÁNDARA, el acuerdo de las partes constituye el primer requisito para la validez del contrato en el Derecho italiano. Es el encuentro de las declaraciones de voluntad de los contratantes, de forma que el contrato sólo se considera perfeccionado si existe una total coincidencia entre ellas, no siendo suficiente un acuerdo parcial. En palabras de BRUNI, un acuerdo significa que las dos partes tienen la misma intención en lo que respecta al objeto, es decir, la ejecución o el incumplimiento en cuestión, y que esta intención es expresada o comunicada por cada una de ellas a la otra⁸²⁸. El acuerdo normalmente surge por la aceptación de una oferta (que debe ser completa, en el sentido de que contenga todos los elementos del

núm. 2440, artículo 19, a realizarse con disposición expresa adoptada por el órgano competente en la forma solemne que prescribe la ley, cuya existencia no puede inferirse implícitamente de la conducta de la Administración, de manera que, a los efectos de la efectiva terminación del vínculo contractual, aunque exista formalmente, no basta la mera adjudicación pronunciada a favor del contratista, así como la estipulación formal del contrato de licitación pública en las formas que prescribe la ley (artículos 16 y 17 del citado decreto); cualquier responsabilidad de la Administración, pendiente de la aprobación ministerial, debe configurarse como una responsabilidad precontractual, de conformidad con los artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano, que puede enmarcarse en la responsabilidad contractual de un "contacto social calificado", entendido como un hecho apto para producir obligaciones, de conformidad con el artículo 1173 del Código Civil, y del cual derivan, para las partes, no obligaciones de cumplimiento conforme al artículo 1174 del Código Civil, sino obligaciones mutuas de buena fe, protección y de información, de conformidad con los artículos 1175 y 1375 del Código Civil.

⁸²⁷ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 14372, de 5 de junio de 2018. Si las partes en un contrato preliminar de una venta inmobiliaria han convenido que el pago del precio debe efectuarse en el momento de la conclusión del contrato definitivo, la exigencia de la oferta a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2932 del Código Civil italiano debe considerarse satisfecha con la presentación de la solicitud de ejecución concreta de la obligación de contratar, porque está necesariamente implícita en ella; en tal caso, debe dictarse ciertamente la sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido y debe imponerse el pago del precio como condición para que se produzca el efecto traslativo derivado del pronunciamiento del Juez.

⁸²⁸ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 201.

futuro contrato⁸²⁹), y puede ser expreso (por escrito, oralmente o mediante cualquier otro signo, como en la subasta) o tácito, mediante un comportamiento concluyente. El acuerdo puede tener lugar entre presentes o entre ausentes. En concreto, el artículo 1.326 establece que “1. *El contrato se forma en el momento en que el que hizo la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.* 2. *La aceptación debe llegar al oferente dentro del plazo fijado por él o dentro de lo que sea normalmente necesario según la naturaleza de la transacción o del uso.* 3. *El oferente puede considerar efectiva la aceptación tardía, siempre que informe inmediatamente a la otra parte.* 4. *Cuando el oferente requiera una forma específica de aceptación, ésta no será efectiva si se da en una forma diferente.* 5. *Una aceptación que no se ajuste a la oferta equivale a una nueva oferta”.*

Con base en el precepto transcrito, con carácter general en el Derecho italiano la conclusión del contrato se rige por el principio de la cognición⁸³⁰, es decir, se considera que hay acuerdo entre las partes cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, aunque también admite que se ejecute el contrato, sin una respuesta previa, bien sea a solicitud del proponente o por los usos o naturaleza de la transacción (artículo 1.327). Si bien, se establece una presunción *iuris tantum* en el artículo 1.335 del Código Civil, mediante la cual la oferta, la revocación y la aceptación (o cualquier otra declaración) se presumen conocidas desde el momento de su llegada a la dirección del destinatario, salvo que éste acredite que, por causa no imputable a él, no pudo tener noticias⁸³¹. Según LARA AGUADO, con esta presunción se salvaguarda la seguridad jurídica, puesto que el oferente no estará vinculado por un contrato sin saber que ha sido aceptado e impide que el oferente retrase el momento del conocimiento de la declaración de voluntad del aceptante, por lo que se dice que trata de mantener un justo equilibrio⁸³².

⁸²⁹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15964, de 7 de julio de 2009. Esta Sentencia estimó que, en materia de contratos, para que una oferta sea capaz de determinar, en la concurrencia de la adhesión del destinatario, la celebración de un contrato válido, es necesario que la declaración del oferente sea completa, en el sentido de que contenga todos los elementos del futuro contrato, y que, además, no vaya acompañada de reservas en cuanto a su carácter actualmente vinculante, porque la declaración que no manifiesta una decisión, sino que se dirige al destinatario sólo para establecer una negociación o para expresar una voluntad del autor sin que éste se exponga al vínculo contractual si no es después de otros pasos de evaluación, no da al destinatario mismo la facultad de determinar, con la aceptación, el efecto concluyente del contrato.

⁸³⁰ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 38.

⁸³¹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22687, de 28 de septiembre de 2017. En esta Sentencia se pone de relieve que la declaración unilateral comunicada por carta certificada se presume recibida (y, por tanto, conocida en su contenido), incluso en ausencia del aviso de recepción, sobre la base del certificado de expedición emitido por la oficina de correos, por lo que corresponde al destinatario probar la supuesta discordancia entre la declaración recibida y la indicada por el remitente, ya que el destinatario no puede limitarse a una objeción genérica al envío de la carta certificada.

⁸³² LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

Una oferta puede ser revocada hasta que se concluya el contrato. Sin embargo, si el aceptante ha comenzado a cumplir de buena fe antes de tener noticia de la revocación, el oferente está obligado a indemnizarle por los gastos y pérdidas sufridas al comenzar la ejecución del contrato, de acuerdo con las normas de la responsabilidad contractual⁸³³. La aceptación puede ser revocada, siempre que la misma llegue a conocimiento del oferente antes de la aceptación (artículo 1.328). Si el oferente se ha comprometido a mantener la oferta abierta durante un cierto plazo de tiempo, no podrá revocarla hasta transcurrido dicho plazo (en tal caso, la muerte o la incapacidad sobrevenida del oferente no priva a la oferta de efectos, a menos que la naturaleza de la transacción u otras circunstancias impidan tal efecto, artículo 1.329). Este tipo de contratos se denominan “opción”. Siguiendo a BRUNI, una opción es en sí misma un contrato del que se derivan efectos legales antes de que se convierta mediante aceptación en un contrato de otro tipo, por ejemplo, un contrato de compraventa. El otorgante de la opción, por tanto, no puede revocar la oferta hasta que haya transcurrido el tiempo acordado⁸³⁴. En concreto, el artículo 1.331 dispone que cuando las partes acuerdan que una de ellas permanecerá vinculada por su declaración y que la otra tiene la facultad de aceptar o no, la declaración de la primera se considera una oferta irrevocable en el sentido del artículo 1.329.

El Código Civil italiano también regula el caso de un contrato del que emanan obligaciones únicamente para el oferente y la eficacia de los actos unilaterales. En el primer supuesto, la oferta destinada a celebrar un contrato del que surgen obligaciones únicamente para el oferente es irrevocable en cuanto la parte a la que se destina tenga conocimiento de la misma. El destinatario puede rechazar la oferta dentro del plazo requerido por la naturaleza de la transacción o por uso. En ausencia de tal rechazo, se concluye el contrato (artículo 1.333). Los actos unilaterales surten efecto desde el momento en que llegan al conocimiento de la persona a quien están destinados (artículo 1.334). Por su parte, la aceptación no conforme con la oferta se considera una nueva oferta (párrafo quinto del artículo 1.326) y exige la aceptación del originario oferente.

4.5. Incumplimiento del contrato.

Siguiendo a BRUNI, la finalidad del contrato es el cumplimiento de las partes, y el pleno cumplimiento es su conclusión natural: es lo que las partes tienen en mente cuando celebran el acuerdo. En este sentido, el cumplimiento significa el cumplimiento exacto de las promesas hechas. Es lo que se conoce como “*esatto adempimento*” (cumplimiento exacto). Se comete un incumplimiento de contrato por una de las partes, por tanto, cuando repudia injustificadamente

⁸³³ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 664, de 8 de marzo de 1972.

⁸³⁴ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 226.

el contrato, o no cumple total o parcialmente sus obligaciones, o hace imposible el cumplimiento de la otra parte, o cuando realiza un acto que ha acordado no realizar. En estas circunstancias, la otra parte dispone de una serie de remedios que dependen de la naturaleza del cumplimiento o incumplimiento acordado y del grado del incumplimiento⁸³⁵.

El Código Civil italiano prevé tres supuestos: a) cumplimiento o resolución por incumplimiento, b) resolución por imposibilidad sobrevenida y c) resolución por excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1.453 a 1.469 del Código Civil). En cuanto al primer supuesto, si una de las partes no cumple con sus obligaciones, la otra parte puede solicitar, a su elección, el cumplimiento o la resolución del contrato, junto con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios si procediera. Los artículos 1.453 y 1.454 del Código Civil italiano regulan la resolución por incumplimiento, regulando el primero –de forma similar al artículo 1.124 del Código Civil español– la resolución que se decreta judicialmente. Así, el artículo 1.451.3 otorga al acreedor la facultad de solicitar el cumplimiento del contrato o su resolución, sin perjuicio de que pueda solicitar además daños y perjuicios (artículos 1.218 y siguientes). En tanto en cuanto la prestación debida es posible, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento *in natura*, y tal cumplimiento no puede ser sustituido por la indemnización de daños y perjuicios⁸³⁶. El acreedor puede solicitar la resolución cuando se ha promovido la sentencia para obtener su cumplimiento⁸³⁷; pero ya no puede pedir cumplimiento cuando se ha solicitado resolución, por lo que la parte deudora no podrá cumplir desde la fecha de interposición de la demanda de resolución (artículo 1.453.2 y 3).

Por su parte, el artículo 1.454 regula una forma más flexible de resolución⁸³⁸ según la cual la parte que sufre el incumplimiento puede solicitar por escrito a la parte incumplidora que cumpla dentro de un plazo razonable con la declaración de que, transcurrido inútilmente dicho plazo, el contrato se entenderá resuelto sin más. El plazo no podrá ser inferior a quince días,

⁸³⁵ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 776.

⁸³⁶ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 65.

⁸³⁷ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15461, de 26 de julio de 2016. En lo que respecta a la resolución de un contrato por incumplimiento, el derecho a la "*mutatio libelli*", según el párrafo 2 del artículo 1453 del Código Civil italiano, se extiende a la solicitud de restitución consiguiente y accesoria, siempre que se haya propuesto al mismo tiempo que la solicitud de resolución.

⁸³⁸ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15052, de 11 de junio de 2018. En esta Sentencia se dispuso que, conformidad con el artículo 1454 del Código Civil, la parte contratante que se sirva del instrumento de notificación debe ser ya víctima del incumplimiento de la otra. Por lo tanto, hay que descartar que dicha notificación pueda hacerse antes de que expire el plazo de ejecución del contrato, ya que es un instrumento que se ofrece a una parte contratante frente a la otra parte que se encuentra en mora para obtener una pronta resolución del contrato sin tener que esperar la decisión del Juez.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 8910, de 16 de abril de 1998.

salvo acuerdo en contrario de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o por la costumbre, convenga un plazo más breve⁸³⁹.

Asimismo, es posible que las partes introduzcan en el contrato una cláusula resolutoria expresa, en virtud de la cual el contrato se resuelve en caso de incumplimiento sin necesidad de acudir a los Tribunales, una vez que la parte interesada declare su interés por hacer valer dicha cláusula (artículo 1.456). En este caso, no es necesario que el incumplimiento se refiera a un término esencial, toda vez que el motivo de la resolución ha sido acordado por las partes previamente⁸⁴⁰. Por último, cabe resolución extrajudicial cuando en el contrato se hubiera previsto un término esencial en interés de la otra parte, sin necesidad de que se haya pactado expresamente la resolución (artículo 1.457) o el legislador lo haya previsto *ex lege* (artículo 1.722.1, en el caso del mandato). La resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo en el caso de contratos de ejecución continuada o periódica, en los que los efectos de la resolución no se extienden a las prestaciones ya realizadas (artículo 1.458) El artículo 1.455 dispone que no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra. En ocasiones es el propio legislador el que establece cuándo el incumplimiento es de escasa importancia⁸⁴¹. En defecto de pronunciamiento del legislador, la jurisprudencia, para apreciar la gravedad, debe tener en cuenta todas las circunstancias, objetivas y subjetivas, de las que se pueda inferir la alteración del equilibrio contractual⁸⁴².

Asimismo, en el caso del contrato de compraventa, cuando la cosa comprada esté afectada por defectos que la hacen inadecuada para el uso al que está destinada o que disminuyan sensiblemente su valor, el comprador podrá, a su elección, solicitar la resolución del contrato (artículo 1.453 y siguientes) o la reducción del precio (acción *quantum minoris*) (artículo 1.492).

Por otra parte, el deudor que no cumpla exactamente tras la notificación del acreedor, estará obligado a pagar daños y perjuicios, los cuales deben incluir la pérdida sufrida por el acreedor, así como la ganancia dejada de obtener, toda vez que son una consecuencia inmediata y directa del daño (artículo 1.223, principio de la reparación integral del daño). Según el artículo 1.225,

⁸³⁹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 19105, de 6 de noviembre de 2012. Sentencia que establece que, en cuanto a la advertencia a cumplir, de conformidad con el artículo 1454, segundo párrafo, del Código Civil italiano, el plazo asignado al deudor, a quien se vincula instrumentalmente la terminación del contrato, puede ser incluso inferior a quince días, ya que esta disposición no es una regla absoluta, siempre que este plazo más corto sea congruente con la naturaleza del contrato.

⁸⁴⁰ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 802.

⁸⁴¹ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 55.

⁸⁴² Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10995, de 27 de mayo de 2015; Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22346, de 22 de octubre de 2014.

siempre que el incumplimiento no se deba al dolo del deudor, la indemnización se limita a los daños y perjuicios que podrían haberse previsto en el momento en que surgió la obligación. Por su parte, el artículo 1.227 contempla un límite a la indemnización de los daños contractuales cuando el perjudicado contribuyó a causar el daño, en cuyo caso la indemnización se reduce según la gravedad de la falta y el alcance de las consecuencias. Tampoco se indemnizarán aquellos daños y perjuicios que la parte perjudicada podría haber evitado mediante una diligencia ordinaria⁸⁴³. No obstante, la resolución por incumplimiento –y, por tanto, la responsabilidad del deudor de pagar daños y perjuicios– quedan excluidas cuando la parte que ha incumplido pruebe que la prestación resulta imposible por causa no imputable a ella (artículo 1.218), en cuyo caso el contrato se resolvería por imposibilidad sobrevenida (artículo 1.463). En este caso, la parte liberada debido a la imposibilidad de la prestación debida, no puede reclamar la prestación y debe devolver la prestación ya recibida⁸⁴⁴. La resolución opera *ex lege*, sin necesidad de solicitarla judicialmente⁸⁴⁵. Si la ejecución fuera sólo parcialmente imposible, la otra parte tendrá derecho a una reducción correspondiente, pudiendo también resolver el contrato si no tiene un interés apreciable en la ejecución parcial del mismo (artículo 1.464).

⁸⁴³ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 29352, de 14 de noviembre de 2018. En cuanto a la indemnización por daños y perjuicios, para que se produzca la reducción de la indemnización debida a la contribución del acreedor en la producción del daño, es necesario que éste esté obligado, por ley, o por contrato o por un deber general de corrección, a adoptar un comportamiento determinado, inherente a la ejecución de la relación obligatoria y apto para circunscribir, si no excluir, los efectos perjudiciales del incumplimiento.

Vid. También: Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 20146, de 30 de julio de 2018. A los efectos de la indemnización concreta de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, el artículo 1227.2 del Código Civil, al establecer la condición de la inevitabilidad de los daños mediante el uso de la diligencia ordinaria, impone también al acreedor una conducta activa o positiva encaminada a limitar las consecuencias perjudiciales de dicha conducta; sin embargo, sólo se incluyen en el ámbito de la diligencia ordinaria exigida las actividades que no sean gravosas o excepcionales o que entrañen riesgos considerables o sacrificios significativos.

⁸⁴⁴ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 26958, de 20 de diciembre de 2007. La resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, con la consiguiente posibilidad de activar los recursos de restitución, de acuerdo con el artículo 1463 del Código Civil, puede ser invocada por ambas partes en la relación sinalagmática obligatoria, es decir, tanto por la parte cuyo cumplimiento se ha hecho imposible como por la parte cuyo cumplimiento ha seguido siendo posible. En particular, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento se produce no sólo en el caso de que la ejecución del deudor haya devenido imposible, sino también cuando se haya hecho imposible utilizar la ejecución por la contraparte, cuando dicha imposibilidad no es en ningún caso atribuible al acreedor y su interés en recibirla ha cesado, existiendo en tal caso la irrealización del objeto esencial de la causa concreta del contrato y la consiguiente extinción de la obligación. En el caso concreto, se trataba de un contrato de estancia en un hotel reservado por dos cónyuges, uno de los cuales había fallecido repentinamente el día anterior al comienzo de la estancia. El Tribunal Supremo, haciendo constar el principio antes mencionado, confirmó la Sentencia sobre el fondo con la que se declaró resuelto el contrato por imposibilidad sobrevenida invocada por el cliente y condenó al hotelero a devolver lo que ya había recibido en concepto de pago del servicio de hotel.

⁸⁴⁵ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 60.

El mero aplazamiento de la prestación también puede provocar la concurrencia de circunstancias que alteren el interés y las expectativas comerciales, haciendo poco razonable la exigencia del cumplimiento del deudor o la contraprestación del acreedor. En tales casos, la imposibilidad material temporal acaba provocando una frustración del contrato, susceptible de provocar los mismos efectos que la imposibilidad. Como indica SÁNCHEZ LORENZO, así cabe interpretar lo dispuesto en el artículo 1.256.2, al contemplar que una imposibilidad temporal pueda dispensar al deudor del cumplimiento, siempre que se mantenga por un tiempo tan prolongado que, a la vista de la causa del contrato o de la naturaleza de su objeto, resulte irrazonable la responsabilidad del deudor por incumplimiento o justificado el desinterés del acreedor en recibir dicha prestación⁸⁴⁶.

El ordenamiento italiano también establece la posibilidad de que las partes acuerden incluir la denominada "cláusula penal", mediante la cual se dispone que, en caso de incumplimiento o retraso en el cumplimiento, una de las partes es responsable de un determinado cumplimiento, limitando la indemnización al cumplimiento prometido, salvo que se acuerden otros daños y perjuicios (artículo 1.382). No obstante, la posibilidad de incluir una cláusula penal no aparta la relación de la disciplina general de obligaciones, por lo que debe excluirse la responsabilidad del deudor cuando acredite que el incumplimiento o retraso en el cumplimiento de la obligación viene determinado por la imposibilidad de cumplimiento derivada de causa no imputable a él, ya que la connotación esencial de esta cláusula es su vinculación con el incumplimiento culpable de una de las partes y no puede, por tanto, configurarse cuando esté vinculada a la ocurrencia de un hecho fortuito o, en todo caso, no imputable a la parte obligada⁸⁴⁷. Asimismo, el Tribunal podrá reducir la pena si la obligación principal se ha cumplido en parte o si la cuantía de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo siempre en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento (artículo 1.384).

Por otro lado, el artículo 1.460 regula la excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*), mediante la cual se legitima a cada parte a negarse a cumplir su propia prestación en el caso de que la otra no cumpla o no ofrezca cumplir la propia, siempre que no se haya previsto otra cosa o resulte de la naturaleza del contrato. Esta excepción excluye la posibilidad de interponer una demanda de resolución por incumplimiento y de resarcimiento del daño, e impide que opere la cláusula resolutoria expresa, pues sólo puede valerse de la resolución del contrato la parte cumplidora⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 33

⁸⁴⁷ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 7180, de 10 de mayo de 2012.

⁸⁴⁸ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 56.

Respecto a la excesiva onerosidad (*excessiva onerosità*) sobrevenida, el artículo 1.467 establece que, para los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, “(...) si la prestación de una de las partes deviene excesivamente onerosa al acontecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles, la parte obligada a dicha prestación puede instar la resolución del contrato, con los efectos previstos en el artículo 1.458. No cabe instar la resolución si la onerosidad sobrevenida entra en el alea normal del contrato. La parte contra la que se insta la resolución puede evitarla ofreciendo una modificación equitativa de las condiciones del contrato”. Este precepto requiere que los acontecimientos sean extraordinarios e imprevisibles. Un hecho extraordinario se ha definido como un acontecimiento cuya ocurrencia no es frecuente o no es regular en el tiempo, y es imprevisible cuando no puede esperarse razonablemente o tiene efectos desconocidos para la parte razonable o el “hombre medio” (*l'uomo medio*). Por lo tanto, deben excluirse los acontecimientos que en condiciones normales una parte razonable debería haber previsto⁸⁴⁹. Por su parte, el artículo 1.468 dispone que, en el caso de los contratos unilaterales, el deudor podrá solicitar una reducción de la prestación acordada o una modificación del método de ejecución para restablecer la base equitativa del contrato. Las normas de la *excessiva onerosità* sólo se aplican a los cambios de circunstancias que tienen lugar después de la conclusión del contrato. Si las circunstancias pertinentes estaban presentes en el momento de la celebración del contrato, pero las partes no las conocían, serán entonces aplicables las normas sobre el error (artículo 1.427 y siguientes); o bien, si el desequilibrio entre las prestaciones estaba presente en el momento de la celebración del contrato, podrían ser aplicables las normas sobre resolución por lesión (artículo 1.448). Siguiendo a BRUNI, la introducción de las disposiciones sobre la *excessiva onerosità* se ha considerado una opción legislativa a fin de regular el equilibrio entre el principio *pacta sunt servanda* y la desestabilización del equilibrio económico de muchos contratos⁸⁵⁰. De este modo, en virtud del principio de conservación del contrato (*favor contractus*), la parte contra la que se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato –*reductio ad equitatem*–, lo que permitirá al Juez revisar el contenido del contrato, a instancia de dicha parte, reduciendo así el riesgo de un comportamiento oportunista del deudor, exigiéndosele un comportamiento conforme con la buena fe. Apunta CARO GÁNDARA que se viene aplicando a estos supuestos la obligación de renegociar que tiende progresivamente a reducir el alcance del remedio de la resolución y que encuentra su fundamento en los principios y reglas de comportamiento contempladas por el legislador italiano como equidad integrativa (artículo 1.374) y buena fe en la ejecución del contrato (artículo 1.375), por lo que la renegociación constituye una solución más adecuada a las necesidades de las actuales relaciones negociales que tienen lugar en el mercado⁸⁵¹. Indica SÁNCHEZ LORENZO que, pese a su éxito, el

⁸⁴⁹ BRUNI, C., 2018, *Op. Cit.*, pos. 869.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, pos. 843, 1315.

⁸⁵¹ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 61.

sistema italiano ha sido objeto de críticas: en primer lugar, por reducir el alcance de la excesiva onerosidad a los supuestos de variación del coste o del valor de la prestación; en segundo lugar, por hacer referencia únicamente a circunstancias “imprevisibles”; y, finalmente, por negar al propio Juez la iniciativa en la revisión o adaptación del contrato⁸⁵². También es relevante indicar que, de la misma forma que el artículo 1.195 del Código Civil francés, las reglas sobre la excesiva onerosidad podrán ser excluidas por voluntad de las partes (artículo 1.469), lo que puede suponer que este remedio tenga un carácter restrictivo.

Un supuesto particular es el de la llamada presuposición. Se trata de una causa de resolución del contrato no prevista por la ley sino establecida por la jurisprudencia⁸⁵³. A diferencia del error sobre los motivos, se trata en una circunstancia sobrevenida, que no existía en el momento de la conclusión del contrato. En concreto, se considera que el evento sobrevenido ha producido una alteración funcional de la causa del contrato, que ya no justifica el intercambio de prestaciones contractuales (como en el caso de la excesiva onerosidad

⁸⁵² SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 26.

⁸⁵³ Por ejemplo, Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 122335, de 25 de mayo de 2007. En 1976 el Ayuntamiento de Génova y la compañía *Ilva* SpA firmaron un contrato de permuta, por el que la empresa se comprometió a ceder a la ciudad un terreno de 13.236 metros cuadrados a cambio de 2000 millones de metros cúbicos de agua tratada y purificada para la planta de transformación de acero de *Ilva*, que debían entregarse *in situ* por el Ayuntamiento durante un plazo de 20 años. El contrato también indicaba las características químicas y físicas que el agua debía tener y establecía que, en caso de corte del suministro o defectos en éste, *Ilva* podría buscar suministro de terceros a cargo, sin embargo, del municipio de Génova. Y eso es exactamente lo que pasó, porque el Ayuntamiento nunca fue capaz de proporcionar el suministro de agua a la planta de acero con las características indicadas en el contrato, pues el agua tratada en la planta de tratamiento de aguas residuales construida al efecto por el Ayuntamiento no se correspondía con los requisitos pactados. A esto se sumó el retraso en el suministro como consecuencia de los retrasos en la construcción de precisamente esta planta de tratamiento. El Ayuntamiento alegó onerosidad extrema, por desequilibrio entre las prestaciones, y la doctrina de la presuposición, fundamentaba en el hecho de que ambas partes habían compartido una asunción implícita relativa al correcto funcionamiento de las plantas de tratamiento de aguas que el Ayuntamiento iba a construir para abastecer a la planta de *Ilva*. El Tribunal, sin embargo, rechazó ambos motivos. En particular, la presuposición con base en que la referencia al correcto funcionamiento de las plantas de tratamiento y calidad del agua resultante eran presupuesto intrínseco de la calidad del bien objeto del contrato y, por ello, incluido en el objeto exigido y no presupuesto cuyo incumplimiento permita precisamente a la parte incumplido desvincularse del contrato; ver GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Colección Monografías de Derecho Civil, II. Obligaciones y contratos, Dykinson, 2014, pág. 206.

Vid. También. Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 20620, de 13 de octubre de 2016. Esta Sentencia dispone que para constituir el caso de la llamada presuposición es necesario que el contenido del contrato demuestre la existencia de una situación de hecho, no expresamente enunciada en el momento de la conclusión del mismo, pero considerada como un requisito previo esencial de la voluntad negociada, cuyo acaecimiento o fracaso posterior depende de circunstancias no atribuibles a las partes. Al afirmar este principio, el Tribunal Supremo reconoció la legitimidad de la retirada de un organismo público local del contrato de arrendamiento de un edificio destinado a escuela, declarando que la duración de la relación contractual estaba condicionada implícitamente por la no finalización de la construcción de un nuevo edificio, que se utilizaría como sede de la escuela.

sobrevenida) pues dicha circunstancia ya no permite que las prestaciones respectivas se consideren equivalentes. A ella se recurre tanto para negarse a la ejecución de la prestación como para reclamar la prestación ya realizada. Así, en la presuposición se pueden distinguir dos situaciones diferentes: la primera hace referencia a una situación falsamente presupuesta como existente en el momento de la conclusión del contrato; mientras que la segunda se refiere a la ulterior modificación de la situación originariamente presupuesta. En el primer caso el contrato sería nulo, por falta de causa (párrafo segundo del artículo 1.418), no pudiendo asumir la función económico-social que le es propia; en el segundo caso se está ante un vicio funcional que justifica la resolución⁸⁵⁴.

Por último, cabe mencionar que el Código Civil italiano establece el derecho a rescindir el contrato en dos supuestos que cabría calificar como situaciones de abuso de debilidad, dependencia o confianza y que en otros ordenamientos se regulan como un vicio del consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato. En concreto estos supuestos son: la rescisión del contrato en estado de peligro (artículo 1.447), esto es, el contrato mediante el cual una parte ha asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la contraparte, de salvarse a sí mismo o a otros del peligro actual de un daño grave a la persona, puede ser rescindido a instancia de la parte que se hubiere obligado; y la rescisión del contrato celebrado en estado de necesidad o resolución por lesión (artículo 1.448), es decir, si hay desproporción entre las prestaciones respectivas y depende del estado de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado, la parte que ha sufrido el daño puede demandar la resolución del contrato. La acción sólo es admisible si la contraprestación recibida es inferior a la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte que ha sufrido el daño tenía al tiempo de celebrar el contrato (*laesio ultra dimidium*) y se mantiene en el momento de interposición de la demanda. En estos casos, la contraparte puede ofrecer una modificación suficiente de las condiciones del contrato para reconducirlo a equidad y, de esta forma, evitar la rescisión (artículo 1.450), no siendo posible la convalidación del contrato rescindible (artículo 1.451); además no afecta a los derechos adquiridos por terceros (artículo 1.452), por lo que su régimen jurídico se acerca bastante al de la resolución, a pesar de ser considerado un defecto genético y no uno funcional, a diferencia de la resolución⁸⁵⁵.

En definitiva, indica CARO GÁNDARA que el Código Civil italiano de 1.942 recogió los desafíos socio-económicos propios de un Código del siglo XX, siendo interpretados en clave social por la doctrina y la jurisprudencia, a la luz de la Constitución de la República italiana de 1.948. Afirman sus defensores, que esta interpretación pretende fortalecer el Derecho

⁸⁵⁴ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 28.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, Apdo. 26.

Contractual y, a través de él, fortalecer al mercado, mediante la recuperación de la confianza, a la que responde la buena fe⁸⁵⁶.

V. DERECHO ALEMÁN.

El Derecho Civil que se aplicaba en Alemania con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB–) en 1.900 se caracterizaba por la dispersión normativa, ya que los distintos Estados habían dictado, especialmente durante los siglos XVIII y XIX, cuerpos normativos llamados a imponerse al *Ius Commune*. Como pone de relieve MIQUEL SALA, el BGB destaca por su abstracción y por su refinada sistemática, lo que generó admiración en el extranjero e incluso motivó la aparición de codificaciones influenciadas en mayor o menor medida por el mismo⁸⁵⁷. En materia contractual el BGB está dominado por el ideal burgués de libertad formal e igualdad de las partes contratantes⁸⁵⁸. Sin embargo, ya desde la entrada en vigor del BGB, la práctica y la doctrina pusieron de relieve sus carencias, contradicciones y disfunciones en ciertas materias: prescripción, responsabilidad por incumplimiento y obligación de saneamiento. Pese a ello, la práctica ha sabido superar las carencias del BGB durante el siglo XX, desarrollándose un Derecho de creación judicial que ha conformado instituciones desconocidas en la propia ley. Por ejemplo, las llamadas violaciones positivas del contrato o del crédito (positive *Vertragsverletzungen* o *Forderungsverletzungen*), los deberes de protección (*Schutzpflichten*), la teoría de la diferencia y la subrogación en la resolución por incumplimiento (*Differenztheorie* y *Surrogationstheorie*), la pérdida de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) o el desarrollo de la teoría de la *culpa in contrahendo*⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 66.

⁸⁵⁷ En este mismo sentido, apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que “*With its high level of abstraction, terminological precision and accuracy, the BGB is a highly consistent and coherent codification. Its internal economy avoids repetitions and allows trained lawyers to locate the rules governing a given transaction quickly*” (“*Con su alto nivel de abstracción, precisión terminológica y exactitud, el BGB es una codificación muy consistente y coherente. Su economía interna evita las repeticiones y permite a los abogados capacitados localizar rápidamente las normas que rigen una determinada transacción*” –traducción propia a efectos informativos–); según BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 271.

⁸⁵⁸ MIQUEL SALA, R., “Capítulo I.6. El Derecho Contractual alemán”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 1 y 2.

⁸⁵⁹ LAMARCA I MARQUÉS, A., “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret*, 1, 2002, pág. 6 y 7.

Como consecuencia de lo anterior, el BGB alemán fue reformado por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2.001⁸⁶⁰, en vigor desde el 1 de enero de 2.002, introduciendo profundas variaciones en el mismo, en parte influenciado por la CVCIM. Como consecuencia de esta reforma, el contenido de varias leyes regulando cuestiones de Derecho Contractual fue incluido en el BGB. Ello afectó muy especialmente a los contratos de consumidores. Algunas soluciones previstas en las Directivas comunitarias exclusivamente para contratos de consumidores se ubicaron en la Parte General del Derecho Contractual, por lo que su ámbito de aplicación se expandió⁸⁶¹.

5.1. Concepto de contrato.

Siguiendo a MIQUEL SALA, el Derecho Contractual alemán parte del principio de la autonomía de la voluntad contractual, que encuentra cobertura constitucional en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental Alemana (*Grundgesetz*), relativo a la libertad general de actuar y que abarca la libertad de concluir o no un contrato (*Abschlussfreiheit*) y la libertad de determinar el contenido del mismo (*Inhaltsfreiheit*). Sin embargo, como en el resto de ordenamientos del entorno, la autonomía de la voluntad se limita en supuestos de contratación forzosa y también para proteger a determinados sujetos considerados parte débil en el contrato. Esto rige muy especialmente para los contratos de consumidores⁸⁶².

El BGB omite la definición del concepto de contrato como tal, exigiendo que exista un contrato cuando las partes quieren establecer o modificar una obligación mediante un acto jurídico, salvo que la ley disponga otra cosa (§ 311 del BGB). No obstante, el BGB no especifica tampoco que se entienda por “negocio jurídico” (*Rechtsgeschäft*)⁸⁶³, aunque es un concepto central para entender el Derecho Privado alemán. Apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que por “negocio jurídico” generalmente se entiende un acto que consiste en una “declaración de intención”, como mínimo, que crea un efecto reconocido por la ley. Cada negocio jurídico debe comportar al menos una declaración (o conducta) admitida por la ley que exprese la intención de una persona de obligarse jurídicamente conforme al contenido

⁸⁶⁰ Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 29 de noviembre de 2001 (Gaceta de Leyes Federales 2001 Parte I núm. 61, emitida el 29 de noviembre de 2001, folio 3138).

⁸⁶¹ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

⁸⁶² *Ibid.*, Apdo. 2.

⁸⁶³ No existe un acuerdo sobre como traducir el término *Rechtsgeschäft*, ya que no tiene un equivalente específico en otros idiomas. Por ejemplo, se puede entender como “acto jurídico” en español, “*acte juridique*” en francés o “*legal act*” en inglés; pero puede ocurrir que dichos términos no siempre tengan el mismo significado en los diferentes idiomas.

de su declaración y que recibe el nombre de *Willenserklärung* (declaración de voluntad)⁸⁶⁴. Los contratos son el ejemplo de negocio jurídico más importante. Estos requieren, al menos, dos declaraciones de intenciones, la oferta y la aceptación, para crear efectos legales (§ 151 del BGB), poniendo el acento en las declaraciones de intenciones que deben producirse para que pueda existir un contrato. De este modo, estos autores sostienen que un contrato, generalmente, se define como “*a legal transaction consisting of the corresponding declarations of intent, made with a view to each other, of at least two persons’ or, more broadly, a meeting of the minds (literally, an “agreement of wills” (Willenseinigung⁸⁶⁵))*” (“*un negocio jurídico que consiste en las correspondientes declaraciones de intención, hechas con la vista puesta en el otro, de por lo menos dos personas o, más ampliamente, un acuerdo de voluntades (...)*” – traducción propia a efectos informativos–). MIQUEL SALA también destaca que la doctrina define el contrato como la regulación de una relación jurídica adoptada en consenso por las partes en la que ambas consienten en la producción de un resultado jurídico por ellas deseado⁸⁶⁶. Sin embargo, el BGB también omite la definición de “declaración de intención”, reconociéndose en general que se trata de cualquier manifestación de la voluntad interna dirigida a crear un efecto jurídico. Por lo tanto, son esenciales dos elementos: la voluntad interna de la persona en cuestión de crear un efecto jurídico (“intención”) y su manifestación mediante palabras u otra conducta (“declaración”). En los actos unilaterales una única declaración de intención, por ende, conlleva un acto jurídico⁸⁶⁷. Es decir, el BGB alemán admite expresamente la validez de las promesas unilaterales sin aceptación cuando así se ha declarado en la promesa o se desprende de su naturaleza; de modo que sólo la promesa aceptada puede constituir un contrato, pero si no es aceptada puede existir una promesa unilateral vinculante o *pollicitatio*⁸⁶⁸.

En este sentido, el BGB toma como punto de partida la declaración de intenciones y establece una serie de normas sobre la validez e interpretación de dichas declaraciones en su “Parte General” (§§ 116–144 del BGB). Dado que estas normas se aplican, entre otras cosas, a toda oferta y aceptación contractual, en última instancia también afectan a todo contrato que las partes deseen realizar, siendo la consecuencia lógica de que el contrato sea el producto de las correspondientes declaraciones de intención. Así pues, muchas de las normas más importantes para los contratos están enmarcadas como normas sobre declaraciones de intención en el BGB.

⁸⁶⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 189.

⁸⁶⁵ Tampoco hay un acuerdo sobre cómo se debería traducir *Willenseinigung* en otros idiomas, pudiendo entenderse como “declaración de intenciones” en español, “*manifestation de volonté*” en francés, o “*declaration of intent*” en inglés.

⁸⁶⁶ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

⁸⁶⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 286-287.

⁸⁶⁸ MALO VALENZUELA, M. A., 2008, *Op. Cit.*, pág. 1746.

Por ejemplo, si se produce un error o un fraude, la cuestión relevante en virtud de los §§ 119 y 123 del BGB no es si el "contrato" se ve afectado, sino más bien si una de las "declaraciones de voluntad"⁸⁶⁹ es anulable⁸⁷⁰. Es decir, una declaración hecha sin conocimiento, pero que el destinatario podría razonablemente entender que está dirigida a un acto jurídico, es válida en primer lugar, aunque puede evitarse como un error de declaración en virtud de los §§119 (1), 120 y 121 del BGB⁸⁷¹. Así las cosas, para formar un contrato válido, no importa si la parte que comunica la intención de quedar vinculada por un contrato tenía realmente la voluntad de hacer, o incluso era consciente de hacer, una declaración destinada a un negocio jurídico; es decir, se adopta una aproximación objetiva a efectos de entender concluido el contrato⁸⁷².

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico alemán, pueden surgir deberes de protección no sólo entre las partes contratantes, sino también frente a terceros. En estos casos, el tercero no está legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación principal, sino sólo para solicitar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de un deber de protección del cual era responsable una de las partes. No obstante, en la actualidad se reconoce que la protección contractual del tercero también puede activarse si el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de la prestación principal. Lo anterior implica una flexibilización del principio de relatividad del contrato y cuyo fundamento reside en la eliminación de un vacío existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual y en el principio de buena fe (§ 242 del BGB)⁸⁷³.

Es relevante destacar la importancia que tiene el principio de buena fe en el Derecho Contractual alemán, pues a través del § 242 del BGB se trata de lograr una especie de moralización de las relaciones contractuales. Según LANDO y BEALE, el precepto se ha utilizado para suavizar el riguroso individualismo que preside la normativa contractual originaria del BGB. Ha funcionado a modo de "supra-norma" que puede modificar el efecto de otras disposiciones legales. No obstante, existe un límite importante en el funcionamiento del principio de buena fe, que impide que los Tribunales establezcan un principio general de justicia

⁸⁶⁹ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de junio de 1951, BGHZ 2, 287. De este caso se extrae que para que un acto jurídico sea anulable por causa de amenaza debe demostrarse que la amenaza fue un factor decisivo para que la parte amenazada hiciera la declaración.

⁸⁷⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 287-288.

⁸⁷¹ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 7 de junio de 1984, 91, 324.

⁸⁷² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, 952.

⁸⁷³ RODRÍGUEZ OLMOS, J.M., "Deberes de protección, 'aún frente a terceros', en la dogmática alemana", *Revista de Derecho Privado*, 20, 2011, pág. 337, 338, 342.

material y equidad. Así, un Tribunal no puede sustituir los efectos de un contrato o de una disposición legal por otra solución que considere más justa y equitativa⁸⁷⁴.

Por último, en cuanto a la transmisión de la propiedad, y debido a las particularidades del sistema alemán, se estima conveniente exponer la regulación en el Apartado 5.2 siguiente, junto con los requisitos del contrato.

5.2. Requisitos del contrato.

Siguiendo a DE LOS MOZOS, en el Derecho alemán no se habla de causa, ni siquiera de objeto, como elemento esencial del negocio jurídico. En el sistema del BGB, lo único importante es la “voluntad declarada”, lo demás son puntos sobre los que las partes han de ponerse de acuerdo. Así, el negocio no descansa sobre la causa, sino sobre el tipo prefigurado por la ley. Por eso, mientras que en el Derecho alemán la tipicidad tiene que ser legal, como única posible, en otros ordenamientos jurídicos europeos, como el español o italiano, la tipicidad ha de ser causal, jugando la tipicidad legal un papel secundario, especialmente en los negocios jurídicos contractuales basados en la autonomía de la voluntad⁸⁷⁵.

Por otro lado, los §§ 315 a 319 del BGB regulan los derechos de las partes a efectos de determinar el contenido contractual (como por ejemplo el precio, cuando este no se haya determinado en el contrato). Así, el § 315 (3) del BGB dispone que cuando la determinación debe hacerse a la discreción razonablemente ejercida de una parte, la determinación hecha es vinculante para la otra parte sólo si es equitativa. Si no es equitativa, la determinación se hará por decisión judicial. Además, permite que la determinación sea hecha por un tercero a su razonable discreción (§ 317 del BGB). Si el tercero debe determinar el cumplimiento a su discreción razonablemente ejercida, la determinación hecha no será vinculante para las partes en el contrato si es evidentemente inequitativa. La determinación se hará también en este caso por decisión judicial; lo mismo se aplica si el tercero no puede o no quiere hacer la especificación o si la retrasa (§ 319 (1) del BGB).

En contraste con otros ordenamientos jurídicos (como el español, francés e italiano), tampoco exige el ordenamiento alemán la posibilidad inicial del contrato. El § 311a (1) del BGB dispone expresamente que un contrato no dejará de ser efectivo por el hecho de ser imposible *ab initio*. En estos casos, el acreedor dispone de la facultad de optar por una indemnización por los daños causados en lugar del cumplimiento (interés positivo) o bien por

⁸⁷⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 153.

⁸⁷⁵ DE LOS MOZOS, J.L., 1978, *Op. Cit.*, pág. 433-434.

reclamar el reembolso de los gastos realizados (interés negativo). No obstante, lo anterior no será aplicable cuando el deudor no tenía conocimiento del impedimento para la ejecución cuando se celebró el contrato y no era responsable de su ignorancia (§ 311a (2) del BGB)⁸⁷⁶.

Si falta la conciencia de llevar a cabo un negocio, del § 119 del BGB se deriva que la declaración de voluntad será válida, pero impugnable, y puede generarse un derecho de indemnización si el error causa daños en la otra parte del negocio. No existe contrato cuando existe una disonancia consciente entre la voluntad interna y la voluntad externa, ya sea por reserva mental (§ 116 del BGB) o declaración no hecha en serio (§ 118 del BGB). En supuestos de simulación relativa será válido el negocio simulado u oculto (§ 117 (2) del BGB)⁸⁷⁷, siendo inválido el acto aparente incluso frente a terceros⁸⁷⁸.

El contrato es radicalmente nulo si se realiza contraviniendo una prohibición legal, *Gesetzliches Verbot* (§ 134 del BGB) o si es contrario a la moral o a las buenas costumbres, *gute Sitten* (§ 138 (1) del BGB). Por una parte, el § 134 del BGB en cuanto norma especial que se concreta materialmente mediante cada ley de prohibición, tiene un carácter preferencial. En caso de contravención de una prohibición legal, la consecuencia general que se establece en el § 134 del BGB es la nulidad (*Nichtigkeit*), salvo que se derive otra cosa de la norma infringida. Por otra parte, las buenas costumbres constituyen un concepto jurídico indeterminado necesitado de concreción, a través del cual las normas existentes fuera del Derecho y determinables como tales adquieren de hecho un significado jurídico. De este modo, se produce una recepción jurídica de otros órdenes del deber como la ética o la moral que por lo general caen fuera del Derecho. Asimismo, la doctrina alemana establece una conexión entre las buenas costumbres y el orden público, concepto este último de difícil definición, pero que en definitiva viene a relacionarse con la moral en el sentido de que se trata de los principios de ética jurídica en los que descansan los principios legales. Con el fin de determinar si un negocio jurídico cae en el ámbito del § 138 (1) del BGB, de acuerdo con la doctrina dominante, el intérprete no tiene que juzgar el comportamiento de las partes, sino el negocio jurídico que han celebrado. En el caso de que un negocio sea inmoral, la consecuencia prevista en el § 138 (1) del BGB es siempre la nulidad⁸⁷⁹. Además, el § 138 (2) del BGB establece que es nulo el negocio jurídico en el que uno de los contratantes obtiene para sí o para un tercero una ventaja desproporcionada, explotando la situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de buen juicio o la débil voluntad

⁸⁷⁶ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 8 de mayo de 2014, VII ZR 203/11; Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 21 de enero de 2015, VIII ZR 51/14.

⁸⁷⁷ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 8.

⁸⁷⁸ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 445.

⁸⁷⁹ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 8-12.

de la otra parte⁸⁸⁰. Este segundo párrafo tiene por finalidad la concreción de la cláusula general enunciada en el primero, por lo que la no concurrencia de las circunstancias subjetivas descritas en él no impide que el contrato pueda ser declarado nulo como contrario a las buenas costumbres en aplicación de la cláusula general⁸⁸¹.

Por otro lado, la libertad de forma (*Formfreiheit*) es la regla general. Existen, no obstante, casos particulares en los que la forma del negocio está predeterminada por la ley⁸⁸². De este modo, en el BGB se distinguen cinco tipos de formas legales (forma textual, forma electrónica, forma escrita, certificación notarial y escritura pública), cada uno de los cuales recibe una definición legal en los §§ 126 a 129 del BGB. La forma textual y la forma electrónica se introdujeron en el BGB con ocasión de la reforma del Derecho de Obligaciones en los §§ 126a y 126b, que entraron en vigor en 2.001. La consecuencia de no haber respetado la forma legal en una o varias cláusulas de un contrato es la nulidad de las mismas (§ 125 (1) del BGB), y potencialmente la nulidad de todo el contrato (§ 139 del BGB). En general, se considera que el respeto de las normas sobre la forma es imprescindible a efectos de seguridad jurídica, y que por tanto su vulneración comporta necesariamente la nulidad del contrato. Sin embargo, se han reconocido por la jurisprudencia⁸⁸³ algunos supuestos en los que la alegación de la nulidad del contrato por defecto de forma no procedía⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 24 de febrero de 1994, NJW 1994, 1341. En este caso se afirmó que si los padres, principalmente por su propio interés, hacen que sus hijos, que no tienen experiencia en los negocios, ofrezcan una garantía que excede con mucho su capacidad financiera prevista, los padres incumplen por lo general su deber de consideración en virtud del Derecho de familia (§ 1618a del BGB) y actúan en contra de la moralidad. Si el banco acreedor tiene conocimiento de dicha acción por parte de los padres o la ha desatendido por negligencia grave, la garantía puede ser nula de acuerdo con el § 138 (1) del BGB. Por tanto, si los hijos que no tienen experiencia en los negocios y proporcionan una garantía a favor de sus padres que excede con mucho su probable capacidad financiera, el contrato puede ser nulo con arreglo al § 138 (1) del BGB si el empleado del banco minimizó el alcance o el riesgo de la obligación con respecto al garante antes de firmar la escritura.

Vid. También Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 24 de enero de 1979, NJW 1979, 758.

⁸⁸¹ PALAZÓN GARRIDO, M.L., “Capítulo II.26. El abuso de debilidad, confianza o dependencia”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 28; BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1168.

⁸⁸² SOTO MOYA, M., Capítulo II.17, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 10.

⁸⁸³ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 21 de abril de 1972, NJW 1972, 1189. En este caso, por ejemplo, era necesario elevar el contrato ante notario; por lo que, en ausencia de tal requisito, el contrato hubiera sido nulo. Sin embargo, la nulidad fue rechazada por el Tribunal con base en el ejercicio de la buena fe.

⁸⁸⁴ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 18.

Una de las particularidades del Derecho Contractual alemán es su principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*). Para comprender el alcance de este principio, SIGARDO DÍAZ sostiene que resulta necesario distinguir el negocio jurídico que contiene una atribución patrimonial (*Zuwendungsgeschäft*) y aquel que no contiene ninguna. FLUME explica que una atribución consiste en cualquier enriquecimiento del patrimonio de otra persona. El negocio jurídico patrimonial es aquel a través del cual una de las partes del negocio atribuye algo a la otra, o aquel en el que las partes del negocio se hacen atribuciones recíprocamente. Estas atribuciones negociales requieren de una fundamentación jurídica, esto es, una causa que justifique la atribución. Para FLUME la atribución negocial puede adquirir su sentido a través de una regla derivada de una operación negocial, o de una norma establecida por la ley. Esta atribución es la que justifica la relación entre las partes. En este sentido, la abstracción es característica de los negocios atribucionales, siendo posible distinguir entre: negocios atribucionales abstractos y negocios atribucionales causales. En los primeros, la causa de la atribución no es parte del negocio atribucional, es decir, no contiene prestaciones con un fin determinado (por ejemplo, en el caso de la transmisión de una propiedad, no tiene por qué ser claramente visible cuál es la razón por la que dicha transmisión ha tenido lugar, es decir, ya sea como resultado de una compraventa, una donación o un legado). En cambio, en el negocio jurídico causal, la causa es la razón jurídica que justifica que la atribución sea legítima, es decir, la causa es el fin jurídico de la obligación (por ejemplo, el fin del contrato de compraventa consiste en que, para obtener el precio del bien vendido, el vendedor se obliga a la transmisión y entrega de la cosa; y que, por su parte, el comprador prometa el pago del precio para que el vendedor le proporcione la posesión y propiedad del bien)⁸⁸⁵.

La caracterización como “causal” del acuerdo para obligarse no significa, sin embargo, que el ordenamiento jurídico requiera la presencia de una causa externa o ajena al propio acuerdo. Como afirman MARKESINIS, UNBERATH y JOHNSTON, “*cualquier acuerdo para obligarse es autosuficiente y no precisa una razón para su conclusión más que sí mismo*”⁸⁸⁶.

Ligada a la distinción entre negocio jurídico abstracto y negocio jurídico causal se halla la diferenciación entre negocios jurídicos obligacionales, de disposición y de adquisición, en función del tipo de efecto que producen cada uno de ellos, de sus requisitos y de su estructura dogmática. Así, la distinción entre obligación y disposición está regida por el principio de separación (*Trennungsprinzip*), el cual establece que en el tráfico jurídico el negocio obligacional queda separado de su ejecución o cumplimiento real, esto es, de la disposición. Por su parte, el negocio de adquisición es aquel a través del cual alguien adquiere un derecho y

⁸⁸⁵ SIGARDO DÍAZ, E., “El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho Civil alemán”, *Revista de Derecho – Escuela de Doctorado*, 6, 2014, pág. 50-53, 60-61.

⁸⁸⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo II.20, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9.

puede estar contenido en un negocio obligacional o en uno de disposición. En cambio, el principio de abstracción se refiere solamente a que la eficacia de los efectos del negocio de disposición no depende de la eficacia del negocio obligacional. De acuerdo entonces con el principio de separación, las transacciones destinadas a la transmisión de derechos subjetivos tienen lugar en dos momentos jurídicos distintos: el momento obligatorio y el momento real. Por ejemplo, en el caso de una compraventa, el negocio jurídico obligacional no conduce a la transmisión de un derecho subjetivo al dinero o a la cosa, sino que solamente sirve de fundamentación jurídica de la exigencia de una parte de entregar la cosa y, de esta forma, a transmitir la propiedad en un negocio de disposición posterior (§§ 433 y 929 del BGB); y como fundamentación jurídica de la obligación de la otra parte a pagar el precio. De este modo, los negocios jurídicos obligacionales justifican la existencia de relaciones jurídicas entre personas, es decir, estos negocios no causan una modificación o tienen efectos directos en derechos preexistentes (por ejemplo, la ya mencionada compraventa, la donación o el arrendamiento). Por su parte, los negocios jurídicos de disposición son aquellos que están directamente dirigidos a producir sus efectos en un derecho ya existente, es decir, en el negocio de disposición se dispone ya de un derecho. Este tipo de negocios están determinados por el ordenamiento jurídico, es decir, que existe un *numerus clausus* de este tipo de negocio (por ejemplo, la transmisión de la propiedad, la condonación o renuncia a un crédito, el abandono de la propiedad, etc.). Las disposiciones generalmente resultan de contratos, solo en casos excepcionales ocurren como resultado de un negocio jurídico unilateral como por ejemplo el abandono de la propiedad. Así pues, existen diferencias relevantes entre las obligaciones y las disposiciones desde la perspectiva de sus consecuencias jurídicas. Los negocios obligacionales sólo generan pretensiones, no producen efectos en derechos ya existentes; mientras que en las disposiciones el derecho en cuestión es afectado directamente⁸⁸⁷.

En consecuencia, el sistema alemán de transmisión de la propiedad desliga completamente el negocio causal del real. La transmisión se produce a través del contrato real abstracto basado en el acuerdo de las partes de transmitir y adquirir la propiedad, aunque fundado en la entrega para los muebles y en la inscripción del Registro para inmuebles como requisitos que tratan de asegurar la publicidad. En este sistema, si el negocio causal es nulo o inexistente, la transmisión del dominio se produce igual y el transmitente únicamente tendrá a su favor la *condictio sine causa*. Como apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, la invalidez de la obligación contractual subyacente no implica necesariamente la invalidez del contrato real, ya que esta última operación es independiente, o "abstracta", de la primera

⁸⁸⁷ SIGARDO DÍAZ, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 54-58.

(*Abstraktionsprinzip*)⁸⁸⁸. Este sistema, destaca PÉREZ ÁLVAREZ, protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico y del crédito inmobiliario⁸⁸⁹.

No obstante lo anterior, BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER sostienen que, a pesar de que los principios de separación y abstracción hayan caracterizado el Derecho Privado alemán desde la entrada en vigor del BGB, no han estado exentos de críticas, dada su excesiva complejidad y alejamiento de vida cotidiana. A pesar de ello, los principios han sido defendidos por razones de claridad analítica y política legal. Considerando esta última cuestión, se defiende el principio de abstracción, ya que facilita el comercio al preservar las transferencias de derechos reales y, por lo tanto, respaldar el flujo ordinario de mercancías. El cesionario de buena fe adquirirá el derecho independientemente de la validez de la obligación contractual subyacente. Tiene entonces el poder de disposición y puede transferir válidamente el derecho a un tercero. Como resultado, el tercero adquirirá el título de propiedad y no tendrá que preocuparse por la relación contractual entre el cedente original y el cesionario⁸⁹⁰.

5.3. Vicios del consentimiento.

Los vicios de la voluntad recogidos en el BGB son el error (§ 119 del BGB), el dolo (§ 123 del BGB) y la intimidación (§ 123 del BGB). La declaración de voluntad por ellos afectada puede ser impugnada y con ello se puede lograr la ineficacia *ex tunc* de todo el negocio jurídico (§ 142 del BGB). En todos estos supuestos se plantea la cuestión de la validez del negocio dispositivo subyacente, en principio inalterada teniendo en cuenta el principio de separación⁸⁹¹.

5.3.1. Error

El § 119 (1) del BGB abarca el error sobre el contenido de la declaración de voluntad (error vicio) y el error en la exteriorización de la declaración de voluntad (error obstativo), no exigiéndose que la otra parte supiera o hubiera debido saber que había un error⁸⁹². Apuntan LANDO y BEALE que deberá probarse si la persona habría hecho la misma declaración de haber

⁸⁸⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 332-333.

⁸⁸⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 223.

⁸⁹⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 333.

⁸⁹¹ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 12.

⁸⁹² Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 8 de enero de 1993, NJW 1993, 2321. En este caso, un error al rellenar una versión en línea de un contrato de seguro de vida dio lugar a que se declarara una suma, que estaba previsto que se pagara como una única suma global, pagadera anualmente.

conocido la situación y haberla comprendido de manera razonable⁸⁹³. El § 119 (2) del BGB regula el error en las cualidades y afirma que solamente podrá dar lugar a la impugnación del negocio cuando se trate de cualidades relevantes en el tráfico (por ejemplo, los años que tiene un coche que se ha vendido⁸⁹⁴). Tradicionalmente, se consideró que una cualidad es esencial sólo cuando estaba prevista en el propio contrato⁸⁹⁵. No obstante, la jurisprudencia más reciente⁸⁹⁶ ha flexibilizado un poco este requisito, sosteniendo que tal cualidad esencial debe haber sido reconocible como base para la conclusión del contrato, sin estar necesariamente contenida en el mismo⁸⁹⁷. Por ejemplo, un error causado por la otra parte pero sin fraude puede equivaler a un error en cuanto a una cualidad esencial en los negocios dentro del § 119 (2) del BGB, permitiendo a la primera parte anular el contrato⁸⁹⁸. Asimismo, el § 120 del BGB trata del error en la transmisión del contenido de una declaración de voluntad por parte del *nuntius* (mensajero). En todos los casos es necesario que quien llevó a cabo la declaración de voluntad no la hubiese llevado a cabo si hubiese conocido las circunstancias y hubiese evaluado el caso de forma razonable. Es decir, entre error y realización de la declaración de voluntad debe existir una relación de causalidad. Por otra parte, el error en los motivos no da derecho a impugnar el contrato, así como tampoco el error en el cálculo. Según MIQUEL SALA, la impugnación del negocio tiene lugar mediante una declaración de voluntad recepticia (§ 143 (1) del BGB), de la que debe derivarse claramente la voluntad de impugnar y el motivo de la impugnación y debe realizarse de forma inmediata tras la constatación del error (§ 121 (1) del BGB). De la impugnación por error se deriva un deber de indemnizar (§ 122 del BGB), es decir, la parte equivocada puede tener que indemnizar a la otra parte por las pérdidas con ello causadas; si bien, la parte perjudicada por el error no será responsable de daños y perjuicios cuando la otra parte supiera o hubiera debido saber de la existencia del error⁸⁹⁹. La indemnización abarca en principio solamente el interés negativo, pero puede llegar a ascender al interés positivo cuando la otra parte, en vistas a la conclusión del negocio posteriormente impugnado, renunció a otro negocio que le hubiera reportado ganancias⁹⁰⁰.

⁸⁹³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 335.

⁸⁹⁴ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 26 de octubre de 1978, VII ZR 202/76.

⁸⁹⁵ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 18 de diciembre de 1954, BGHZ 16, 54.

⁸⁹⁶ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 22 de septiembre de 1983, BGHZ 88, 240.

⁸⁹⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 996.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, pág. 1025.

⁸⁹⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 337.

⁹⁰⁰ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 13.

Tales disposiciones han sido interpretadas por la doctrina en el sentido que resulta viable pedir la nulidad con base en cualquier tipo de error, siempre que haya una causa subjetiva (la persona que incurre en el error no habría manifestado su consentimiento de haberlo conocido) tanto como objetiva (cualquier persona no habría expresado su consentimiento en tal sentido de no haber caído en dicho error), lo que excluye la posibilidad de pedir la nulidad cuando se trate de un error meramente subjetivo, pero en todo caso se debe responder por los daños que sufra la contraparte por el hecho de que la manifestación de voluntad decaiga y, ello, sin sujeción a la exigencia de culpa en la persona que cae en error. Asimismo, hoy en día una posición relevante de la doctrina alemana considera esencial encontrar un equilibrio entre la voluntad individual y la manifestación exterior de la intención, limitando el ámbito de los errores que permiten liberarse del contrato a la vez que se protejan los intereses de quien incurrió en error, de manera que en concreto un error puede ser relevante en los casos en que este haya sido causado por la otra parte y cuando la otra parte, en consecuencia, no pueda confiar razonablemente en la validez del contrato⁹⁰¹.

5.3.2. Dolo

Por su parte, el dolo, denominado en el § 123 (1) del BGB “engaño doloso”, se considera un comportamiento que causa o mantiene en la otra parte un error, que puede ser de cualquier tipo, es decir, la víctima del dolo puede anular el contrato incluso tratándose de dolo incidental⁹⁰², o cuando la otra parte guarde silencio si tenía un deber específico de informar⁹⁰³. Además, el § 123 (2) del BGB establece que si un tercero ha cometido el engaño, el contrato podrá anularse si el contratante beneficiado por el engaño lo conocía o debía haberlo conocido.

5.3.3. Amenaza

El § 123 (1) del BGB también incluye como base para anular un contrato la amenaza (*Drohung*) contraria a Derecho (que sería la denominada intimidación en otros ordenamientos jurídicos). Según la legislación alemana, la amenaza (*Drohung*) es cualquier acción destinada a crear miedo del mal futuro. El concepto de ilegalidad es fundamental para el modelo alemán de intimidación, englobando tres categorías de supuestos: (i) que la amenaza sea propiamente injusta o ilegal (*widerrechtlich*); (ii) que la amenaza sea justa, pero la finalidad sea reprochable, es decir, que el objetivo de la amenaza puede ser ilegal; y, (iii) que la amenaza lleve a un resultado desproporcionado, siendo entonces la conexión entre los medios utilizados y el fin lo

⁹⁰¹ NEME VILLAREAL, M.L., 2012, *Op. Cit.*, pág. 194.

⁹⁰² PALAZÓN GARRIDO, M.L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 35.

⁹⁰³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Op. Cit.*, 2003, pág. 367.

que origina que se califique como amenaza injusta⁹⁰⁴. Es decir, la ilegitimidad proviene de la relación desproporcionada entre aquello con lo que se amenaza y el objetivo perseguido⁹⁰⁵. Apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que la amenaza es siempre ilegítima si el medio de presión es ilegítimo, aunque el propósito sea legítimo. Viceversa, la amenaza también es ilegítima si el propósito de presión es ilegítimo, aunque el medio de la presión pueda ser legítimo, por ejemplo si A amenaza a B con emprender acciones legales (a las que A tiene derecho legalmente) con el fin de inducir a B a celebrar un contrato ilegal o inmoral. En este tipo de casos, sin embargo, el contrato será generalmente nulo por causa de ilegalidad (§ 134 del BGB) o inmoralidad (§ 138 del BGB)⁹⁰⁶.

Por tanto, en caso de que concurra algún vicio del consentimiento, el contrato podrá ser anulado con efectos retroactivos por una simple declaración de voluntad (§ 143 (1) del BGB) – que no necesariamente una sentencia judicial– emitida por la parte afectada por la causa de anulabilidad⁹⁰⁷, siendo posible su confirmación (§ 121 (1), § 123 (1), § 142, § 144 del BGB). Asimismo, se contempla la obligación de indemnizar en el § 122 del BGB, cuyo apartado primero prevé que si una declaración es nula conforme al § 118 del BGB o anulable conforme a los § 119 del BGB y § 120 del BGB, la parte que hizo tal declaración deberá indemnizar a la otra parte por el daño causado como consecuencia de haber confiado en la validez de la declaración, pero no más allá de la medida del interés que la parte perjudicada tenía en la validez de la declaración. No obstante, según el apartado segundo, la obligación de compensar no surge si la parte perjudicada conocía la razón de la anulación o incurrió en ignorancia negligente.

5.4. Formación del contrato.

A diferencia del Derecho español, francés e italiano, bajo la influencia de JHERING, el Derecho alemán considera que las negociaciones crean un pre-contrato y que, cuando una parte rompe las negociaciones, su responsabilidad es contractual⁹⁰⁸. Así, por ejemplo, si una parte ha creado en la otra parte la expectativa de que se celebrará el contrato, la ruptura de las negociaciones sin motivo justificado dará lugar a la responsabilidad de indemnizar a la otra por

⁹⁰⁴ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 23 de septiembre de 1957, BGHZ 25, 217.

⁹⁰⁵ RUIZ SUTIL, C., “Capítulo II.25. La violencia y la intimidación”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 24, 34.

⁹⁰⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1117.

⁹⁰⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Capítulo II. 18. La nulidad de los contratos”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 3.

⁹⁰⁸ CABRILLAC, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 62.

los daños sufridos como resultado de su confianza en dicha expectativa⁹⁰⁹. Esto significa que la *culpa in contrahendo* se puede generar incluso antes de haber iniciado las negociaciones contractuales, es decir, la responsabilidad deriva de la entrada en negociaciones con vistas a la formación del contrato, lo que implica que entre las partes surge una relación obligatoria con deberes (§ 311 (2) y § 241 (2) del BGB)⁹¹⁰. Por ejemplo, cuando un cliente entra en una tienda con la intención de realizar una compra, se establece una relación previa entre el comprador y el vendedor en orden a preparar la venta y, por tanto, surgen derechos y obligaciones contractuales entre las partes durante esta fase previa al contrato⁹¹¹.

Siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, en Alemania la responsabilidad por la ruptura de negociaciones, como toda responsabilidad por *culpa in contrahendo*, se rige por las normas de la responsabilidad contractual (§§ 276 y siguientes del BGB). De hecho, la razón por la que los Tribunales han desarrollado la doctrina de la *culpa in contrahendo* radica en las deficiencias del Derecho alemán en materia de responsabilidad civil. Según el Derecho de responsabilidad civil, el daño puramente económico no es recuperable a menos que el daño se cause intencionadamente (§ 823 (1) y § 826 del BGB). En caso de ruptura de las negociaciones, esto implicaría que, en principio, la recuperación de los gastos o de las oportunidades perdidas sería imposible. Además, el período de prescripción de las acciones basadas en el Derecho de responsabilidad civil es bastante reducido. Por tanto, considerar la responsabilidad contractual en la fase pre-contractual es mucho más favorable para el demandante. Por ello, los Tribunales

⁹⁰⁹ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 10 de julio de 1970, NJW 1970, 1840. En esta Sentencia, el Tribunal argumentó que incluso en la etapa en que se llevan a cabo las negociaciones con miras a la celebración del contrato, cada una de las partes debe a la otra parte, habida cuenta de la relación de confianza creada por las negociaciones, que es análoga a la que existe en una relación contractual, el deber de tener en cuenta razonablemente los intereses legítimos de esa otra parte. Esto incluye la obligación de cada parte de no interrumpir las negociaciones sin una razón válida una vez que esa parte haya inducido o alentado en la otra parte una expectativa de que el contrato entrará definitivamente en vigor. El incumplimiento culpable de esa obligación puede dar lugar, sobre la base de la doctrina de la *culpa in contrahendo*, a la responsabilidad de indemnizar a la otra parte por el daño sufrido por ella como resultado de su confianza en esa expectativa.

⁹¹⁰ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 2.

⁹¹¹ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 7 de diciembre de 1911, RGZ 78, 239-241. En este caso, la demandante fue a una tienda a comprar una alfombra de linóleo. Ella le explicó su intención al dependiente W. Cuando W. trató de sacar el rollo descrito por la solicitante, dejó de lado otros dos rollos, que cayeron, golpeando y derribando a la demandante y a su hijo, que se había acercado. La compra de la alfombra finalmente no se concretó porque, según dijo, la demandante estaba demasiado agitada por la caída. El Tribunal de Apelación consideró que la solicitud para la presentación de la alfombra y la aceptación de la solicitud tenían como objetivo lograr una compra, es decir, un éxito legal. No se trataba de un mero proceso fáctico, sino que se creó una relación jurídica entre las partes para la preparación de la compra, que tiene un carácter similar a un contrato y ha creado obligaciones legales. Por tanto, se consideró que existía culpa por tanto del demandado (propietario de la tienda en la que trabajaba W.) y, por ende, era responsable del accidente.

alemanes desarrollaron el concepto de relación de confianza mutua, que es similar a una relación contractual (*vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*) y que les permitió aplicar el régimen contractual en el caso de *culpa in contrahendo*⁹¹².

Con respecto a los deberes de información, se parte de la base de quien concluye un contrato tiene el deber de informarse suficientemente por su cuenta. Sin embargo, si se observa que la otra parte contractual no cuenta con la información suficiente para tomar una decisión, es necesario proporcionársela, especialmente si se cuenta con conocimientos especializados⁹¹³.

Por otro lado, y como se ha expuesto anteriormente, el BGB establece que existe un contrato cuando concurren oferta y aceptación de la oferta, sin que sea necesario notificar al oferente la aceptación, si no cabe esperar tal declaración según la práctica habitual, o si el oferente ha renunciado a ella⁹¹⁴. El momento en que expira la oferta se determina de acuerdo con la intención del oferente, que se deducirá de la oferta o de las circunstancias concurrentes (§ 151 del BGB). WOLFF destaca el consenso como la base y razón de las obligaciones contractuales y PUFFENDORF requiere el consentimiento de las dos partes contratantes, que tendrá que ser manifestado para que la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad den origen al contrato⁹¹⁵. Así pues, se exige la estricta concordancia de la aceptación con los términos en que se ha formulado la oferta⁹¹⁶, toda vez que según el § 150 (2) del BGB, una aceptación con alteraciones se considera un rechazo combinado con una nueva oferta. De este modo, el destinatario de una oferta contractual, si desea desviarse de la voluntad contractual del oferente, lo debe expresar de forma clara e inequívoca. Si el destinatario de la oferta no declara su voluntad contractual de alterar la oferta con suficiente claridad, el contrato se concluirá en las condiciones de la oferta⁹¹⁷.

⁹¹² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 837.

⁹¹³ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 8.

⁹¹⁴ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de febrero de 1995, XI ZR 65/94; Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de octubre de 1995, I ZR 210/53. En estos casos, se estimó que el silencio sobre una oferta que se hace sobre la base de negociaciones preliminares amistosas relacionadas con todos los puntos importantes, generalmente debe verse como una aceptación tácita.

⁹¹⁵ WOLFF, CH., *Grundsätze des Natur-und Volkerrechts*, Halle, 1754, núm. 438; PUFFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, III, 1759, núm. 15.

⁹¹⁶ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

⁹¹⁷ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de mayo de 2014, VII ZR 334/12. Esta sentencia estimó que el principio de buena fe requiere que el destinatario de una oferta exprese clara e inequívoca su voluntad contractual divergente en la declaración de aceptación. Este requisito no se puede cumplir si el destinatario de una oferta escrita inserta los cambios esenciales realizados por él en el texto del contrato con el mismo tipo de letra en lugar del texto original de tal manera que sean extremadamente difíciles de reconocer, y se da la impresión de que ha aceptado la oferta sin cambios.

Además, el § 145 del BGB establece la exigencia de que la oferta tenga un efecto vinculante, de modo que el Derecho alemán no contempla la posibilidad de revocación de la oferta⁹¹⁸, salvo que el oferente haya excluido en la propia oferta estar vinculando a la misma⁹¹⁹. Lo anterior, señala LARA AGUADO, es una muestra de la tendencia a proteger la expectativa de formación del contrato generada en el aceptante, pues una vez que el aceptante ha recibido la oferta, debe valorarla y quizás ha decidido descartar otras posibilidades de entablar negociaciones con otros contratantes o hacer, a su vez, otras ofertas para contratar. Por eso, se protege esta confianza generada por la oferta, concediéndole al aceptante la garantía de que, una vez remitida la aceptación, el oferente no podrá revocar la oferta, aun cuando el contrato aún no se haya perfeccionado. Se considera que el aceptante es más merecedor de la protección, puesto que el oferente, al lanzarse a negociar, ya ha hecho sus cálculos acerca de si le interesa o no contratar con su contraparte; ha podido establecer en su oferta que esta era revocable y tiene la certeza de que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta que haya recibido la comunicación de la aceptación⁹²⁰. Por tanto, si el oferente revoca la oferta, cometerá un incumplimiento y, como sostiene FLUME, surgirá responsabilidad contractual⁹²¹.

Además, frente a la regulación contenida en otros sistemas, el BGB contempla reglas detalladas sobre la aceptación de la oferta. Así, la aceptación de una oferta debe realizarse en

Vid. También: Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 11 de mayo de 2009, VII ZR 11/08.

⁹¹⁸ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 25 de octubre de 1917, RGZ 91, 60. Este caso consideró que una oferta efectiva no puede ser revocada. Una oferta que ha sido recibida por el empleado del destinatario es efectiva y, por lo tanto, no puede ser revocada, incluso si no ha llegado a la atención del destinatario.

⁹¹⁹ Sobre la última parte del § 145 del BGB relativo a la irrevocabilidad de la oferta, salvo que el oferente haya excluido en la propia oferta estar vinculando a la misma, se ha discutido sobre si la inserción de una cláusula en la oferta que disponga que la oferta es "sin compromiso", otorga al oferente la facultad de revocar una oferta vinculante. Por ejemplo, Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 8 de marzo de 1984, VII ZR 177/82. En esta Sentencia se discutió un caso en el que una empresa de turismo quería fletar un avión para una ruta planeada para la temporada de verano de 1979. Para ello, pidió a la empresa L por télex de fecha 2 de agosto de 1978 presentar una oferta. Ésta ofreció Caravelle SE 210, disponiendo en su oferta que ello estaba "sujeto a cambios de acuerdo a nuestra disponibilidad". La empresa de turismo confirmó que estaba interesada en la oferta y solicitó a L reservar un Caravelle SE 210. Posteriormente, L informó a la empresa de turismo que ya no tenía disponibilidad. La empresa de turismo demandó a L por los daños causados con la revocación de la oferta. El BGH interpretó que se trataba de una oferta contractual, de donde se había excluido la eficacia vinculante. Es decir, la cláusula utilizada por L "sujeta a cambios según nuestra disponibilidad" es entendida como una reserva de revocación. Sin embargo, al no revocar la oferta después de haber recibido la aceptación por parte de la empresa de turismo, el BGH entendió que el contrato entre las partes se había perfeccionado y que el demandado no disponía ya de su derecho a revocar la oferta.

⁹²⁰ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 36.

⁹²¹ FLUME, W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Band II, 1992, §35 I 3 c, pág. 644-645.

un plazo razonable (§ 146 del BGB). Una oferta hecha a una persona que esté presente sólo podrá ser aceptada inmediatamente. Esto también se aplica a una oferta hecha por una persona a otra por medio de un teléfono u otra instalación técnica. Una oferta hecha a una persona ausente sólo podrá ser aceptada hasta el momento en que el oferente pueda esperar recibir la respuesta en circunstancias ordinarias (§ 147 del BGB). Si el oferente ha fijado un plazo para la aceptación de una oferta, la aceptación sólo podrá tener lugar dentro de ese plazo (§ 148 del BGB). Afirman BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que estas disposiciones son necesarias para proteger al oferente, no siendo necesarias en los sistemas en los que una oferta puede ser revocada libremente. En particular, la oportunidad de poner un límite de tiempo a la validez de una oferta es importante en el Derecho alemán, donde una oferta será irrevocable hasta que caduque⁹²².

Por su parte, el § 149 del BGB establece que si una declaración de aceptación recibida tardíamente por el oferente fue enviada de tal manera que le hubiera llegado a tiempo si hubiera sido transmitida de la manera habitual, y si el oferente debería haberlo reconocido, debe notificar tal hecho al aceptante después de la recepción de la aceptación sin demoras indebidas. Si retrasa el envío de la notificación, la aceptación no se considera tardía. La jurisprudencia alemana ha ampliado esta noción a los casos en que la aceptación llega tarde por otras razones. Normalmente, la aceptación tardía será tratada como una nueva oferta (§ 150 (1) del BGB), que el receptor será libre de aceptar o ignorar al igual que una oferta normal⁹²³. Sin embargo, si la aceptación se produce sólo con un ligero retraso, los Tribunales han sostenido que el destinatario debe notificar rápidamente al nuevo oferente si no desea que se considere que lo acepta⁹²⁴. Esta regla no se encuentra en otros sistemas europeos (como en el Derecho inglés o francés), pero ha sido adoptada por los textos de armonización, como por ejemplo el artículo 2:207 de los PECL⁹²⁵.

A este respecto, es relevante la regulación sobre la recepción de las declaraciones de voluntad realizadas entre ausentes, puesto que determina el momento en que las declaraciones sobre la oferta y la aceptación devienen eficaces. Según el § 130 (1) del BGB, una declaración es eficaz a partir del momento en que es recibida. De acuerdo con la jurisprudencia alemana⁹²⁶,

⁹²² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 529.

⁹²³ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 29 de septiembre de 1955, 18, 212; Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 7 de junio de 2013, V ZR 10/12.

⁹²⁴ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 7 de octubre de 1921, RGZ 103,11.

⁹²⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 529.

⁹²⁶ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 25 de octubre de 1917, *Cit.* En este caso, el Tribunal declaró que no es necesario que el destinatario haya sido realmente informado de la oferta; basta con que la carta o el telegrama que contiene la oferta haya sido entregada en su casa.

se considera recibida una declaración entre ausentes cuando esta ha llegado ya de tal manera a la esfera de influencia del destinatario que en circunstancias normales este puede conocerla, por lo que no es necesario el conocimiento de la declaración (teoría de la recepción)⁹²⁷.

La oferta tiene que ser determinada y contener, por tanto, los llamados *essentialia negotii*. El primero de ellos es la otra parte contratante, que debe estar identificada o ser identificable. Los demás *essentialia negotii* varían según el tipo contractual: en el contrato de arrendamiento lo serán el objeto arrendado y la renta (§ 535 del BGB); en la compraventa, el objeto y el precio (§ 433 del BGB). Sin embargo, también es suficiente con que estos elementos sean identificables, por ejemplo si expresamente se deja la determinación de los mismos a la otra parte contratante (§ 315-319 del BGB) o si se pacta una obligación alternativa. Para la aceptación rige también lo que se ha expuesto sobre las declaraciones de voluntad. La aceptación a través de actos implícitos (§ 151 del BGB) debe diferenciarse de la aceptación por silencio, que en principio no es posible. En principio, para considerar concluido el contrato es suficiente el consenso sobre los *essentialia negotii*. En caso de no haberse determinado todos o parte de los *essentialia negotii*, el § 154 (1) del BGB establece que, en caso de duda, el contrato no se entiende celebrado⁹²⁸. Pese a la necesidad de concreción de todos los elementos esenciales del contrato como regla general, se presume que el contrato puede existir pese a la ausencia de acuerdo sobre alguno de los elementos esenciales en el caso de que el contrato se hubiera celebrado igualmente sin la inclusión de tal elemento (§ 155 del BGB)⁹²⁹.

⁹²⁷ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7

⁹²⁸ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 8 de abril de 1929, RGZ 124, 81. En este caso las partes concluyeron un pre-contrato, en la que el demandante, en cualquier momento a petición del demandado, se comprometió a celebrar un contrato de venta con el demandado para conferirle la propiedad de una casa. Se acordó y ordenó que se hiciera una inscripción en el Registro de la Propiedad para asegurar esta futura reclamación. Se acordó que los términos y condiciones de la venta se ultimarían al redactar el contrato de venta, y el precio de la casa y su contenido no excedería de un precio máximo determinado. No obstante, la Sentencia estimó que el precontrato era inválido dado que el mismo requería el acuerdo de las partes no sólo sobre la cosa o derecho que constituye el objeto del contrato, sino también sobre el precio.

⁹²⁹ Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 24 de octubre de 1975, NJW 1976, 1212. En este caso, el demandante vendió a los demandados un terreno en el que recientemente se había construido una casa unifamiliar. Además, había comprado una gran cantidad de muebles y accesorios, por un precio total de unos 20.000 marcos. Los demandados comenzaron a usar los muebles tan pronto como se mudaron a la casa. Le dieron al demandante un cheque por 2.000 marcos, pero el demandante sostuvo que se había acordado un precio de venta de 20.000 marcos, y demandó por los 18.000 restantes. La Sentencia falló a favor del demandante, considerando que el demandante permitió que los demandados empezaran a usar los muebles antes de que se llegase a un acuerdo sobre el precio, lo que debe tratarse como una oferta de venta a un precio que queda por determinar, y los demandados aceptaron esta oferta empezando a usar los muebles.

5.5. Incumplimiento del contrato.

Siguiendo a MIQUEL SALA, se considera incumplimiento la no realización o la realización tardía de la prestación. Se habla en general de alteraciones en la relación jurídica obligacional (*Störungen im Schuldverhältnis*) e incluye dentro de esta categoría a la imposibilidad y a la vulneración de deberes de conducta que no constituyen los deberes principales previstos en la concreta relación jurídica obligacional⁹³⁰. La responsabilidad del deudor se regula en los § 276 a § 278 del BGB. En este sentido, el § 276 (1) del BGB establece que el deudor responderá por dolo y negligencia, siempre que una responsabilidad más o menos estricta no estuviera prevista en una ley especial o pudiera derivarse del contenido de la obligación. Una persona actuará negligentemente en caso de que actúe sin observar un cuidado razonable (§ 276 (2) del BGB).

El Derecho alemán, indica PÉREZ VELÁZQUEZ, se encuentra inspirado en la preferencia del cumplimiento *in natura* de la obligación incumplida sobre cualquier otro remedio. Se garantiza, entonces, al acreedor el derecho a obtener el cumplimiento de lo pactado, salvo que la prestación devenga imposible o sea rechazada por él mismo porque ya no le interese. Aunque tal preferencia no se encuentra expresamente declarada en el BGB, su principal fundamento se encuentra en el § 241, que establece como principal efecto de la obligación la facultad del acreedor para exigir el cumplimiento de la prestación⁹³¹. El § 249 (1) del BGB recoge expresamente el principio de reparación integral del daño, de forma que el responsable de los daños y perjuicios debe restablecer la situación que existiría si no se hubiera producido la circunstancia que le obliga a pagar los daños y perjuicios. Apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que el BGB deja claro que el deber principal del deudor es devolver las cosas al estado anterior al daño, un deber que a menudo se denomina como *Naturalherstellung*⁹³². Si bien, el acreedor tampoco se encuentra limitado por el recurso del cumplimiento *in natura*. El § 893 (1) del Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*, ZPO)⁹³³, dispone que el derecho del acreedor a exigir una indemnización por daños y perjuicios en lugar del cumplimiento *in natura* no está limitado por las disposiciones que rigen este último.

Así pues, el Derecho alemán permite al acreedor elegir entre el cumplimiento *in natura* según el § 249 (1) del BGB y los daños monetarios, en ciertos casos, a saber: cuando una persona es lesionada o se dañan bienes físicos (§ 249 (2) del BGB); después de que haya

⁹³⁰ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20.

⁹³¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 66.

⁹³² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1590.

⁹³³ Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*, ZPO), de 12 de noviembre de 1950, en la versión publicada el 5 de diciembre de 2005 (Gaceta de Leyes Federales I pág. 3202; 2006 I pág. 431; 2007 I pág. 1781).

expirado el plazo de notificación (§ 250 del BGB); o cuando el cumplimiento *in natura* es insuficiente para compensar al acreedor o los gastos de cumplimiento son desproporcionados⁹³⁴ (§ 251(1) y § 251 (2) del BGB). Si el acreedor ha fijado un plazo razonable en virtud del § 250 del BGB pero el deudor no ha cumplido dentro del mismo, el acreedor sólo puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios (§ 250 del BGB). Cabe destacar que los §§ 249-251 del BGB son normas generales que se aplican sólo en la medida en que el acreedor tiene derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios en primer lugar. Esto suele requerir una notificación que exige el cumplimiento en una fecha determinada⁹³⁵.

Por su parte, el BGB contempla la acción de rebaja del precio (acción *quantum minoris*) para los contratos de compraventa (§ 441 del BGB), arrendamiento de cosa (§ 536 del BGB), contrato de obra (§ 638 del BGB) y viajes (§ 651d del BGB), de modo que no se establece la acción de reducción de precio como remedio de aplicación general. Tanto en el contrato de compraventa, como en el de obra y el de viajes, se establece un método de cuantificación de dicha reducción, a diferencia del contrato de arrendamiento de cosa que solo refiere a que en caso de vicios materiales y jurídicos de la cosa el arrendatario deberá pagar una renta adecuada

Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el § 281 (1) del BGB, el acreedor tendrá derecho a solicitar una indemnización en caso de incumplimiento del deudor, siempre que el deudor sea responsable del incumplimiento y el acreedor haya fijado un plazo que permitiese al deudor cumplir con su obligación (*Nachfrist*). La indemnización por incumplimiento del § 281 (1) del BGB está sujeta a determinadas particularidades en los contratos sinalagmáticos. Si el deudor estaba obligado a realizar una prestación dineraria, el montante de la indemnización a percibir se reducirá en la cuantía que debía entregar a la contraparte. Si por el contrario su prestación

⁹³⁴ Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 11 de diciembre de 1946, MDR 1947, 100. En este caso, el demandante reclamó que se ordenara al demandado que le suministrara un caballo de trabajo, de ser posible una yegua, de valor equivalente a la yegua castaña oscura y pesada, de entre cinco y seis años de edad, perteneciente al demandante, que había muerto bajo la custodia del demandado en el otoño de 1945 (un animal de una clase especial cuyo precio estándar era de 2.600 marcos alemanes). De conformidad con el principio establecido en el § 249 del BGB, el demandante tiene derecho a reclamar al demandado la restitución en especie, siempre que ello fuera factible en el presente caso. Sin embargo, la restitución en especie no significa que la situación deba restablecerse literalmente como la que existía anteriormente; basta con que esa situación se restablezca en términos económicos. Por tanto, se consideró que, aunque el caballo no constituyera algo que pudiera ser reemplazado por exactamente la misma cosa, sin embargo, no es inconcebible que, cuando tal cosa se ha perdido, la restitución en especie, en forma de provisión de algo de valor equivalente, pudiera ser un remedio apropiado. Por tanto, el demandado no podía argumentar que la entrega de un caballo en compensación por la pérdida del caballo sufrida por el demandante le supusiera un gasto desproporcionado con base en el § 251 (2) del BGB. Por consiguiente, se consideró apropiado exigir al demandado que compensara al demandante proporcionándole uno de sus propios caballos.

⁹³⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1590-1591.

era no dineraria, la cuantía de su indemnización se podría determinar con base en dos teorías. Con la teoría de la diferencia, el daño se calcula en función de la diferencia de valor entre prestación y contraprestación. De acuerdo con la teoría de la subrogación o del intercambio, el acreedor puede decidir llevar a cabo su contraprestación y determinar su daño con base en el valor de la contraprestación que debía haber recibido. La elección entre una teoría o la otra le corresponde al acreedor⁹³⁶.

No será necesaria la fijación de un plazo cuando el deudor se niegue a cumplir seria y definitivamente o si existen circunstancias especiales que, tras sopesar los intereses de ambas partes, justifican la reclamación por daños y perjuicios (§ 281 (2) del BGB). Asimismo, si de la naturaleza del incumplimiento de la obligación se deriva que la fijación de un plazo no es posible, en su lugar el acreedor deberá remitir un previo aviso al deudor (§ 281 (3) del BGB).

Asimismo, si el cumplimiento no se realiza en el plazo previsto y siguiendo un previo aviso del acreedor, éste tendrá derecho a reclamar una indemnización del deudor, de acuerdo con el § 280 (2) y § 286 (1) del BGB. No habrá necesidad de previo aviso cuando: (1) se ha especificado un período de tiempo para el cumplimiento; (2) el cumplimiento debe ir precedido de un acontecimiento y se ha especificado un período razonable de tiempo para el cumplimiento, de manera que pueda ser calculado, a partir del acontecimiento; (3) el obligado se niega seria y definitivamente a cumplir; (4) por razones especiales, sopesando los intereses de ambas partes, se justifica el inicio inmediato de la mora (§ 286 (2) del BGB).

En Alemania el *ius variandi* del acreedor no se prevé expresamente. No obstante, el actual § 323 (1) del BGB eliminó la exigencia del antiguo § 326, en virtud del cual el acreedor debía declarar que rehusará la prestación después del transcurso del tiempo. Según PALAZÓN GARRIDO, la supresión de esta declaración tiene el efecto positivo de que el acreedor pueda exigir incluso el cumplimiento de la prestación después de haber transcurrido el tiempo adicional para cumplir. Es decir, puede variar su pretensión inicial durante el lapso de plazo adicional, pero cuando ejercita el derecho de resolución o la solicitud de indemnización en lugar del cumplimiento (§ 281 (4) del BGB), queda extinguida la pretensión de exigir dicho cumplimiento⁹³⁷.

El Derecho alemán contempla la diferencia entre interés positivo e interés negativo. Mientras que este último se reserva a los casos de anulación del contrato (§ 122 del BGB), en los supuestos de incumplimiento el acreedor puede reclamar el interés positivo (§§ 281-283 del BGB). Sin embargo, el acreedor alemán sólo podrá reclamar el interés negativo en aquellas

⁹³⁶ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20.

⁹³⁷ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 5.

ocasiones en que es difícil probar el beneficio que se hubiera obtenido del contrato, o cuando el fin del negocio no fuera la obtención de un lucro económico. En estos casos, el § 284 del BGB permite esta posibilidad, aunque la indemnización del interés negativo no puede superar lo que se hubiera percibido mediante el cálculo del interés positivo. Como criterio general para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios, el BGB rechazó la introducción del criterio de la previsibilidad seguido por otros Códigos europeos (como español, francés o italiano) y siguió la Doctrina Rabeliana del fin de protección del contrato (*Sinn und Zweck des Vertrags*), que supone una exportación del principio que rige en Derecho de Daños, según el cual está obligado a indemnizar daños el que contraviene una norma que tiene por finalidad proteger a otro (§ 823 (2) del BGB). El Juez, al aplicarlo, deberá indagar qué fin o interés queda protegido por la norma infringida. En el ámbito de la responsabilidad contractual, el fin de protección de la norma se identifica con el fin de protección del contrato, que debe hacerse a la luz de las circunstancias, incluyendo especialmente la intención de las partes, lo que deja al Juez una considerable libertad de apreciación. En la actualidad, esta teoría es la utilizada por la jurisprudencia⁹³⁸ como criterio de fundamentación de la responsabilidad contractual. Además, se contempla un límite a la indemnización de los daños contractuales conectado con la culpa de la persona perjudicada en cuanto contribuya a la producción del daño; aplicándose asimismo dicho límite cuando la persona perjudicada no advierta al deudor sobre el peligro de un daño inusualmente grave, cuando el deudor no era ni debía haber sido consciente del peligro, o cuando la persona perjudicada no contribuya a no evitar o reducir el daño (§ 254 del BGB)⁹³⁹.

Asimismo, la regulación de la “cláusula penal” se encuentra recogida en el § 340 del BGB, el cual dispone que, habiendo acordado el deudor pagar una determinada pena en caso de incumplimiento, el acreedor puede exigir tal pena en lugar del cumplimiento. De este modo, si el acreedor declara al deudor que exige la pena, la reclamación de cumplimiento queda excluida. Además, si el acreedor tiene derecho a reclamar una indemnización por el incumplimiento, podrá exigir la pena pagadera como importe mínimo del daño. No se excluye la reclamación de un daño adicional. No obstante, si la pena pagadera es desproporcionadamente elevada, podrá reducirse a solicitud del deudor a una cantidad razonable por decisión judicial⁹⁴⁰. Al juzgar la

⁹³⁸ Tribunal Regional Superior de Colonia (*OLG Köln*), Sentencia del 8 de julio de 1992, NJW-RR 1993, 372. En este caso, un empleado del banco demandado dio a la policía cierta información concerniente a unas cuentas falsas del demandante. Como resultado de ello, este fue condenado por evasión fiscal. Demandado el banco por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del deber contractual de secreto bancario, el Tribunal entendió que el objetivo del contrato no era proteger al cliente contra ese tipo de perjuicios; esto es, que la pérdida, cuya compensación se pretendía, no estaba dentro del ámbito objetivo de protección del contrato

⁹³⁹ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 17, 40.

⁹⁴⁰ Tribunal Regional Superior de Colonia (*OLG Köln*), Sentencia del 24 de abril de 1974, NJW 1974, 1952. En este caso, una cláusula estipulaba que se pagaría el 50% del precio del contrato en caso de que el cliente cancelara un contrato de suministro de ventanas. El cliente, después de varios retrasos por parte del proveedor, canceló sin notificarlo adecuadamente, y el proveedor reclamó 3.000 marcos. El

conveniencia, debe tenerse en cuenta todo interés legítimo del acreedor, no sólo su interés financiero. Una vez pagada la pena, la reducción queda excluida (§ 343 del BGB).

Un cumplimiento defectuoso genera, en principio, los mismos remedios que la ausencia total de prestación, excepto si se trata de un cumplimiento defectuoso irrelevante. En este caso, no procederán ni el derecho a recibir una indemnización en lugar del cumplimiento ni la resolución del contrato (§ 281 (1), § 323 (5) del BGB)⁹⁴¹.

En el caso de los contratos sinalagmáticos, del § 320 del BGB se deriva que las prestaciones han de ejecutarse simultáneamente, puesto que cada una de las partes contractuales puede negarse a cumplir hasta que la otra parte no cumpla (*exceptio non adimpleti contractus*). Si se había pactado que una de las prestaciones tenía que ejecutarse primero y después de concluido el contrato quien debía cumplir primero tiene dudas sobre el cumplimiento de la otra parte contratante, puede negar también la prestación (§ 321 del BGB)⁹⁴².

Por otra parte, el § 275 del BGB exime al deudor de su obligación en caso de imposibilidad. Su apartado primero se refiere a la imposibilidad objetiva, es decir, a los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito. En su segundo apartado, este artículo trata de la llamada imposibilidad fáctica (distinta de la imposibilidad económica), es decir, de aquellos supuestos en los que la prestación sería teóricamente posible, pero solamente con un esfuerzo desproporcionado del deudor a la vista del contenido de la obligación y de acuerdo con la buena fe. Por último, el § 275 (3) del BGB se refiere a la imposibilidad de una prestación personalísima y establece que el deudor también podrá negarse a cumplir con la prestación cuando la misma no pueda exigírsele teniendo en cuenta las circunstancias personales del deudor y los intereses del acreedor. La consecuencia jurídica de la imposibilidad en los contratos sinalagmáticos se deriva del § 326 del BGB, el cual establece que, en caso de un supuesto de imposibilidad del § 275 del BGB, el acreedor no está obligado a llevar a cabo la contraprestación, y si ya la había llevado a cabo, procede su restitución (§ 285 del BGB). Del § 283 del BGB se deriva que en caso de imposibilidad no es necesario conceder un plazo adicional para el cumplimiento antes de demandar la indemnización⁹⁴³; como tampoco lo es en caso de que el acreedor quiera valerse de la resolución (§ 323 y § 326 (5) del BGB).

Tribunal estimó la demanda, pero en apelación la suma a pagar se redujo a 2.000 marcos, teniendo en cuenta el hecho de que aún no se habían realizado trabajos en las ventanas. Además, aunque el cliente había cancelado injustificadamente el contrato, el proveedor había contribuido a ello por su retraso y la falta de claridad en la especificación del plazo de entrega.

⁹⁴¹ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20.

⁹⁴² *Ibid.*, Apdo. 20.

⁹⁴³ *Ibid.*, Apdo. 20.

El hecho de que no se pueda obligar al deudor a cumplir, con base en el § 275 del BGB, no significa necesariamente que escape a la responsabilidad por daños y perjuicios; aunque, en principio, no será responsable con base en el § 280 (1) (2) del BGB. Sin embargo, por ejemplo, si fueron sus propias acciones después de la celebración del contrato las que hicieron imposible su cumplimiento, es muy posible que sea responsable; e, igualmente si el cumplimiento del contrato fue siempre imposible y el deudor debería haberlo sabido. Una de las disposiciones a las que se refiere el § 275 (4) del BGB es el § 311a del BGB, que establece que cuando no se puede obligar a un deudor a cumplir porque el cumplimiento fue imposible desde el principio (§ 275 del BGB), el contrato no es necesariamente ineficaz, y el deudor puede ser responsable del incumplimiento a menos que no supiera de la imposibilidad y no fuera responsable de su ignorancia⁹⁴⁴.

Por su parte, el § 313 del BGB dispone que si las circunstancias que se convirtieron en la base de un contrato han cambiado significativamente desde que se celebró el contrato y si las partes no lo hubieran celebrado o lo habrían celebrado con un contenido diferente si hubieran previsto este cambio, se podrá exigir la adaptación del contrato en la medida en que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, en particular la distribución contractual o reglamentaria del riesgo, no se pueda esperar razonablemente que una de las partes mantenga el contrato sin alteraciones. La frustración del propósito o causa del contrato sólo es concebible si se trata de una finalidad o causa compartida o asumida por ambas partes del contrato en el momento de celebrarse. Según BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, hay que subrayar que el § 313 del BGB sólo se refiere a casos excepcionales. El principio básico sigue siendo el de la fuerza vinculante del contrato (*pacta sunt servanda*), siendo los requisitos del § 313 del BGB estrictos. El cambio de circunstancias o los supuestos iniciales deben ser "materiales", las partes no habrían celebrado el contrato si hubiesen previsto el acontecimiento sobrevenido, y la vinculación de una de las partes al contrato no sería razonable⁹⁴⁵. Un ejemplo lo proporciona la Sentencia LG *Karlsruhe* de 29 de abril de 1992⁹⁴⁶: un vendedor de armamento, con motivo de la primera guerra de Iraq, no pudo enviar nuevos suministros de armas a dicho país, por lo que pretendía no aceptar los suministros ya subcontratados de parte de dicho material con terceros, quienes desconocían el destino final del armamento y, en consecuencia, no habían asumido el riesgo de utilidad de la otra parte contractual, dependiente de sus acuerdos con partes iraquíes. Llama la atención MIQUEL SALA que aún discutida es la relación entre el § 275 (2) y el § 313 del BGB. Si el deudor puede negarse a cumplir con su prestación, no habrá necesidad de adaptar el contrato. Actualmente, se considera de forma

⁹⁴⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1575-1576.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, pág. 2114.

⁹⁴⁶ LG *Karlsruhe*, de 29 de abril de 1992, O 7/91 KfH II.

mayoritaria que el deudor tiene que poder elegir libremente entre la excepción del § 275 (2) del BGB y la pretensión de adaptación o de extinción del contrato⁹⁴⁷.

En cuanto a la imposibilidad temporal, la jurisprudencia alemana coincide con el artículo 1.256.2º del Código Civil italiano, en cuanto que contempla la posibilidad de que una imposibilidad temporal pueda dispensar al deudor del cumplimiento. Cabe destacar la Sentencia del Tribunal Federal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof –BGH–*) de 30 de octubre de 1.953⁹⁴⁸, que se pronuncia sobre un contrato frustrado de adquisición de bienes inmuebles situados en la Alemania de 1.939 que no obtuvo la autorización preceptiva de las autoridades públicas. Después de 1.945, el comprador reclamó el cumplimiento específico del contrato. El Tribunal Supremo alemán no admitió la demanda sobre la base de que la autorización denegada en 1.939 hizo el cumplimiento imposible; esta únicamente sería exigible si las partes hubiesen previsto la caída del régimen nazi y considerado vivas sus respectivas obligaciones⁹⁴⁹. Así pues, en general, si la prestación es imposible temporalmente, tendrá que determinarse si la finalidad del contrato puede cumplirse aún con el retraso y si se le puede exigir al acreedor que espere el cumplimiento de la prestación⁹⁵⁰.

Por su parte, el modelo de resolución contractual por incumplimiento que está presente en el BGB se considera en Derecho alemán un derecho potestativo, de origen legal o convencional, que se ejercita mediante una declaración de voluntad recepticia (§ 349 del BGB). Tiene como consecuencia la transformación de la relación jurídica obligacional en una relación jurídica de restitución (*Rückgewährschuldverhältnis*), teniendo efectos *ex tunc*. La restitución se regula en el § 346 del BGB, consistente en la devolución de las prestaciones recibidas y de los aprovechamientos percibidos. Si ello no es posible, sea porque la prestación consistía en un servicio, sea porque la cosa a restituir ha empeorado o ha perecido, deberá abonarse el valor de sustitución. Si el obligado a restituir no lo hiciera, se genera para la otra parte una pretensión de indemnización con base en el § 280 del BGB y siguientes. Por consiguiente, la resolución consiste en que, en términos generales, habiendo incumplido el deudor, el acreedor fije a este un nuevo y adecuado plazo para cumplir (*Nachfrist*) y si este último vuelve a incumplir, el legislador atribuye al acreedor el remedio de la resolución. En concreto, el § 323 del BGB dispone lo siguiente: “(1) Si en un contrato bilateral el deudor no cumple la prestación vencida o no la cumple según el contrato, el acreedor puede resolver el contrato si ha fijado infructuosamente un plazo razonable al deudor para la prestación o para la corrección del

⁹⁴⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 15; MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20.

⁹⁴⁸ Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 30 de octubre de 1953, V ZR 76/52.

⁹⁴⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 28.

⁹⁵⁰ MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 20.

cumplimiento. (2) La fijación de un plazo es innecesaria si 1. el deudor deniega seria y definitivamente la prestación, 2. el deudor no cumple la prestación en el término fijado en el contrato o dentro del plazo determinado y el acreedor ha vinculado en el contrato el mantenimiento de su interés en la prestación a la tempestividad de la prestación, o 3. existen circunstancias especiales que justifican la inmediata resolución ponderando los intereses de ambas partes. (3) Si de acuerdo con la naturaleza de la violación de un deber no procede fijar un plazo, en su lugar opera la intimación. (4) El acreedor ya puede resolver antes del vencimiento de la prestación si es manifiesto que se darán los requisitos de la resolución. (5) Si el deudor ha ejecutado una prestación parcial, el acreedor solo puede resolver el entero contrato si no tiene ningún interés en la prestación parcial. Si el deudor no ha ejecutado la prestación según el contrato, el acreedor no puede resolver el contrato si la violación de un deber es irrelevante. (6) Se excluye la resolución si el acreedor es exclusiva o principalmente responsable de la circunstancia que le legitimaría para resolver, o bien si la circunstancia de la que no debe responder el deudor se produce en un momento en el que el acreedor se encontraba en mora en cuanto a la aceptación”.

En consecuencia, el § 323 (1) del BGB establece que el acreedor podrá resolver el contrato, siempre que haya concedido un plazo adicional al deudor para que pueda cumplir. Sin embargo, existen excepciones frente a la exigencia de conceder un plazo adicional recogidas en el § 323 (2) del BGB, en las cuales solo se exige la realización de un previo aviso (§ 323 (3) del BGB). En las relaciones contractuales de tracto sucesivo, sin embargo, el incumplimiento de una de las partes puede dar lugar a una *Kündigung* (rescisión), y que tiene efectos *ex nunc*, sin que sea necesaria la devolución de las prestaciones desde que se empezaron a producir⁹⁵¹. Se trata del supuesto regulado en el § 314 del BGB, cuyo apartado primero establece que cualquiera de las partes puede rescindir un contrato para el cumplimiento de una obligación de tracto sucesivo mediante notificación con efecto inmediato si hay una causa justificada para ello. Hay causa justificada si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y equilibrando los intereses de ambas partes, no puede esperarse razonablemente que la parte que rescinde el contrato continúe la relación contractual hasta la fecha de terminación acordada o hasta el final de un período de notificación (§ 314 (1) del BGB). Si la causa justificada consiste en el incumplimiento de una obligación contractual, el contrato sólo podrá rescindirse mediante preaviso una vez transcurrido un plazo adicional otorgado al deudor para que pueda cumplir o cuando el preaviso de incumplimiento no haya surtido efecto. El § 323 (2) del BGB se aplica *mutatis mutandis* (§ 314 (2) del BGB).

En definitiva, como se ha expuesto anteriormente, el BGB alemán fue reformado por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2.001, tanto para introducir el

⁹⁵¹ FENOY PICÓN, N., 2015, *Op. Cit.*, pág. 810-811.

nuevo Derecho de Consumo de origen comunitario, como para reformar cuestiones del Derecho de Obligaciones recogido en el BGB cuya regulación se consideraba unánimemente como necesitada de mejora⁹⁵². En opinión de LAMARCA I MARQUÉS, la reforma se quedó a medio camino, dado que: por un lado, no se trató de una reforma de toda la parte general del Derecho de Obligaciones y Contratos. Se reformaron algunas partes del Libro II del BGB, pero otras quedaron tal cual fueron redactadas hace más de cien años; y, por otro, debido a la técnica legislativa, ya que hubiera convenido redactar de nuevo el Libro II de forma completa. Así, el mantenimiento de una cierta sistemática y de la numeración de los párrafos impone preceptos muy largos con muchas divisiones y subdivisiones internas, mientras que otros párrafos quedan sin contenido⁹⁵³.

VI. EL DERECHO INGLÉS Y EL *COMMON LAW*.

Sin perjuicio de la situación actual conocida como *Brexit*, esto es, la salida del Reino Unido de la UE, se considera relevante la exposición del presente Apartado como ejemplo de la presencia del *Common Law* en Europa y la relevancia del Derecho inglés como máximo exponente del Derecho Común en el continente europeo.

Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, el Derecho Contractual inglés se asienta en una concepción económica marcadamente liberal o individualista, considerando al contrato como una relación entre las partes que sólo a ellas interesa y que genera exclusivamente derechos individuales, ajenos a consideraciones colectivas o sociales. Esta concepción aparece ya a finales del siglo XVII. En este sentido, el Derecho Contractual inglés se caracteriza por ser darwinista, en el sentido de que las partes son tan libres de pactar como responsables de hacerlo bien, y en consecuencia los contratos plantean un alto coste de negociación, donde se exigen cláusulas muy precisas y claras, extensas y omnicomprensivas, y bien testadas por expertos asesores jurídicos y económicos. Al contrario, en los sistemas romano-germánicos, el contrato es una pieza clave del modelo económico-social, pudiendo el Juez intervenir para adaptar el contrato en la medida en que la equidad y la buena fe lo exijan⁹⁵⁴. La noción de *reliance* protege las expectativas del que legítimamente creyó en lo pactado⁹⁵⁵.

⁹⁵² MIQUEL SALA, R., Capítulo I.6., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

⁹⁵³ LAMARCA I MARQUÉS, A., 2002, *Op. Cit.*, pág. 8.

⁹⁵⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., “Capítulo I.4. El Derecho Contractual inglés”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo.6.

⁹⁵⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9.

Como se ha adelantado anteriormente, el Derecho inglés se basa en el *Common Law*, esto es, en la jurisprudencia. Por consiguiente, siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, se trata de un Derecho Contractual menos estructurado que el Derecho codificado⁹⁵⁶, aun cuando se va reconociendo progresivamente la importancia del Derecho legislado (*Statute*). Así, en el ámbito de los contratos existe en el Derecho inglés una extensa normativa escrita, la cual tiene como finalidad el establecimiento de normas imperativas destinadas a equilibrar la desigualdad contractual de las partes. En este sentido, como llama la atención SÁNCHEZ LORENZO, la propia transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratos celebrados por los consumidores ha supuesto un impulso crucial de la actividad legislativa, como lo demuestra la *Consumer Rights Act* de 2015⁹⁵⁷. Asimismo, las exigencias de la era industrial y post-industrial explican la acción del legislador en determinados ámbitos (*Sales of Goods Act* de 1979⁹⁵⁸, *Carriage of Goods by Sea Act* de 1924⁹⁵⁹). Finalmente, algunas normas escritas, como por ejemplo la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943⁹⁶⁰ o la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999⁹⁶¹, suponen auténticos cambios de rumbo respecto del *Common Law*. También los usos comerciales son relevantes como fuente del Derecho Contractual inglés, no siendo necesario que las partes los hayan podido prever o tener en mente en el momento de celebrarse el contrato⁹⁶².

6.1. Concepto de contrato.

El Derecho Contractual inglés se relaciona con la ejecución de promesas. No todas las promesas son ejecutadas por los Tribunales, toda vez que para que un Tribunal disponga la ejecución de una promesa o contrato, es necesaria la concurrencia de ciertos elementos. Así, si se dan estos elementos el Tribunal dispondrá que ese acuerdo es un contrato. Decir que existe un contrato equivale a que las partes han asumido voluntariamente obligaciones respecto de la otra parte⁹⁶³. No se requiere un acuerdo subjetivo para que un contrato exista, es decir, basta con que una de las partes piense razonablemente que la otra ha aceptado⁹⁶⁴. Una declaración

⁹⁵⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 273.

⁹⁵⁷ *Consumer Rights Act* 2015, Chapter 15, de 26 de marzo de 2015.

⁹⁵⁸ *Sale of Goods Act* 1979, Chapter 54, 6 de diciembre de 1979.

⁹⁵⁹ *Carriage of Goods by Sea Act* 1924, Chapter 50, de 16 de julio de 1924.

⁹⁶⁰ *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* 1943, Chapter 40 6 and 7 Geo 6, de 5 de agosto de 1943.

⁹⁶¹ *Contracts (Rights of Third Parties) Act* 1999, Chapter 31, de 11 de noviembre de 1999.

⁹⁶² SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7.

⁹⁶³ MACMILLAN, C., STONE, R., “Contract Law”, *University of London*, 2015, pág. 16.

⁹⁶⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 303.

clásica del “principio objetivo” se encuentra en *Smith v. Hughes* (1.870)⁹⁶⁵. En concreto, TREITEL define el contrato como “*an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law*” (“un acuerdo que da lugar a obligaciones que son ejecutadas o reconocidas por la ley” –traducción propia a efectos informativos–)⁹⁶⁶. Apunta MARCO MOLINA que aun partiendo igualmente del contrato como acuerdo, el *Common Law* concibe el contrato antes como un entrecruzamiento de promesas o declaraciones unilaterales de voluntad, que como una suma o confluencia de voluntades, al modo del Derecho continental⁹⁶⁷. Así, afirman BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que “*The basic principle which the law of contract seeks to enforce is that a person who makes a promise to another ought to keep this promise*” (“El principio básico que el Derecho de los contratos trata de hacer cumplir es que una persona que hace una promesa a otra debe mantener esta promesa” –traducción propia a efectos informativos–)⁹⁶⁸. En este sentido, a diferencia de los sistemas continentales que clasifican a los contratos en sinalagmáticos y contratos unilaterales, conforme si se obligan ambas partes o sólo una de ellas, dice RIVERA RESTREPO que en el Derecho inglés la expresión *contract* únicamente hace alusión a aquellos negocios que en el *Civil Law* se identifican con los contratos sinalagmáticos o recíprocos, resultando ser la *consideration* un elemento esencial del mismo, de tal manera que el negocio que no tiene *consideration*, no es un *contract* (por ejemplo, una promesa gratuita). Dentro de estos últimos se encuentra el *deed* o *act under seal*, que equivale a un acto formal (por ejemplo, una escritura) que es obligatorio, aun careciendo de *consideration*⁹⁶⁹. Por su parte, QUIÑONES ESCÁMEZ sostiene que en el Derecho inglés el contrato es, ante todo, un negocio (*a bargain*). La teoría de la *efficient breach of contract*⁹⁷⁰

⁹⁶⁵ *Smith v Hughes* (1870), LR 6 QB 597. En esta decisión, el Tribunal sostuvo que “*If whatever a man’s real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party’s terms*” (“Si, sea cual fuere la intención real de un hombre, se comporta de tal manera que un hombre razonable creería que está aceptando los términos propuestos por la otra parte, y esa otra parte, en base a esa creencia, celebra el contrato con él, el hombre que se comporta así estaría igualmente obligado como si hubiera tenido la intención de aceptar los términos de la otra parte” –traducción propia a efectos informativos–).

⁹⁶⁶ TREITEL, G.H., *The law of contract*, London: Sweet & Maxwell, 2015, para 1-001.

⁹⁶⁷ MARCO MOLINA, J., “El proceso de formación o conclusión del contrato. Una propuesta de regulación armonizada”, *InDret*, 3, 2015, pág. 9.

⁹⁶⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 263.

⁹⁶⁹ RIVERA RESTREPO, J.M., “Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el *Common Law*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8, 1, 2016 (II), pág. 227.

⁹⁷⁰ Postula esta última teoría que un contratante puede incumplir el contrato ante la aparición de una oferta mejor de un tercero que le permita, de un lado, indemnizar el daño que produzca el incumplimiento a la persona con la que originariamente contrató, y de otro, obtener un margen de beneficio para sí; según PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 59.

hace de la eficacia económica la fuente de la fuerza obligatoria del contrato⁹⁷¹. En consecuencia, se ha argumentado que la definición de contrato de TREITEL citada anteriormente, es decir, como un acuerdo que la ley hará cumplir, es engañosa porque la ley inglesa no hace cumplir las promesas gratuitas⁹⁷².

No existe en la ciencia jurídica inglesa una única teoría acerca de los contratos. SMITH clasifica las distintas teorías según cómo se resuelven dos tipos de cuestiones: por un lado, la primera cuestión radica en la identificación de la naturaleza jurídica del contrato. Así, las denominadas *promissory theories*, más extendidas en la doctrina inglesa, identifican las obligaciones contractuales con promesas, siendo relevante el carácter voluntario de las obligaciones contractuales que consisten en cumplir las promesas realizadas. Por su parte, las *reliance theories* sostienen que la característica principal de las obligaciones contractuales es garantizar el cumplimiento de una expectativa generada. Esta teoría se aleja del elemento subjetivo, para fundamentar la obligación en una circunstancia objetiva, fundamentándose en la fuente legal de la obligación y aproximándose al régimen de la responsabilidad por daños (*torts*). Las *transfer theories*, por su parte, aproximan el Derecho Contractual, además, al régimen de los derechos reales: la exigencia del cumplimiento de la prestación contractual trae causa en un derecho transferido o entregado por la parte obligada al acreedor. La segunda cuestión determinante es la cuestión normativa que atiende al por qué se atribuye fuerza legal al contrato. Las doctrinas utilitaristas se fundamentan en su utilidad para promover el bienestar social. En contrapartida, las *rights-based theories*, más consolidadas, se basan en los derechos individuales⁹⁷³.

De forma similar al Derecho francés e italiano, el Derecho inglés adopta un sistema consensual de transmisión de la propiedad⁹⁷⁴. Es decir, se considera que el contrato tiene el efecto de transmitir la propiedad. Concretamente, el artículo 17 de la *Sales of Good Act* de 1.979 establece que, cuando exista un contrato de compraventa, la propiedad se transfiere al comprador en el momento en que las partes en el contrato tengan la intención de transferirla.

Por otro lado, conforme al principio de relatividad de los contratos (*privity of contract*) y de forma similar al Derecho español (artículo 1.257 del Código Civil), el contrato sólo puede

⁹⁷¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7.

⁹⁷² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 292.

⁹⁷³ SÁNCHEZ LORENZO, S., *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant Lo Blanch, 2013(II), pág. 24.

⁹⁷⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 331.

implicar derechos y obligaciones para las partes, y nunca en relación con terceros⁹⁷⁵. No obstante, existe como excepción a este principio la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1.999, mediante la cual los terceros cuentan con cauces para reclamar las estipulaciones contractuales en su favor, que en todo caso ha de quedar expresamente contemplado en el contrato. Este modelo es opuesto a la alternativa habilitada por sistemas romano-germánicos, como el alemán, partidarios de inducir mediante criterios objetivos dichas estipulaciones favorables a los terceros⁹⁷⁶.

6.2. Requisitos del contrato.

En el sistema del *Common Law*, para que un acuerdo sea obligatorio se requiere la presencia de determinados requisitos: en primer lugar, el acuerdo debe ser suficientemente preciso (*certainty*). Como se ha adelantado anteriormente, no hay en el *Common Law* una regulación pormenorizada sobre el contenido mínimo que ha de fijarse en un acuerdo, ni sobre lo que se conoce como el “objeto” del contrato propio del *Civil Law*. Es suficiente, por tanto, que el convenio pueda ser ejecutado y, en su caso, pueda dar fundamento a una reclamación judicial. Así, tradicionalmente se ha exigido en este ordenamiento que el contenido del acuerdo quede determinado, de tal forma que exista suficiente certeza sobre los aspectos más relevantes que conforman el mismo⁹⁷⁷. Teniendo en cuenta en especial los usos del comercio, se cumple esta exigencia incluso si el contrato no contiene algunos extremos relevantes⁹⁷⁸, siempre que sean susceptibles de fijarse de forma objetiva. En este sentido, los Tribunales ingleses sólo rechazan

⁹⁷⁵ *Tweddle v Atkinson* (1861), EWHC QB J57. Se trata de un caso en que una pareja se iba a casar. El padre de la novia llegó a un acuerdo con el padre del novio para pagar cada uno cierta cantidad de dinero a los novios. No obstante, el padre de la novia falleció sin haber pagado dicha cantidad, y el padre del novio falleció antes de poder reclamar dicha cantidad. El novio interpuso demanda contra el albacea testamentario. No obstante, el Tribunal sostuvo que, al no ser el novio parte del contrato, no podía ejecutar el mismo.

⁹⁷⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 29.

⁹⁷⁷ SÁNCHEZ LERÍA, R., 2014, *Op. Cit.*, pág. 7-8.

⁹⁷⁸ *May and Butcher Ltd v The King* (1934), 2 KB 17. En concreto, en este caso, después del final de la Primera Guerra Mundial, el Gobierno tenía un excedente de tiendas de campaña que ya no eran necesarias para el ejército. Como resultado, se constituyó una junta de enajenaciones del Gobierno para vender estas tiendas. Acordaron vender las tiendas a *May and Butcher Ltd.* que dejaron 1.000 libras como depósito de seguridad para sus compras. De acuerdo con el acuerdo escrito entre la junta y la compañía, el precio de las tiendas y las fechas de pago debían ser acordadas entre las partes, a medida que las tiendas estuvieran disponibles. En 1923, una nueva junta de enajenación se hizo cargo y se negó a vender las tiendas. Declararon que ya no se consideraban obligados por el contrato. La compañía demandó pero no tuvieron éxito, ya que la Sentencia consideró que no hubo acuerdo entre las partes. De hecho, nunca se había celebrado un contrato para la venta de las tiendas. Esto se debió a que no se había acordado un término fundamental del acuerdo necesario para que la venta se llevara a cabo, esto es, el precio.

aquellos acuerdos cuyos términos hayan quedado excesivamente vagos o imprecisos, de manera que no se puede establecer cuáles han sido las obligaciones de las partes⁹⁷⁹.

En segundo lugar, como en los demás sistemas jurídicos, la celebración de un contrato implica la voluntad de obligarse (*promise*). Como apunta SÁNCHEZ LORENZO, la determinación de la intención de obligarse es, en principio, objetiva, pues basta que una persona razonable crea confirmar los términos de la oferta propuesta por la otra parte para que quepa hablar de contrato, con independencia de la voluntad real del oferente de obligarse. No obstante, la determinación del contrato no es absolutamente objetiva, pues si a pesar de las apariencias el destinatario de la oferta tiene efectivamente la convicción de que el oferente no pretende obligarse, no existe contrato. De la misma manera, si falta una condición fundamental del contrato que las partes no han acordado, no habrá contrato⁹⁸⁰. Por otro lado, el Derecho inglés requiere algo más que la intención de obligarse, pues exige también una condición adicional para la validez de los contratos: la intención de crear una relación jurídica (*the intention to create a legal relation*)⁹⁸¹.

Por lo que respecta a la determinación del precio, el artículo 8 de la *Sale of Goods Act 1.979* dispone que “(1) *El precio en un contrato de compraventa puede ser fijado por el contrato, o puede dejarse que se fije de la manera acordada por el contrato, o puede ser determinado por el curso de las negociaciones entre las partes. (2) Si el precio no se determina como se menciona en el apartado (1), el comprador deberá pagar un precio razonable. (3) Lo que es un precio razonable es una cuestión de hecho que depende de las circunstancias de cada caso particular*”. Por tanto, se observa que el Derecho inglés recurre como primer criterio a la determinación del precio por las partes y, en su defecto, al criterio de razonabilidad⁹⁸². Asimismo, se contempla la posibilidad de que el precio sea determinado por una tercera persona en el artículo 9 de la *Sale of Goods Act 1.979*. No obstante, si la tercera persona no fuera capaz de determinar el precio, entonces no habría contrato; aunque si los bienes o una parte de los mismos se han entregado ya al comprador, apropiándose de los mismos, éste deberá pagar un precio razonable.

⁹⁷⁹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 179.

⁹⁸⁰ *May and Butcher Ltd v. The King* (1934), *Cit.*

⁹⁸¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 8-9.

⁹⁸² *Bank for Foreign Trade Ltd v. Novinex Ltd* (1949), 1 K.B. 623. En este caso se sostuvo que si las partes habían dejado el precio por acordar, pero una de ellas había cumplido realmente lo que se exigía en el contrato, se consideraría que estaban implícitamente de acuerdo en que el contrato debía ser vinculante y la otra parte debía pagar un precio razonable.

Y, en tercer lugar, el acuerdo debe contar con una *consideration*, siendo este elemento el que justifica la protección del acuerdo en el *Common Law*. Sin embargo, se trata de un concepto abstracto que ha conllevado gran debate doctrinal, por lo que no es posible estudiar aquí todos los aspectos complejos que pueden derivarse del concepto de *consideration*, exponiéndose los principios básicos del mismo. Así pues, la antigua definición del Juez LUSH en el caso *Currie v. Misa* (1.875)⁹⁸³ expresa el significado de la *valuable consideration* en el Derecho inglés: “*some right, interest, profit, or benefit accruing to the other party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered, or undertaken by the other*” (“algún derecho, interés, ganancia o beneficio que le corresponda a la otra parte, o alguna abstención, detrimento, pérdida o responsabilidad dada, sufrida o asumida por la otra parte” –traducción propia a efectos informativos–). La *consideration* ha de tener un valor para el Derecho, ser relevante en el mundo jurídico (*sufficient*), aunque no se exige que sea adecuada (*adequate*), esto es, necesariamente proporcionada o equilibrada con la contraprestación, de tal forma que los Tribunales no realizarán un control sobre su valor real⁹⁸⁴. Siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, generalmente, la *consideration* se asocia a la necesidad de que exista en el contrato un *quid pro quo* (una cosa por otra), una reciprocidad de intereses, ventajas, perjuicios o beneficios. El *quid* debe tener valor económico –y debe tenerlo *in the eye of the law*–, pero no tiene por qué tener el mismo valor que el *quo*. Así, la *consideration* apunta a la existencia de una contraprestación, aunque no necesariamente “equitativa”. Como señala TREITEL, resulta completamente irrelevante que el vendedor haya hecho un buen negocio y conseguido de esta forma un beneficio de la ejecución del contrato. Lo que le interesa al Derecho es la *consideration* para una promesa, no la *consideration* para un contrato. Esta concepción, sostiene SÁNCHEZ LORENZO, convierte a la *consideration* en un elemento más bien formal, diferente a las concepciones objetivas de la causa de los sistemas continentales⁹⁸⁵. Esta determinación de la *consideration* como elemento formal viene dada por el hecho de que la *consideration* no es necesaria en el caso de los contratos hechos mediante *deed*. En otras palabras, la forma sustituye al requisito de la *consideration*. CLAVERÍA GOSÁLBEZ resume lo anterior así: “*En el Derecho anglosajón, mediante la doctrina de la consideration, se pretende que los jueces sólo amparen pretensiones dignas de tutela jurídica, esto es, de cierta seriedad y, en principio, de acreditada justificación: por esto, sólo será exigible ante ellos el cumplimiento de la promesa formalmente expresada (por ejemplo, under seal), o si no lo es, el de la promesa a cambio de la cual se demuestre que se hizo otra promesa (executory consideration), o a cambio de la que se hizo una prestación (executory consideration), o en recompensa de pasados favores del promisor*”

⁹⁸³ *Currie v. Misa* (1875), LR 10 Ex 153.

⁹⁸⁴ SÁNCHEZ LERÍA, R., 2014, *Op. Cit.*, pág. 23-24.

⁹⁸⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 16-18.

*hechos a instancia del promitente (past consideration). No se ampara una promesa hecha a cambio de una actividad ilícita (...)*⁹⁸⁶.

A este respecto, BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER consideran que, sin embargo, la *consideration* es un concepto esencialmente objetivo; no incluye motivaciones psicológicas como el deseo de ayudar a otra persona, por lo que probablemente no es correcto decir que la *consideration* es "sólo" un requisito de forma. El núcleo de la doctrina, sostienen estos autores, parece ser la noción de que sólo los negocios (*bargain*) deben considerarse contratos. Así pues, el hecho de que, como resultado del contrato, el promitente pueda tener algún sentido de obligación moral o incluso comercial con el promotor, no bastará para proporcionar la *consideration* de un acuerdo que de otro modo sería gratuito (*Moral consideration is no consideration*)⁹⁸⁷.

En definitiva, la falta de *consideration*, puede suponer: (i) la inexigibilidad de la obligación, cuando la falta de *consideration* se produce en la etapa de celebración del contrato, de modo que el contrato sería nulo por imposibilidad inicial (por ejemplo, cosa que existió y pereció antes de la celebración del contrato⁹⁸⁸); (ii) la resolución de la obligación, en el caso de que justifique la prestación de la contraparte y ésta no llega a verificarse; y, (iii) la restitución de la cosa dada, cuando no se ha recibido la contraprestación (*total failure of consideration*) por medio de los llamados *restitutory remedies* (*money had and received* y *quantum meruit*)⁹⁸⁹.

Tanto en el Derecho inglés como en los sistemas romano-germánicos, los contratos constituidos sobre la base de un intercambio mutuo de declaraciones de voluntad, pueden tener un contenido obligacional bilateral o unilateral. En el primer caso, el contrato se basa en la existencia de obligaciones recíprocas por las partes contratantes. En el segundo, los contratos únicamente generan obligaciones para una de las partes contratantes, pero mientras que en los sistemas romano-germánicos la unilateralidad puede implicar una falta o quiebra del principio sinalagmático, este efecto es rechazado en el Derecho inglés por la necesidad de *consideration*,

⁹⁸⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *La Causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998, pág. 270-271.

⁹⁸⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 689-700.

⁹⁸⁸ *Couturier v Hastie* (1856), UKHL J3. En este caso, las partes pactaron la entrega de maíz. No obstante, en el momento de conclusión del contrato, el maíz ya no existía, por lo que se estimó la inexistencia de *consideration* y la ausencia de obligación por parte del comprador de pagar el precio.

⁹⁸⁹ RIVERA RESTREPO, J.M., 2016 (II), *Op. Cit.*, pág. 228 – 229.

toda vez que aunque una sola de las partes se obligue a llevar a cabo una prestación⁹⁹⁰, del contrato debe inferirse para ella una ventaja de contenido económico⁹⁹¹.

Por su parte, y como se ha adelantado, la forma cumple en ocasiones una función alternativa a la *consideration*, es decir, por ejemplo una promesa gratuita sin *consideration* es válida en la medida en que se ajuste a la forma de un *deed*. Pero comúnmente la exigencia de requisitos formales atiende a necesidades diversas al contenido de un contrato. El Derecho inglés parte, como la generalidad de los sistemas jurídicos, de un principio de libertad de forma⁹⁹². Excepcionalmente, determinado tipo de contratos requieren determinadas formalidades exigidas por el Derecho escrito⁹⁹³.

Asimismo, afirma SÁNCHEZ LORENZO que el Derecho inglés comparte con la mayoría de los sistemas continentales la necesaria licitud de las prestaciones. La ilicitud de un contrato en razón de su objeto no es, sin embargo, un concepto fácil de acotar. En el Derecho inglés se suele distinguir entre aquellos contratos que son contrarios a las leyes y normas imperativas (*statutory illegality*) y aquellos que son contrarios al interés público que emana de los principios generales del *Common Law*, categoría que comprendería los supuestos de violación del orden público o de las buenas costumbres (*illegality on grounds of public policy*)⁹⁹⁴. En algunos casos, el objeto del contrato puede conllevar un ilícito criminal; en otros, su celebración no implica responsabilidad penal, pero la nulidad deriva de contener un objeto que implica un ilícito civil o la prestación establecida resulta inexigible y el contrato no es susceptible de ejecución. Por ejemplo, es ilegal un contrato llevado a cabo para engañar a la autoridad fiscal sobre el importe de la renta⁹⁹⁵ o el contrato realizado para defraudar a los accionistas de una sociedad privándoles de una parte de la utilidad de sus acciones⁹⁹⁶.

⁹⁹⁰ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* (1893), 1 QB, 256. El demandado, la Carbolic Smoke Ball Company, publicó un anuncio en un periódico de sus productos, en el que afirmaba que cualquier persona que comprara y utilizara su producto pero siguiera contrayendo la gripe a pesar de seguir correctamente las instrucciones tendría derecho a una recompensa de 100 libras esterlinas. La demandante, la Sra. Carlill, compró tal producto y, a pesar del uso adecuado, contrajo la gripe e intentó reclamar la recompensa de 100 libras a los demandados. Los demandados sostuvieron que no podían quedar vinculados por el anuncio, ya que se trataba de una invitación a tratar y no de una oferta. El Tribunal de Apelación falló a favor del demandante, determinando que el anuncio equivalía a la oferta de un contrato unilateral por parte de los demandados. Al completar las condiciones estipuladas por el anuncio, la Sra. Carlill proporcionó la aceptación.

⁹⁹¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

⁹⁹² *Beckham v Drake* (1841), 9 M & W, 79, 92.

⁹⁹³ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 27.

⁹⁹⁴ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 15.

⁹⁹⁵ *Corby v. Morrison (t/a The Card Shop)* (1980), ICR 564 EAT.

⁹⁹⁶ *Begbie v. Phosphate Sewege Co.* (1875), LR 10 QB 491.

Los efectos sobre el contrato de la ilegalidad tampoco siguen regla clara. Si el objeto del contrato implica un ilícito (*illegality as to formation*), la sanción es la nulidad radical o, incluso, la inexistencia del contrato⁹⁹⁷. El contrato puede ser, sin embargo, lícito y una de las partes pretender ejecutarlo de forma torticera o ilícita (*illegality as to perform*)⁹⁹⁸, en cuyo caso la eficacia del contrato puede ser objetable y resultar privado de la asistencia judicial⁹⁹⁹. Por otro lado, la jurisprudencia tampoco es uniforme en cuanto a los efectos del contrato ilegal respecto a la parte inocente, ya que en unos casos considera que las prestaciones previstas pueden ejecutarse¹⁰⁰⁰ y en otros no¹⁰⁰¹. La doctrina ha intentado sistematizar criterios de distinción entre ambas posiciones, destacando que la demanda de cumplimiento del contrato instada por la parte inocente suele estimarse en los siguientes supuestos: cuando el contrato no sea *ex facie* ilegal; cuando la finalidad de la norma infringida no sea la de invalidar el contrato, sino sancionar al incumplidor; cuando se trate de leyes establecidas para defender una determinada clase de personas, ya que en tal caso la protección no se consigue rechazando el remedio instado por un miembro de dicha clase¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ *David Taylor & Son v Barnett Trading Co* (1953), 1 Lloyd's Rep. 181. En este caso, Barnett Trading acordó vender a David Taylor carne irlandesa y entregarla entre abril y julio por un precio establecido. En la fecha en que se firmó el contrato, había vigente un mandato que impedía comprar o vender carne por encima de cierto precio, que el contrato excedía. Cuando Barnett Trading no entregó el pedido, el Señor Tylor reclamó los daños y perjuicios ocasionados por la no entrega. En el procedimiento arbitral, Barnett Trading fue condenado a pagar una indemnización al Señor Taylor por la no entrega. Sin embargo, en segunda instancia, el Tribunal de Apelación sostuvo que el contrato era ilegal desde su formación considerando que el precio establecido excedía el límite máximo legal, por lo que se revocó el laudo arbitral basado en un contrato ilegal.

⁹⁹⁸ *Coral Leisure Group Ltd v. Barnett* (1981), ICR 503. Este caso demuestra que un acto ilegal ejecutado al amparo de un contrato válido no siempre impedirá que una parte pueda ejecutar el contrato. En este caso, el acto ilícito no estaba tan relacionado con el contrato principal, y se sostuvo que, aunque el modo de cumplimiento era ilícito, el contrato en sí no lo era y, en última instancia, se mantuvo.

⁹⁹⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25-26.

¹⁰⁰⁰ *Bloxsome v. Willians* (1824), 3 B & C 232. En este caso, el demandante compró al demandado un caballo con la condición que el caballo estuviera sano y no tuviera más de siete años. No obstante, el demandado vendió el caballo como un vendedor de caballos y, por esta razón –desconocida para el demandante–, era ilegal conforme a la s2 of the *Sunday Observance Act 1677*. El caballo resultó estar insano y tener más de diecisiete años. El demandando alegó que no procedía la reclamación del demandante, ya que el contrato era nulo por ser ilegal. No obstante, el Juez rechazó este argumento, ya que el demandante no sabía que el demandado era vendedor de caballos.

¹⁰⁰¹ *Re Mahmoud and Ispahani* (1921), 2 KB 716. De acuerdo con la *Defence of the Realm Act 1914*, fue promulgada una orden denominada *Seeds, Oil and Fats Order 1919*, que establecía que no se podía comprar, vender o negociar con aceite de lino sin licencia. El demandante tenía licencia para negociar con aceite de lino y vendió ciento cincuenta latas de aceite al demandando, quien había asegurado al demandante que tenía licencia para negociar con aceite, cuando en realidad no. Posteriormente, el demandando rechazó recibir el aceite y el demandante demandó por daños. El *Court of Appeal* desestimó la demanda del demandando con base en la ilegalidad del contrato.

¹⁰⁰² INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 18.

6.3. Los vicios del consentimiento.

El Derecho inglés contempla el error, el dolo, la violencia, la intimidación y la influencia indebida como vicios del consentimiento.

6.3.1. Error

En primer lugar, el Derecho inglés distingue, como primera categoría, el error común (*common mistake*), que supone la identificación del mismo error padecido por ambas partes del contrato, y que puede recaer tanto en los términos del contrato como en las circunstancias fácticas que lo rodean. Señala SÁNCHEZ LORENZO que esta distinción es especialmente relevante, por cuanto en el error unilateral o mutuo los efectos del error se circunscriben a los términos del contrato (*declaration mistakes*), y no a los elementos circunstanciales puramente fácticos. Este tipo de error debe ser fundamental y puede recaer en la existencia o posibilidad del objeto o en su identidad. No obstante, no está tan claro que la doctrina siempre conciba el error común como una categoría autónoma. Según una corriente, se sostiene que la ineficacia del contrato derivaría de una falta absoluta de *consideration* (por ejemplo, cosa que existió y pereció antes de la celebración del contrato¹⁰⁰³). No obstante, según otros planteamientos, la doctrina del error común no se enmarcaría en el ámbito de los vicios del consentimiento, sino que aparece más bien referido a contratos válidos cuyo cumplimiento se cuestiona, más cerca de la figura de la frustración del contrato. El asunto *Bell v. Lever Bros* (1.932)¹⁰⁰⁴ puso de manifiesto estas discrepancias e implicó una auténtica revisión del concepto del error común por la Cámara de los Lores, que derivó preferentemente hacia una doctrina autónoma del error común en el Derecho inglés, sosteniendo que sólo un error esencial sobre la identidad de las partes u objeto del contrato puede negar la existencia de consentimiento y anular el contrato, como si nunca hubiera existido. Un caso más reciente, *Great Peace Shipping v. Tsavlis* (2.002)¹⁰⁰⁵ consideró que una serie de elementos deben estar presentes para afirmar que el error

¹⁰⁰³ *Couturier v. Hastie* (1856), UKHL J3, *Cit.*

¹⁰⁰⁴ *Bell v. Lever Bros Ltd* (1932), AC 161. En este caso, la cuestión principal era determinar si el contrato de despido del señor Bell podía ser anulado por error común, debido a que la compañía averiguó posteriormente que el señor Bell llevaba a cabo actividades comerciales para beneficio personal. El Tribunal determinó que el contrato no era nulo, ya que el error no constituía una parte esencial del contrato, pues el comercio personal del señor Bell no estaba relacionado con el objeto del contrato concluido entre el señor Bell y la compañía y se consideró un error menor en comparación con los beneficios que el señor Bell había obtenido para la compañía.

¹⁰⁰⁵ *Great Peace Shipping v. Tsavlis* (2002), QB 679. En este caso, la empresa demandada, Tsavlis Salvage International Ltd, ofrecía instalaciones de salvamento a los buques en el Océano Índico meridional que necesitaban ayuda. Un barco llamado Cape Providence necesitaba ayuda después de haber sufrido daños estructurales en el mar. Los demandados buscaron un buque mercante que estuviera cerca para ayudarles. Los demandantes, Great Peace Shipping Ltd, dijeron que eran los más cercanos al

común puede anular el contrato: “(i) *there must be a common assumption as to the existence of a state of affairs; (ii) there must be no warranty by either party that that state of affairs exists; (iii) the non-existence of the state of affairs must not be attributable to the fault of either party; (iv) the non-existence of the state of affairs must render performance of the contract impossible; (v) the state of affairs may be the existence, or a vital attribute, of the consideration to be provided or circumstances which must subsist if performance of the contractual adventure is to be posible*” (“(i) *debe haber una asunción común en cuanto a la existencia de un estado de cosas; (ii) no debe haber garantía por ninguna de las partes de que ese estado de cosas exista; (iii) la inexistencia del estado de cosas no debe ser atribuible a la culpa de ninguna de las partes; (iv) la inexistencia del estado de cosas debe hacer imposible el cumplimiento del contrato; (v) el estado de cosas puede ser la existencia, o un atributo vital, de la contraprestación que debe proporcionarse o las circunstancias que deben subsistir para que sea posible el cumplimiento de la aventura contractual*” –traducción propia a efectos informativos–).

En segundo lugar, el error mutuo (*mutual mistake*) supone que ambas partes han incurrido en errores diferentes sobre los términos del contrato, lo que implica un desencuentro entre sus declaraciones de voluntad. El caso *Raffles v. Wichelhaus* (1.864)¹⁰⁰⁶, sería un supuesto típico de este error mutuo, pues cada una de las partes pensaba en un cargamento de algodón distinto, a bordo de dos buques de idéntico nombre y procedencia. La prueba objetiva dejó claro que una persona razonable no habría podido identificar con certeza qué buque se había acordado¹⁰⁰⁷.

barco, ya que estaban a unas 30 millas de distancia. Con esta información, los demandados encargaron a los demandantes que ayudaran al barco. De hecho, esto fue un error y los demandantes estaban a unas 400 millas del barco. Como el Cape Providence necesitaba desesperadamente ayuda, ya que se estaba hundiendo, los demandados cancelaron el contrato con los demandantes y pidieron ayuda a otro barco. Así pues, los demandantes reclamaron sus honorarios a los demandados. Los demandados argumentaron que la distancia del Cape Providence era un error común y que esto invalidaría el contrato que tenían para prestar asistencia. La cuestión en este caso era si se trataba de un error común y si podía anular el contrato. No obstante, se sostuvo que no era un error común que anulara el contrato entre el demandante y el demandado. Se trataba de una cuestión de calidad de la ejecución del contrato. Las millas no eran lo suficientemente fundamentales y eso no hacía que el contrato fuera imposible de cumplir. Un error común requería, por tanto, de un elemento para hacer imposible el cumplimiento del contrato, lo que no era el caso.

¹⁰⁰⁶ *Raffles v. Wichelhaus* (1864), 2 H & C 906. En este caso, los demandados (compradores) acordaron con los demandantes (vendedores) la adquisición de un cargamento de algodón que llegaría *ex Peerless from Bombay*; pero, desconocido por ambos, había dos barcos llamados *Peerless* y ambos navegaban desde Bombay, y si los compradores pensaban en el que navegaba en octubre, los vendedores pensaban en el de diciembre; cuando el algodón finalmente llegó, los compradores rehusaron su entrega, alegando que los vendedores estaban obligados a entregar el algodón del *Peerless* que navegaba en octubre y no en diciembre; no obstante, los vendedores les reclamaron el precio. El Tribunal entendió que las partes habían tenido propósitos distintos (*cross-purposes*) suficientes para dar a los compradores una defensa frente a la demanda de los vendedores, sentenciando a favor de aquellos.

¹⁰⁰⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 22.

Por último, en el error unilateral (*unilateral mistake*), sólo una parte incurre en error sobre los términos del contrato (*self-induced misapprehension*), pero existe una conducta por la otra parte no exenta de responsabilidad, en la medida en que conocía o debía conocer tal error. Para que se admita la anulabilidad del contrato (*mistake negating consent*), se requiere una conducta culpable de la otra parte, que habría podido evitar o deshacer el error. Por tanto, en Derecho inglés, un error en un aspecto contractual es irrelevante cuando la otra parte no tiene motivos para conocerlo. Se trata de una aplicación del principio objetivo, es decir, la parte equivocada está simplemente obligada por lo que dijo o escribió¹⁰⁰⁸. Dentro del error unilateral, la jurisprudencia inglesa ha admitido el error *in personam* referido a la propia identidad, con el efecto de nulidad radical, no bastando un mero error en las cualidades personales¹⁰⁰⁹, y el error obstativo (*as to the expression of intention*)¹⁰¹⁰.

6.3.2. Dolo

El dolo (*misrepresentation* o *fraud*) se concibe como la representación o idea que un contratante (*representee*) tiene sobre el contrato con base en la información obtenida de la otra parte (*representor*). Para que el contrato sea anulable el dolo puede provenir del otro contratante, o de su representante o agente, o de un tercero con conocimiento de aquél¹⁰¹¹. Toda *misrepresentation* permite la liberación del contrato mediante su rescisión (*rescission por*

¹⁰⁰⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 964.

¹⁰⁰⁹ *King's Norton Metal Co. Ltd. v. Edridge Merret & Co., Ltd.* (1897), 14 TLR 98, CA. En este caso, una persona deshonesto pidió al demandante mercancías mediante carta impresa, alegando ser una empresa llamada Hallum & Co con oficinas en Belfast, Lile y Gante. De hecho, no existía tal empresa. El demandante envió las mercancías a crédito. Tal persona vendió la mercancía a los demandados que la compraron de buena fe. No obstante, el solicitante de las mercancías desapareció sin pagar por ellas. Los demandantes interpusieron una demanda basada en su error unilateral en cuanto a la identidad de la empresa. Sin embargo, la Sentencia no consideró el contrato nulo por error, ya que el error fue sólo en cuanto a los atributos de la empresa. El contrato era anulable por tergiversación, pero eso no impediría que el título de propiedad pasara al solicitante y luego a los demandados.

¹⁰¹⁰ *Webster v. Cecil* (1861), 30 Beav 62. En este caso, Webster hizo una oferta a Cecil para comprar un terreno por 2.000 libras, que Cecil rechazó. Posteriormente, Cecil ofreció a Webster un terreno por 1.250 libras, por error, ya que se dio cuenta de que debía haber incluido 2.250 libras e informó a Webster inmediatamente. Webster debía haber sido consciente del error de Cecil, ya que Cecil ya había rechazado la oferta de 2.000 libras de Webster. El Tribunal rechazó el cumplimiento específico porque Webster no había actuado de manera equitativa.

¹⁰¹¹ *Barclays Bank Plc v. O'Brien* (1994), 1 AC 180. En este caso, los demandados eran un matrimonio que había concertado una segunda hipoteca sobre su casa como garantía del crédito que el banco concedía a la empresa del marido. La esposa firmó los documentos confiando únicamente en la (falsa) representación de su marido de que la escritura se limitaba a 60.000 libras y que sólo duraría tres semanas. Finalmente, la empresa del marido llegó a un descubierto de 154.000 libras y, como consecuencia, el banco procedió a la ejecución de la hipoteca. La Cámara de los Loes sostuvo que el marido ejerció una influencia indebida, tergiversando la escritura. Por consiguiente, la esposa podía ejercer una acción frente a su marido para anular la escritura. Dicha acción era exigible contra un tercero que tuviera conocimiento de la situación, el banco en este caso.

misrepresentation)¹⁰¹², toda vez que es un contrato anulable (*contract voidable*). En caso de que la información no sea maliciosa (*innocent misrepresentation*), se trata de un error que sólo puede amparar una acción de rescisión del contrato¹⁰¹³. En cambio, si la información es suministrada maliciosamente (*fraudulent misrepresentation*), la figura se asemeja al dolo y, además de ser el contrato anulable, caben acciones alternativas o acumulativas para reclamar daños y perjuicios. El fundamento es la conciencia acerca de la falsedad o dudosa veracidad de la declaración, aunque se realice de buena fe. Por tanto, no cabe alegar que la parte perjudicada habría descubierto la realidad de los hechos utilizando una diligencia razonable¹⁰¹⁴. Además, el contratante que utilizó el dolo no puede evitar la anulación del contrato alegando que la víctima habría realizado el contrato de todas formas. Apunta PALAZÓN GARRIDO que basta la evidencia de que la falsa declaración tuvo algún impacto en su pensamiento, aunque no le hubiera movido a contratar. El objetivo de la regla es disuadir de la utilización de conductas antijurídicas en la contratación, y rige tanto para el dolo como para la intimidación y el abuso de posición¹⁰¹⁵. El concepto de *fraud* fue definido en el asunto *Derry v. Peek* (1.889)¹⁰¹⁶,

¹⁰¹² La *rescission* por *misrepresentation* difiere de la *rescission* por *breach of contract* (*termination* por *breach of contract*): a) en la *rescission* por *misrepresentation*, el contrato se extingue retroactivamente, con el objetivo de situar a las partes en la posición en que se encontraban antes de la celebración del contrato y asegurando que el demandado no se enriquece injustamente; b) en la *rescission* por *breach of contract*, las partes se liberan de cumplir sus obligaciones para el futuro, pero el contrato si ha existido, por ello no funciona retroactivamente; según FENOY PICÓN, N., 2017, *Op. Cit.*, pág. 564.

¹⁰¹³ *Redgrave v. Hurd* (1881), 20 Ch D 1. El demandante era un abogado que creó un anuncio titulado “Asociación de abogados” en el que buscaba un socio sobre la base de que el individuo comprase la propiedad del demandante. El demandado fue entrevistado y se le informó que el negocio valía £ 300 por año. El demandado preguntó al abogado la cantidad de negocios completados en los últimos tres años. El demandante mostró documentación que mostraba casi £ 200 por año y le ofreció al demandado la oportunidad de evaluar las cuentas. Posteriormente, el demandado acordó comprar la propiedad, pero después de haber hecho un depósito sobre la propiedad y tomar posesión, descubrió que el negocio en realidad no tenía valor y se negó a completar el resto del acuerdo. El Tribunal permitió que se rescindiera el contrato sobre la base de una *innocent misrepresentation*. Es importante señalar que el Tribunal no encontró declaraciones falsas fraudulentas. El Tribunal determinó que el demandado no tenía la obligación de inspeccionar los documentos y que su confianza en la tergiversación (*misrepresentation*) del demandante era suficiente.

¹⁰¹⁴ *Laurence v. Lexcourt Holdings Ltd* (1978), 1 WLR 1128; *Nocton v. Ashburton* (1914), AC 932.

¹⁰¹⁵ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 33.

¹⁰¹⁶ *Derry v. Peek* (1889), 14 App Cas 337. En el folleto publicado por la empresa demandada, se afirmaba que la empresa estaba autorizada a utilizar tranvías propulsados por vapor, en lugar de por caballos. En realidad, la compañía no poseía tal derecho ya que esto tenía que ser aprobado por una Junta de Comercio. Obtener la aprobación de la Junta para esa reclamación se consideró una formalidad en esas circunstancias. Sin embargo, la petición de la empresa para obtener este derecho fue posteriormente rechazada por la Junta. Las personas que habían adquirido una participación en la empresa, basándose en la declaración, presentaron una demanda por engaño contra la empresa del demandado después de su liquidación. La reclamación de los accionistas fue rechazada por la Cámara de los Lores. El Tribunal sostuvo que los accionistas no demostraron que el director de la compañía fuera deshonesto en su creencia. El Tribunal definió la *fraudulent misrepresentation* como una declaración que se sabe que es falsa, o no se cree en su veracidad, o una declaración hecha temerariamente o por descuido en cuanto a la verdad de la declaración. Sobre esta base, el demandante

considerando que existe *fraudulent misrepresentation* cuando se prueba que el contratante realizó una declaración: (i) sabiendo que es falsa; o, (ii) sin creer en su veracidad; o, (iii) hecha temerariamente o por descuido en cuanto a la verdad de la declaración. Si bien, en Derecho inglés, no hay obligación de revelar los hechos conocidos por una parte y desconocidos por la otra (*duty of disclosure*), por lo que ocultar los vicios del producto no genera anulabilidad o responsabilidad contractual, siempre que la parte, con su conducta, no haya inducido a pensar en la ausencia de estos vicios¹⁰¹⁷, en cuyo caso podríamos hallarnos ante un supuesto de *misrepresentation*¹⁰¹⁸.

6.3.3. Violencia, intimidación e influencia indebida

La violencia y la intimidación (*duress*) y la influencia indebida (*undue influence*) tienen como consecuencia que una parte sea forzada o amenazada para concluir un contrato, por lo que este no puede considerarse válido en estas circunstancias. En el caso de que concurra violencia o intimidación (*duress*), la parte que lo sufre concluye el contrato bajo una presión indebida. Así, las amenazas pueden ser de muy distinta índole. Puede tratarse de violencia moral que conlleve sufrir un daño personal (*duress to person*)¹⁰¹⁹ o de una amenaza económica o comercial (*economic duress*)¹⁰²⁰. En ambos casos debe tratarse de una amenaza legítima determinante de la conducta de la víctima y cuyo efecto hubiera sido presumiblemente equiparable en una persona razonable. Por su parte, la influencia indebida (*undue influence*) surgió en la jurisdicción inglesa de equidad para remediar la insuficiencia del vicio de violencia o intimidación (*duress*), evitando que para lograr la perfección del contrato uno de los contratantes pueda aprovecharse de la situación de necesidad, aflicción o debilidad de la otra parte, o de su relación de dependencia o confianza, que determina que el consentimiento no se manifieste de forma libre¹⁰²¹. De este modo, la influencia indebida (*undue influence*) es aquella situación en que una de las partes se prevale de su situación de superioridad, confianza o

no podía reclamar contra la empresa demandada por engaño, ya que la declaración contenida en el folleto no era *fraudulent*, sino que se hizo en la creencia honesta de que adquiriría el derecho.

¹⁰¹⁷ *Bodger v. Nicholls* (1873), 28 LT 441. En este caso se pone de relieve que el hecho de llevar a una vaca a un mercado público para su venta hace presuponer que el animal está sano.

¹⁰¹⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 23.

¹⁰¹⁹ *Barton v Armstrong* (1976), AC 104. Se trata de un caso en el que un socio de una compañía accede a la firma de un contrato de compra de las acciones de otro socio de la compañía a un valor superior, bajo amenazas de muerte del socio vendedor. Como consecuencia de las amenazas de muerte, el Tribunal accede a la anulación del contrato.

¹⁰²⁰ *Atlas Express v. Kafco* (1989), 1 All ER 641. Kafco firmó un contrato con Atlas bajo amenaza, aceptando términos que colocaban a Kafco en una posición financieramente más desfavorable que la que tenía en su anterior relación con Atlas. Por ello, se consideró que el contrato había sido firmado bajo amenaza y su falta de pago no se consideró como incumplimiento de contrato.

¹⁰²¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.26, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9.

ventaja, y se aprovecha paralelamente de la debilidad, estado de necesidad o dependencia de la otra parte para incitarla a celebrar el contrato¹⁰²². Se puede distinguir entre *actual undue influence* y *presumed undue influence*. El concepto de la primera fue explicado en el caso *Royal Bank of Scotland Plc v. Etridge* (2.002)¹⁰²³, en el cual la Cámara de los Lores puso de manifiesto que el objetivo es asegurarse de que no constituye un abuso la influencia de una persona sobre otra. En este sentido, la ley permite investigar la manera en que una transacción se ha llevado a cabo: si la intención fue producida por medios inaceptables, entonces la ley no permite que esa transacción pueda existir. Los medios utilizados se consideran como un ejercicio de influencia indebida, y por lo tanto inaceptable, cuando el consentimiento así obtenido no constituye la expresión del libre albedrío de una persona. No obstante, la Cámara de los Lores también especificó que no es posible establecer un criterio único para distinguir los casos de *actual undue influence*, puesto que las circunstancias en que una persona adquiere influencia sobre otra y la manera en que puede ejercerla varían mucho de unos casos a otros. A diferencia de la *actual undue influence* en que la ley requiere prueba sobre el ejercicio de la influencia indebida de una persona sobre otra, la *presumed undue influence* no requiere tal prueba, sino que se presume el desequilibrio contractual por la propia relación de las partes (padre/hijo, doctor/paciente, etc.) y la transacción llevada a cabo¹⁰²⁴, y la parte que se presume que ha ejercido la influencia debe demostrar que su conducta no causó la celebración del contrato (refutación de la presunción)¹⁰²⁵.

En el Derecho inglés, el contrato se podrá anular con base en los mencionados motivos de invalidez mediante comunicación a la otra parte. Cabe apuntar que puede perderse el derecho a anular el contrato en caso de opción, lo que exige en principio saber que se dispone del derecho de anulación, aunque si se lleva a cabo una acción sin conocer que existía ese derecho y se

¹⁰²² SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 24.

¹⁰²³ *Royal Bank of Scotland Plc v. Etridge*, núm. 2 (2002), UKHL 44. En este caso ocho maridos hipotecaron sus casas para asegurar unos préstamos que habían solicitado para su propio negocio. Las mujeres demandaron haber firmado el acuerdo de hipoteca bajo influencia indebida, reclamando la parte que les pertenecía de su vivienda. *The House of Lords* explicó que el banco está obligado a asegurarse que sus clientes (por ejemplo, las mujeres en este caso) habían obtenido asesoramiento legal independiente y habían otorgado un consentimiento informado, especialmente en el caso de una pareja que va a firmar un acuerdo de hipoteca para asegurar su casa, cuando el préstamo en realidad sólo beneficia a una persona.

¹⁰²⁴ *Lloyds Bank v Bundy* (1975) QB 326. En este caso se trataba de un padre y un hijo que habían mantenido una relación de confianza durante muchos años con su banco. El padre accedió a firmar un contrato para ayudar a su hijo, siguiendo el propio consejo del banco, sin que buscara asesoramiento legal independiente, confiando en la larga relación que había mantenido con el banco.

¹⁰²⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1190.

induce a la otra parte razonablemente a creer que el contrato no se anulará, podría surgir un supuesto de *estoppel*¹⁰²⁶ (por haberse comportado la parte contra sus propios actos)¹⁰²⁷.

6.4. Formación del contrato.

El tratamiento jurídico de la fase negociada del contrato en el Derecho inglés se basa en un *all or nothing approach*: o hay contrato o no lo hay. Si no hay contrato, no hay responsabilidad contractual. Así, el Derecho inglés se basa en el principio de la total libertad contractual, toda vez que cada parte puede romper las negociaciones del contrato, cuando y donde quiera, sin pagar daños al otro¹⁰²⁸. Siguiendo a LARA AGUADO, el Derecho inglés hace primar la eficacia económica en un marco de libre competencia por encima de consideraciones morales: la libertad es más ventajosa para los negocios que imponer límites, que desincentivan para negociar y repercuten negativamente en la economía en general. El resultado de las negociaciones particulares es indiferente, porque el proceso de negociación es un período de riesgo, en el que las partes son libres de decidir si quieren contratar o no¹⁰²⁹, sin incurrir en responsabilidad por no hacerlo¹⁰³⁰. De este modo, señala SÁNCHEZ LORENZO, el riesgo de negociación es consustancial al contrato y únicamente en supuestos muy evidentes de conducta abusiva y dañosa es posible obtener una indemnización por daño no contractual (*tort*). En concreto, la jurisprudencia inglesa¹⁰³¹ se ha pronunciado a favor de la responsabilidad de quien obtiene una ventaja desleal por haber utilizado la información confidencial recibida durante la negociación¹⁰³².

¹⁰²⁶ En el Derecho inglés, el *estoppel* constituye, en términos procesales, una excepción que permite a una de las partes exonerarse de una obligación contractual, amparándose en promesas o actos inequívocos manifestados, y con independencia de la ausencia de *consideration*. Se trata de un recurso esencialmente negativo, para oponerse a una pretensión u obligación de otra forma exigible, pero no puede utilizarse positivamente, para exigir el cumplimiento de una obligación; según SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 35.

¹⁰²⁷ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 396, 401.

¹⁰²⁸ CABRILLAC, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 62.

¹⁰²⁹ *Regalian Properties plc v. London Dockland Development Cpn* (1995), 1 WLR 212. En este caso, se desestimó la pretensión del demandante de que se le indemnizara por los gastos que había realizado en anticipación de un contrato que no llegó a materializarse, porque estaba *subject to contract*, expresión que debía ser respetada por el Tribunal como una manifestación de su libertad de retirarse de las negociaciones sin incurrir en responsabilidad.

¹⁰³⁰ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

¹⁰³¹ *Seager c. Copydex*, núm. 1 (1967), 1 WLR, 923. En este caso, el Tribunal resuelve el caso con base en el principio de equidad, en el sentido de que quien ha recibido información confidencialmente no puede obtener una ventaja de ello. En este sentido, no se puede usar dicha información si ello supone un perjuicio para quien la ha proporcionado y sin haber obtenido su consentimiento.

¹⁰³² SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 10.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que destacar que la acción armonizadora del Derecho comunitario con su acento en las exigencias de justicia material, especialmente en el sector de los contratos celebrados por los consumidores, han venido orientando a la doctrina y a la jurisprudencia inglesa hacia la admisión de la imposición a las partes de ciertos deberes de conducta en la fase de las negociaciones, como el deber de negociar honestamente, con sentido común y con cuidado y ciertos deberes de información en determinados tipos de contratos. Esto conduce a tener en cuenta los intereses de la otra parte negociadora y a imponer sanciones en caso de violación de tales deberes, porque la libertad no puede implicar abuso¹⁰³³.

No existe una diferencia esencial entre el Derecho inglés y los sistemas continentales en cuanto a la formación del contrato, siendo la regla fundamental el concurso de declaraciones de voluntad de las partes, la concurrencia de oferta y aceptación. Sin embargo, a diferencia de los sistemas continentales que otorgan gran peso a la verdadera intención subjetiva de las partes, para el *Common Law*, el acuerdo entre las partes debe extraerse desde un enfoque objetivo de los hechos, donde cobran gran importancia las declaraciones y comunicaciones que se han intercambiado las partes a través de la oferta y la aceptación y el lenguaje empleado en dichas comunicaciones o en los documentos que hayan suscrito. La objetividad implica valorar la voluntad de las partes a partir de sus manifestaciones externas, según su tenor literal o, dicho en otros términos, es la intención declarada y no la intención subjetiva la que cuenta¹⁰³⁴. La voluntad de las partes puede declararse expresamente (*express contracts*), o bien implícitamente a partir del comportamiento de las partes, pero no en virtud de sus declaraciones (*implied contracts*). Conforme al Derecho inglés, el eje central del contrato no es el acuerdo de voluntades, sino el intercambio de promesas por la vía de la *consideration*. De la misma forma que los sistemas continentales, el Derecho inglés requiere una definición suficiente del contenido de la oferta que pueda dar lugar a una aceptación pura, sin alteraciones que puedan generar una contraoferta. Indica SÁNCHEZ LORENZO que, a diferencia de los sistemas continentales, no es precisa una oferta integral de todos los extremos del contrato, sino una oferta “suficiente”, al igual que el propio acuerdo de voluntades que implica la perfección del contrato. Así, la posibilidad de considerar la existencia de una oferta, o de un contrato, bastando con que no todos los elementos del negocio se encuentren precisos (como la determinación del precio o el lugar de entrega de una mercancía), sino únicamente los imprescindibles, es una opción flexible que se va imponiendo en el Derecho Contractual moderno a partir de la propia tradición del *Common Law* (por ejemplo, los textos internacionales de armonización del Derecho Contractual se han alineado con esta concepción de la oferta del Derecho inglés, como el artículo 2:201 de los PECL). Al contrario que en los sistemas romano-germánicos más

¹⁰³³ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, Apdo. 4.

proclives a admitir las ofertas firmes o irrevocables, el Derecho inglés sí admite la revocabilidad de una oferta, incluso si se manifiesta su firmeza por un tiempo indeterminado¹⁰³⁵, contrariamente de lo que sugieren reglas como el artículo 2:202 de los PECL, que admite la revocación si ésta llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación. Únicamente una oferta será irrevocable si existe un contrato que sustente dicha irrevocabilidad¹⁰³⁶, más usualmente un *deed*, pues en otro caso la irrevocabilidad pactada debe tener su correspondiente *consideration*. La oferta es igualmente irrevocable en los contratos unilaterales¹⁰³⁷, si el aceptante ha iniciado ya los actos de ejecución¹⁰³⁸. Comentan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que el resultado neto es que, según el Derecho inglés, es arriesgado que el destinatario confíe en la oferta; no debe suponer que tal oferta no se retirará a menos que haya un contrato que sustente dicha irrevocabilidad y por lo tanto no debe actuar sobre una simple oferta¹⁰³⁹.

Por su parte, la aceptación implica, al igual que la oferta, una expresión clara de asentimiento de una oferta. Cuando se hace una oferta en términos que no fijan un plazo de aceptación, la oferta debe ser aceptada dentro de un plazo razonable. El carácter razonable debe evaluarse a la luz de las circunstancias existentes en el momento de la oferta y de las que surjan

¹⁰³⁵ *Routledge v. Grant* (1828), 4 Bing 653. El Tribunal consideró que si una parte hace una oferta y fija un plazo dentro del cual debe ser aceptada o rechazada por la persona a la que se hace, aunque ésta puede en cualquier momento dentro del plazo estipulado aceptar la oferta, aun así la primera puede también en cualquier momento antes de ser aceptada retractarse; para ser válido, el contrato debe ser mutuo: ambas o ninguna de las partes debe estar obligada por él.

¹⁰³⁶ *Mountford v. Scott* (1975), 3 WLR 884. En este caso, el demandado era el propietario de una vivienda. Firmó un acuerdo con los demandantes por el que, en consideración a la suma de 1£, concedía a los demandantes una opción de compra de su casa por el precio de 10.000£. Posteriormente, los demandantes notificaron el ejercicio de la opción. El demandado se negó a completar la venta y los demandantes entablaron una acción para el cumplimiento específico. El Juez sostuvo que los demandantes tenían derecho a la orden solicitada porque la opción de compra de la tierra constituía un interés equitativo en la tierra y era irrelevante que se hubiera concedido gratuitamente o a título de pago simbólico.

¹⁰³⁷ *Dahlia Ltd. v. Four Millbank Nominees Ltd* (1978) Ch., 231 a 238. En este caso, la demandante, Dahlia, quería comprar la propiedad de los demandados, Four Millbank Nominees. Las partes habían acordado los términos verbalmente, pero no había un contrato escrito entre ellos. Four Millbank Nominees prometió a la demandante que si se concluía un giro bancario para el depósito antes de las 10 de la mañana del 22 de diciembre, se redactaría un contrato escrito. Dahlia procedió a cumplir esta petición, pero los demandados se negaron a completar la venta de la propiedad. Aunque el recurso fue desestimado porque no se cumplían los requisitos de la sección 40(1) de la *Land of Property Act 1925*, el Tribunal consideró que hasta el cumplimiento, un oferente puede revocar la oferta que ha hecho en cualquier momento. No habría ningún contrato vinculante entre las dos partes. Sin embargo, una vez que el destinatario ha comenzado el cumplimiento, la oferta entra en vigor y ya no puede ser revocada por el oferente al contrato.

¹⁰³⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4, 11, 13, 14.

¹⁰³⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 512.

posteriormente¹⁰⁴⁰. El Derecho inglés opta por una interpretación muy estricta de la aceptación basada en la regla del espejo (*mirror image rule*), de forma que una modificación de la oferta implica en realidad una contraoferta, y el papel de oferente recae en el último proponente. Es lo que se conoce como regla del último disparo (*last shot rule*). Y ello, al contrario que otras tendencias del Derecho Contractual moderno contenidas en los textos internacionales de unificación (como en la CVCIM, Principios UNIDROIT o PECL), partidarias de una concepción más cooperativa de la oferta y la aceptación, requiriendo una modificación sustancial de la oferta para poder considerar que estamos ante una contraoferta; toda vez que, como sostienen DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, la solución inglesa no facilita especialmente la contratación, pues si se produce cualquier divergencia entre oferta y aceptación, no hay contrato¹⁰⁴¹. Así pues, el contrato bilateral se perfeccionará desde que la aceptación es comunicada al oferente, entendiéndose que la comunicación se produce con la recepción y no necesariamente con el conocimiento de la aceptación por el oferente (teoría de la recepción). Por su parte, en el contrato unilateral, la aceptación concurre cuando el destinatario del contrato unilateral realiza la acción u omisión que constituye su condición¹⁰⁴², sin que sea necesario¹⁰⁴³ haber notificado previamente al oferente el proceder al cumplimiento o ejecución¹⁰⁴⁴. Por último, en los supuestos en que la aceptación se remita por medio del correo o del telégrafo, rige la teoría de la expedición (también conocida como *mailbox rule* o *postal rule*)¹⁰⁴⁵, la cual implica que el mero hecho de dejar la carta o el telegrama en la oficina de correos o telégrafos o entregárselos a uno de los empleados autorizados para recibir cartas o mandar telegramas es suficiente para entender perfeccionado el contrato. La justificación de esta regla, afirmando que el servicio de correos es el agente común de ambas partes y que la comunicación a este agente completa el contrato, es criticada por la doctrina, que alega que el agente de correos no conoce el contenido de la comunicación y que, en todo caso, es sólo un

¹⁰⁴⁰ *Manchester Diocesan Council of Education v. Commercial and General Investments Ltd* (1969), 3 All ER 1593. En este caso se sostuvo que una demora irrazonable indica que el destinatario de la oferta la rechaza. Ello implica una evaluación objetiva de los hechos y la determinación de la cuestión de si en los hechos se debe considerar que el destinatario de la oferta, en equidad para ambas partes, ha rechazado la oferta.

¹⁰⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 190.

¹⁰⁴² *Dahlia Ltd. v. Four Millbank Nominees Ltd* (1978) Ch., 231 a 238, *Cit.*

¹⁰⁴³ *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co* (1893) 1 QB, 256, *Cit.*

¹⁰⁴⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 15.

¹⁰⁴⁵ *Dunlop v Higgins* (1848) 1 H.L.C. 381. Esta decisión judicial confirmó la *postal rule*. Dunlop & Company ofreció por correo vender 2.000 toneladas de hierro de cerdo a cambio de un precio. La oferta se envió el 28 de enero de 1845. Llegó a Higgins el 30 de enero de 1845. Higgins envió la carta de aceptación el mismo día pero el demandado la recibió el 1 de febrero de 1845 con retraso. El demandado se negó a suministrar la mercancía porque los precios habían aumentado. Se consideró que el aceptante no era responsable de ningún retraso en el curso del tránsito. Por lo tanto, existía un contrato vinculante. El Tribunal consideró que el envío de una carta de aceptación de una oferta constituye un contrato vinculante aunque la carta no llegue nunca por culpa de la oficina de correos.

agente para transmitir, no para recibir, lo que no permite concluir el contrato. Por eso, se afirma que es tan arbitraria como cualquier otra y que puede perjudicar a una de las partes si se pierde la carta, porque, el aceptante actuará en la creencia de que hay contrato y el oferente, creyendo que no lo hay. Lo que sí está claro es que esta regla favorece al aceptante, favoreciendo la formación del contrato y reequilibrando los intereses de ambas partes contratantes¹⁰⁴⁶, toda vez que una vez que la carta que contiene la aceptación es enviada por correo, el oferente ya no puede revocar la oferta, ya que en ese momento se ha celebrado un contrato¹⁰⁴⁷. El comentario al artículo 2.1.4 de los Principios UNIDROIT destaca que esta solución puede ocasionar algún inconveniente al oferente, ya que no siempre estará en condiciones de conocer si todavía tiene la posibilidad de revocar su oferta. Sin embargo, esta solución se justifica, dice el comentario, cuando se considera el interés legítimo del destinatario a que se reduzca el plazo durante el cual sea posible la revocación.

6.5. Incumplimiento del contrato.

El incumplimiento del contrato (*breach of contract*) genera una responsabilidad objetiva para el deudor que se traduce en la concesión al acreedor de los remedios destinados a terminar el contrato y obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Frente a la doctrina del incumplimiento en muchos sistemas romano-germánicos, el Derecho inglés aporta una concepción simple del incumplimiento contractual, cuya eficiencia se ha trasladado a los proyectos de unificación internacional. Para valorar la gravedad del incumplimiento, cuestión determinante de los remedios de que dispone el acreedor, los Tribunales ingleses no realizan un análisis puramente objetivo o descontextualizado del incumplimiento, sino que valoran la propia adecuación de los remedios, la razonabilidad de imponer al acreedor la ejecución del contrato o de que su posición contractual se vea equilibrada por una compensación o la ventaja estratégica injustificada que pueda obtener el acreedor con la terminación¹⁰⁴⁸.

Siguiendo a RIVERA RESTREPO, el Derecho inglés distingue la falta de cumplimiento (*failure of performance*) del incumplimiento de contrato (*breach of contract*), aunque hay que tener en cuenta que todo incumplimiento constituye una falta de cumplimiento. No obstante, no toda falta de cumplimiento equivale a un incumplimiento, porque existen ciertos casos (*lawful excuses*), en que el deudor se exonera de los efectos propios de la acción resolutoria: (a) la teoría de la *frustration* (es decir, como se verá a continuación, supuestos de frustración o imposibilidad que excusan el cumplimiento); (b) la interpretación del negocio, cuando el Juez,

¹⁰⁴⁶ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9-11.

¹⁰⁴⁷ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 554.

¹⁰⁴⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 37.

apartándose del tenor literal de las cláusulas contractuales, limita la responsabilidad del deudor; (c) cuando existe un pacto implícito; (d) la existencia de una exclusión o *exemption clause* (esto es, una cláusula cuyo objetivo es impedir o limitar el ejercicio del derecho del acreedor de optar por la resolución del contrato, sustituyéndolo por otros remedios); (e) cuando estamos frente a una norma estatutaria (por ejemplo, en materia de contratos de arrendamientos de inmuebles, se encuentra regulado por la *Law of Property Act* de 1.925¹⁰⁴⁹). Por último, hay que señalar que, en estos casos, puede existir resolución de la obligación aun cuando no haya incumplimiento, porque se ha verificado una *substantial failure of performance* (falta sustancial de cumplimiento)¹⁰⁵⁰.

En cuanto a la resolución como remedio frente al incumplimiento contractual, es preciso considerar *ex ante* la distinción en el *Common law* entre *condition* y *warranty*: la *condition* es un pacto cuyo cumplimiento faculta al deudor para resolver porque las partes lo han dotado de carácter sustancial, mientras que las *warranties* se refieren a pactos o términos cuyo cumplimiento no determina la resolución, sino solamente la indemnización de daños y perjuicios. Lo anterior se regula expresamente en el artículo 11 de la *Sales of Goods Act* (1.979) estableciendo que cuando un contrato de compraventa está sujeto a una *condition* que debe cumplir el vendedor, el comprador puede renunciar a la *condition*, o puede optar por tratar el incumplimiento de la *condition* como un incumplimiento de la *warranty* y no como un motivo para tratar el contrato como repudiado. El hecho de que una estipulación en un contrato de compraventa sea una *condition* cuyo incumplimiento pueda dar lugar a un derecho a tratar el contrato como repudiado, o una *warranty* cuyo incumplimiento pueda dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios pero no a un derecho a rechazar los bienes y tratar el contrato como repudiado, depende en cada caso de la interpretación del contrato; y una estipulación puede ser una *condition*, aunque se llame *warranty* en el contrato.

La creciente complejidad de las relaciones contractuales dificulta extraordinariamente la calificación de un pacto simplemente como *condition* o *warranty*, y ha hecho surgir el concepto de *intermediate* o *innominate term* (introducido en el caso *Hongkong Fir Shipping Co. LTD. V. Kawasaki Kinsen Kaisha Ltd*, 1.962¹⁰⁵¹), esto es, un pacto que no es ni *condition* ni *warranty*,

¹⁰⁴⁹ *Law of Property Act* de 1.925, Chapter 20 15 and 16 Geo 5, de 9 de abril de 1925.

¹⁰⁵⁰ RIVERA RESTREPO, J.M., 2016 (I), *Op. Cit.*, pág. 232.

¹⁰⁵¹ *Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kisen Kaisha Ltd* (1962) EWCA Civ 7. Se trata de un caso en que los demandados alquilaron un barco por un periodo de dos años. El acuerdo disponía que el barco debía estar en condiciones de navegar (*seaworthiness*) durante todo el periodo de alquiler. No obstante, tuvieron problemas con el motor de la nave y el barco estuvo fuera de servicio por un periodo de cinco semanas y luego por un periodo de quince semanas. En consecuencia, los demandados consideraron que se había incumplido dicha condición y procedieron a la terminación del contrato. No obstante, el Tribunal determinó que los demandados eran responsables por terminación improcedente del contrato. El Tribunal introdujo el concepto de *innominate term*, pues en lugar de tratar de clasificar la cláusula

y cuyo incumplimiento faculta para resolver sólo si es *sufficiently serious*, es decir, únicamente cuando su incumplimiento suponga graves consecuencias para el acreedor, este se encontrará facultado para resolver; en los demás casos, tan sólo podrá reclamar daños y perjuicios (*damages*)¹⁰⁵². Sin embargo, sostiene SÁNCHEZ LORENZO que la variedad y evolución de los tipos contractuales impide en muchas ocasiones reproducir los precedentes, de forma que la distinción entre *condition* y *warranty* se ha ido reconduciendo a través del instrumento más genérico del incumplimiento esencial (*fundamental term* y *fundamental breach*), similar en los sistemas romano-germánicos y en los instrumentos internacionales de unificación del Derecho Contractual (como en los artículos 8:103 y 9:301 de los PECL)¹⁰⁵³.

Además, hay que distinguir también entre *rescission* y *termination*. La *rescission* opera en una fase del inicial del contrato, que no da lugar a una indemnización por lucro cesante (*expectation damages*), sino sólo por daños emergentes o *reliance* (interés negativo o de confianza). La *termination*, por el contrario, opera sobre una fase ejecutiva del contrato, permitiendo la reclamación del lucro cesante¹⁰⁵⁴, y constituye el remedio característico en caso de incumplimiento contractual¹⁰⁵⁵.

Siguiendo a PÉREZ GURREA, en el *Common Law*, a los efectos de la procedencia de la resolución (*termination*), hay que distinguir entre obligaciones independientes en las que no tiene cabida el remedio resolutorio y obligaciones dependientes. Dentro de estas, el incumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes legitima a la otra para rechazar el cumplimiento de su propia obligación, es decir, para el ejercicio de la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que en los ordenamientos continentales suele ir unida al derecho a

como una *condition* o como un *warranty*, el Tribunal examinó el efecto del incumplimiento, tratando de averiguar si tal incumplimiento había privado sustancialmente a la otra parte del beneficio total del contrato. En caso afirmativo, se producía un incumplimiento de la *condition*. Por tanto, el Tribunal determinó que veinte semanas de inactividad del barco en un periodo de contrato de dos años no privaba a los demandados sustancialmente de las prestaciones del contrato a su favor, por lo que no tenían derecho a terminar el contrato.

¹⁰⁵² VAQUERO LÓPEZ, C., Capítulo IV.46, “La mora en los contratos”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, Edición ProView, 2016, Apdo. 18.

¹⁰⁵³ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 28.

¹⁰⁵⁴ *Johnson v. Agnew* (1989), AC 367. En este caso, Agnew se había comprometido a comprar la granja de los Johnson por 117.000 libras; no obstante, no llegó a completar la transacción. Mientras tanto los Johnson tenían problemas financieros, toda vez que se habían retrasado en el pago de los plazos de la hipoteca. En este sentido, reclamaron a Agnew el cumplimiento del contrato. No obstante, durante ese tiempo, se dictaron órdenes de ejecución para la venta de la propiedad por 48.000 libras que no llegaba a cubrir las deudas totales de los Johnson. Los Johnson demandaron a Agnew solicitando una indemnización (equivalente al pago del precio acordado, menos las 48.000 libras) por no haber cumplido el contrato de compra de la propiedad, estimando el Tribunal su demanda en este sentido.

¹⁰⁵⁵ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

resolver el contrato; sin embargo, no ocurre así en el sistema anglosajón en el que a lo anterior hay que unir otros requisitos: (i) se precisa la existencia de una *condition*; (ii) se permite a un contratante resolver el contrato ante una *renunciation* del contrato por la otra parte, si bien hay que aclarar que para que opere el remedio resolutorio es necesario que quebrante las bases del contrato; (iii) el incumplimiento por parte del deudor, concebido al margen de la culpa del mismo, por cuanto el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura, sino en cuanto a un resultado (modelo objetivo)¹⁰⁵⁶. El ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractu* se encuentra también previsto en la *Sale of goods Act* (1.979), toda vez que el artículo 28 de considera las obligaciones del vendedor y el comprador concurrentes, disponiendo que “*Salvo que se acuerde lo contrario, la entrega de los bienes y el pago del precio son condiciones concurrentes, es decir, el vendedor debe estar dispuesto a transmitir la posesión de los bienes al comprador a cambio del precio y el comprador debe estar dispuesto a pagar el precio a cambio de la posesión de los bienes*”; de modo, que el artículo 39 establece el derecho del vendedor impagado a retener la entrega de los bienes.

En el Derecho inglés la resolución por incumplimiento culpable del deudor implica un procedimiento flexible, pues el acreedor tiene la facultad de decidir si le interesa resolver el contrato. Con carácter general, la resolución del contrato se produce mediante la notificación del acreedor al deudor (*notice of termination*), que puede ser inmediata en principio (*notice of instant termination*), pero que en caso de demora no esencial requiere la concesión de un plazo razonable para poder cumplir¹⁰⁵⁷. El grado de ejecución del contrato puede ser asimismo un límite para reconocer la viabilidad de la resolución, pero salvo excepciones (arrendamiento de inmuebles) el Derecho inglés no se muestra proclive a reconocer un plazo adicional de gracia (este plazo adicional es lo que en el sistema alemán se denomina como *Nachfrist*)¹⁰⁵⁸.

No obstante, indica SÁNCHEZ LORENZO que no cabe una resolución retroactiva con devolución de las prestaciones ya realizadas o liberación de la obligación de cumplir las obligaciones ya vencidas al momento de la terminación. La devolución o recuperación de sumas entregadas o la compensación de servicios realizados requiere el ejercicio de un remedio restitutorio, que en todo caso tienen una eficacia muy limitada a aquellos supuestos en que no haya mediado la mínima contraprestación o inicio de cumplimiento. Por ejemplo, la resolución del contrato, al ser sólo prospectiva, no revoca la propiedad transferida en el cedente. Un vendedor de bienes, si no ha recibido el pago por los mismos, sólo puede recuperarlos si ha

¹⁰⁵⁶ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3684-3685.

¹⁰⁵⁷ *Graham v. Pitkin* (1994), 1 WLR 403. En este caso se pone de manifiesto que no era necesario, en caso de demora, solicitar el cumplimiento del contrato otorgando un plazo para ello, previamente a la resolución del contrato.

¹⁰⁵⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

hecho una disposición específica en el contrato a tal efecto, normalmente reservándose la titularidad de los bienes vendidos. Si el vendedor no ha reservado el título de propiedad, su único recurso es reclamar el precio, y si el comprador es insolvente, el vendedor probablemente recibirá poco o nada¹⁰⁵⁹. En consecuencia, los perjuicios derivados del incumplimiento sufridos por el acreedor se resarcirán preferentemente a través de un remedio cumulativo de indemnización por daños y perjuicios (*damages*)¹⁰⁶⁰. Los daños indemnizables en el Derecho inglés son esencialmente pecuniarios o materiales, y persiguen restablecer al acreedor en la posición material que disfrutaría si el contrato se hubiese cumplido con normalidad (interés positivo). O, alternativamente, situarle en la posición que disfrutaba antes de celebrar el contrato (interés negativo). En el primer caso, el deudor debe compensar los daños derivados de la pérdida del negocio (*expectation damages* o *loss of bargain*). Alternativamente, la indemnización puede consistir en la reparación de los daños derivados de la celebración del contrato y la pérdida de oportunidad. El acreedor puede recuperar, por ejemplo, los gastos en que incurrió con motivo del contrato (*reliance loss*), incluso si dichos gastos eran previos a la perfección del contrato. Asimismo, es posible recuperar los gastos derivados del incumplimiento, tales como la devolución del bien o los empleados en una solución de reemplazo (*incidental loss*). Finalmente, si el incumplimiento no produce daños reales, porque el acreedor pueda obtener en el mercado el mismo beneficio a idéntico precio, sólo se indemnizarán simbólicamente los *nominal damages*. Tampoco se indemnizan los daños o su exceso que estén provocados por una falta del acreedor en su obligación de proceder diligentemente (*duty to mitigate*) o sean imputables a su culpa o negligencia¹⁰⁶¹, siendo el *leading case* en la materia el pronunciamiento sobre el asunto *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd* (1.912)¹⁰⁶² que

¹⁰⁵⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1819.

¹⁰⁶⁰ Como apunta ATIYAH la acción por daños es la más generalizada en el *Common Law*. Su principal propósito en el Derecho Contractual es compensar a la parte inocente por el incumplimiento del contrato por parte de la parte culpable en la medida en que el dinero pueda cumplir tal propósito (“*the action for damages is the most general remedy recognized by the Common law. Its primary purpose in the law of contract is to compensate the innocent party for the guilty party’s breach of contract so far as money can do so*”); según ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª Edición, 1989, pág. 439.

¹⁰⁶¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 44, 46.

¹⁰⁶² *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd* (1912), AC 673. Los Ferrocarriles Eléctricos Subterráneos (UER) compraron turbinas de la British Westinghouse Electric Co (BWEC). Las turbinas eran defectuosas por su deficiente potencia. UER utilizó las turbinas defectuosas durante un tiempo y luego compró nuevas turbinas que eran más eficientes de lo que las defectuosas habrían sido incluso si no hubieran sido defectuosas. UER interpuso una demanda por incumplimiento de contrato, reclamando el coste de las turbinas de reemplazo. Afirmaron que la compra era razonable y prudente y que, por lo tanto, el coste de la compra debería ser recuperable como consecuencia directa de la ruptura. BWEC sostuvo que, incluso si las turbinas no hubieran sido defectuosas, las turbinas más eficientes se habrían comprado en cualquier caso y, por lo tanto, UER no habría sufrido una pérdida material a causa del defecto. Incluso si las nuevas turbinas fueron compradas debido a la ruptura, se debe tener en cuenta el aumento de los beneficios obtenidos

estableció que el principio básico de que el perjudicado debe ser colocado en la situación en que estaría de haberse cumplido el contrato, se ve matizado por otro principio también fundamental, que impone al acreedor la realización de todo cuanto esté en su mano para mitigar las consecuencias del incumplimiento¹⁰⁶³.

Con el objetivo de delimitar los daños que son indemnizables fruto de un incumplimiento contractual, se formula en el Derecho inglés la regla *remoteness of damages*, basada en el criterio de la previsibilidad en lo pactado por las partes en el contrato y en la consiguiente interpretación de este, pero sin hacer distinción respecto del incumplimiento doloso¹⁰⁶⁴. De este modo, limita la responsabilidad por daños considerando el propósito de las partes (determinado objetivamente), porque toda responsabilidad contractual es asumida voluntariamente. Y ello dado que, en principio, ha de considerarse equivocado hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran este tipo de contrato, en su concreto mercado¹⁰⁶⁵. La negligencia que haya contribuido a provocar o a aumentar el daño (*contributory negligence*) no constituye en general una justificación o defensa en las demandas

con la instalación de las turbinas de mayor eficiencia energética. Por tanto, UER no pudo reclamar el coste de las nuevas turbinas. Los daños por incumplimiento de contrato debían colocar a la parte perjudicada, en la medida de lo posible, en la posición en la que se encontraría si se hubiera cumplido el contrato. Al cuantificar los daños se debían tener en cuenta los beneficios adicionales obtenidos por los actos realizados en la mitigación. El ahorro obtenido mediante la utilización de las nuevas turbinas superaban el costo de las antiguas y, como los daños eran una cuestión de hecho, el coste de las nuevas turbinas no era recuperable.

¹⁰⁶³ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 39.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, Apdo. 34.

¹⁰⁶⁵ *Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc (The Achilleas)* (2008), UKHL 48. En este caso, las partes celebraron un contrato para el fletamento del *Achilleas*. El fletador dio aviso para terminar el contrato, y el propietario encontró un nuevo fletador. Hasta la terminación, los fletadores sub-fletaron. Ese fletamento no se completó, lo que retrasó el barco para el nuevo fletamento de los propietarios, que fue cancelado. Mientras tanto, las tarifas de alquiler habían bajado. Los propietarios reclamaron daños y perjuicios. Se preguntó a la Corte Suprema si la norma de que una parte puede recuperar las pérdidas que eran previsibles ("no improbables") es una norma jurídica externa, impuesta a las partes en todo contrato en defecto de una disposición expresa en contrario, o si se trata de una suposición *prima facie* sobre lo que se puede considerar que las partes tenían previsto, sin duda aplicable en la gran mayoría de los casos, pero que se puede refutar en los casos en que el contexto, las circunstancias circundantes o el entendimiento general en el mercado pertinente demuestren que no se habría considerado razonablemente que una parte asumiera la responsabilidad de esas pérdidas. La Corte Suprema consideró que los fletadores no eran responsables de las pérdidas de los propietarios en ausencia de una cláusula así lo dispusiera, sosteniendo lo siguiente "*It seems to me logical to found liability for damages upon the intention of the parties (objectively ascertained) because all contractual liability is voluntarily undertaken. It must be in principle wrong to hold someone liable for risks for which the people entering into such a contract in their particular market, would not reasonably be considered to have undertaken*" ("Me parece razonable fundar la responsabilidad por daños en el propósito de las partes (determinado objetivamente), porque toda responsabilidad contractual es asumida voluntariamente. En principio ha de considerarse equivocado hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran este tipo de contrato, en su concreto mercado" – Traducción propia a efectos informativos–).

derivadas de un contrato o, en el supuesto teórico de que la pérdida no se debiera al incumplimiento, no dará lugar a compensación alguna. No obstante, se puede autorizar una reducción de la indemnización en aquellos casos en que quepa compensar la responsabilidad del deudor por falta del deber de cuidado, con la culpa del demandante que no hubiera actuado con el debido cuidado¹⁰⁶⁶.

Por otra parte, a diferencia de los ordenamientos español, francés, italiano y alemán, el *Common Law* desconoce la acción *quantum minoris*, pero los resultados son muy similares en los casos en que el incumplimiento no se encuentra justificado. Así, en los casos de mercancías defectuosas, la regla general es que el comprador puede recuperar en concepto de daños la diferencia entre el valor de las mercancías efectivamente entregadas y el valor que hubieran tenido las mercancías si se hubieran entregado conforme al contrato. Por lo demás, en los casos de una prestación incompleta, si el precio es fácilmente divisible, el comprador puede considerar que el contrato es de naturaleza divisible y pagar únicamente las unidades o entregas recibidas¹⁰⁶⁷. Asimismo, el artículo 53 (1) de la *Sales of Goods Act* (1.979) permite al comprador, en caso de defectos, la interposición de acciones para disminuir o extinguir el precio; o bien, la interposición de acciones por daños. No obstante, en los casos de incumplimiento justificado (*frustration*), la postura del Derecho inglés es diferente a la del *Civil Law*, siendo de aplicación en general la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* (1.943), artículo 1 (3). Una de las medidas es la que pueden adoptar los Tribunales, exigiendo la devolución del dinero pagado y del importe de las ganancias (distintas al dinero) que se hubieran recibido antes del momento en que se entiende que ya no existe la obligación, una vez deducidos los gastos causados¹⁰⁶⁸.

Por último, indicar que tradicionalmente las cláusulas penales están admitidas en el Derecho inglés en la medida en que sean proporcionadas a un daño razonablemente previsible (*liquidated damages clauses*), y no así cuando la suma es claramente excesiva o considerablemente mayor al posible daño derivado del incumplimiento (*penalty clauses*)¹⁰⁶⁹ –

¹⁰⁶⁶ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 660.

¹⁰⁶⁷ *Dawood Ltd v. Health Ltd* (1961), 2 Lloyd's Rep. 512. En esta Sentencia se reconoció que un demandante que ha pagado dinero en virtud de un contrato, posteriormente resuelto por incumplimiento, no puede reclamar todo el dinero pagado en concepto de daños y perjuicios por gastos en vano cuando no hubo una ausencia total de *consideration*.

¹⁰⁶⁸ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 637-638.

¹⁰⁶⁹ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd* (1915), AC 79. En este caso se hace precisamente una distinción entre las denominadas *liquidated damages clauses* y las *penalty clauses*, estableciendo que la esencia de las primeras es una estimación previa auténtica del daño,

coincidentes con lo que en el Derecho continental se denomina “pena cumulativa”) ¹⁰⁷⁰. Si bien, en un caso decidido en 2.015 ¹⁰⁷¹, la Corte Suprema decidió que una cláusula que estaba claramente concebida para disuadir el incumplimiento –exigiendo el pago de una cantidad acordada de daños y perjuicios, o disponiendo otras consecuencias económicamente adversas como una reducción del precio pagadero, en caso de incumplimiento– sería válida si la parte que se beneficiaría de la cláusula podía demostrar que tenía un interés legítimo en obtener el cumplimiento en lugar de los daños y perjuicios, y que la cláusula no fuera desproporcionada en relación con dicho interés legítimo. Así, afirman BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que parece haber ahora dos bases para las cláusulas válidas de “daños y perjuicios acordados” en Derecho inglés: las *liquidated damages clauses* y las *legitimate deterrent clauses* ¹⁰⁷².

Por otro lado, como indica DAMIÁN MORENO, en los países del *Common Law* la acción dirigida al cumplimiento (*specific performance*) está sometida a requisitos muy rigurosos y no basta con que el acreedor lo pida para que el Juez lo conceda, a diferencia del Derecho continental que considera dicha acción como respuesta natural frente al incumplimiento. No obstante, el Derecho inglés no concede la condena al cumplimiento de forma automática, sino que se valoran otros factores, como por ejemplo, el orden de cumplimiento, la imposibilidad legal o material (*impossibility*), la excesiva onerosidad para el deudor (*hardship*) o exigencia desproporcionada del acreedor (*unreasonable conduct of the claimant*). Algunos autores, como ROWAN, han destacado últimamente que la tradicional preferencia del Derecho inglés a sustituir la acción de cumplimiento por la condena dineraria contrasta con otros ordenamientos del Derecho continental que tratan de proteger la existencia de un interés en el cumplimiento como objeto específico de la tutela del acreedor (*performance interest*) ¹⁰⁷³. Asimismo, SÁNCHEZ

mientras que las segundas constituyen una amenaza legal por imposición de una posible sanción en caso de incumplimiento para la parte infractora.

¹⁰⁷⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 49; PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 51.

¹⁰⁷¹ *Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV; ParkingEye Limited v. Beavis* (2015), UKSC 67. La Corte Suprema sostuvo que la norma que hacía inaplicable una cláusula penal era un principio importante y antiguo del Derecho inglés y que, por lo tanto, no se restringiría ni se aboliría en el presente caso. Sin embargo, la Corte Suprema dictó un fallo histórico que modificó el criterio para determinar si una cláusula era o no aplicable en determinadas circunstancias. Así, una cláusula puede ser válida ya sea porque no es excesiva en comparación con una estimación previa de la pérdida que causará el incumplimiento del contrato; o, porque la parte que se beneficiará de la cláusula tiene un interés legítimo en garantizar el cumplimiento en lugar de los daños y perjuicios y la suma pagadera (u otra consecuencia financiera) no es desproporcionada en relación con ese interés.

¹⁰⁷² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1934-1943.

¹⁰⁷³ DAMIÁN MORENO, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 33; ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract. A comparative analysis of protection of performance*, Oxford University Press on Demand, 2012, pág. 6

LORENZO destaca que el Derecho inglés se encuentra muy lejos de la facilidad con que los textos internacionales de unificación de los contratos admiten que prospere una acción de cumplimiento específico sin permitir al Juez el margen de discrecionalidad propio del Derecho inglés (por ejemplo, artículo 9:102 de los PECL). También es más restrictivo que los sistemas continentales, pese a que el carácter primordial con que este remedio se concibió en la tradición histórica de los sistemas romano-germánicos se haya diluido por las exigencias económicas de la era industrial y post-industrial, hasta convertirse en un remedio más, incluso de tendencia claramente subsidiaria¹⁰⁷⁴.

El orden de cumplimiento depende, en el Derecho inglés, de la distinción entre *condition precedent*, *concurrent conditions* e *independent promises*. Explica SÁNCHEZ LORENZO que si una de las prestaciones es una condición previa para que se produzca la obligación de la contraparte, es necesario cumplir en primer término la primera prestación (por ejemplo, en el caso de una compraventa cuyo pago debe producirse tras entregarse el producto). Si ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, se habla de *concurrent conditions*. Finalmente, si las obligaciones son independientes, cada una de las partes puede reclamar el cumplimiento aun no habiendo cumplido su propia obligación. En tal caso, la parte instada al cumplimiento no puede oponer el incumplimiento de la otra parte, sino que debe cumplir y, en su caso, reconvenir exigiendo a su vez el cumplimiento de la otra parte¹⁰⁷⁵. Ahora bien, determinar cuando estamos frente a una de estas tres hipótesis, constituye una cuestión de interpretación, para lo cual, el Juez debe tener presente una presunción: las obligaciones se presumen dependientes y *concurrent conditions*¹⁰⁷⁶.

En cuanto a la imposibilidad, la destrucción del objeto o cosa sobre la que recae el contrato constituye el supuesto más característico de imposibilidad material. Como indica SÁNCHEZ LORENZO, el asunto *Taylor v. Caldwell* (1.863)¹⁰⁷⁷ es muy ilustrativo en la materia, al afirmar que: “*The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance. In none of these cases is the promise in words other than positive, nor is there any express*

¹⁰⁷⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 50.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, Apdo. 36.

¹⁰⁷⁶ RIVERA RESTREPO, J.M., 2016 (I), *Op. Cit.*, pág. 226.

¹⁰⁷⁷ *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826. En este caso, un organizador de conciertos contrató el *music hall* de Surrey para celebrar cuatro conciertos. Sin embargo, una semana antes de que el primer concierto tuviera lugar, el *music hall* quedó destruido como consecuencia de un incendio. En consecuencia el organizador interpuso demanda en reclamación de daños y perjuicios por no haber podido celebrar los conciertos en el *music hall*. No obstante, el Tribunal desestimó la demanda, ya que el contrato se había frustrado como consecuencia de la imposibilidad de ejecutarlo.

stipulation that the destruction of the person or thing shall excuse the performance; but that excuse is by law implied, because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted on the basis of the continued existence of the particular person or chatel” (“A nosotros nos parece que el principio es que, en aquellos contratos en que el cumplimiento depende de la existencia continua de una persona o cosa determinadas, existe una condición implícita de que la imposibilidad de cumplimiento derivada de la pérdida de la persona o cosa excusa dicho cumplimiento. En ninguno de estos casos la promesa se manifiesta más que en palabras positivas, ni existe estipulación expresa alguna acerca de que la destrucción de la persona o cosa deba excusar del cumplimiento; pero semejante excusa está legalmente implícita, pues de la naturaleza del contrato se desprende que las partes contrataron sobre la base de la continua existencia del bien o persona particulares” –traducción propia a efectos informativos–). Asimismo, en el *Common Law* se acepta el principio de exoneración de la responsabilidad contractual¹⁰⁷⁸ en caso de incumplimiento de la obligación por imposibilidad legal sobrevenida; así como la imposibilidad derivada de la muerte o incapacidad sobrevenida de una de las partes del contrato, si la personalidad forma parte esencial de la prestación. No obstante, en principio, la imposibilidad económica no está contemplada como causa de exoneración en el Derecho inglés¹⁰⁷⁹; aunque en casos extremos no puede descartarse que la doctrina de la frustración del contrato sea capaz de incluir supuestos de imposibilidad económica u onerosidad extrema. Asimismo, la frustración de la finalidad del contrato se encuentra contenida entre los supuestos de frustración o imposibilidad que excusan el cumplimiento en el Derecho inglés (*frustration of purpose*). Estos supuestos de frustración *stricto sensu* aparecen en la fórmula empleada por Lord RADCLIFFE al hilo de la decisión de la Cámara de los Lores en el asunto *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.* (1.956)¹⁰⁸⁰: “*frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was*

¹⁰⁷⁸ El principio aparece formulado con claridad en *Reilly v. The King* (1934), AC 176. Afirma, asimismo, Lord MACMILLAN en el asunto *Denny, Mott and Dickson Ltd. v. James B. Frasers & Co. Ltd.* (1944), AC 265, que no puede haber falta en no hacer lo que la ley prohíbe hacer. O bien, el asunto *Ralli Brothers c. Compañía Naviera Sota y Aznar* (1920), 1 KB 614.

¹⁰⁷⁹ *Lancashire Ltd. V. CS Wilson & Co Ltd.*; *Blackburn Bobbin Co Ltd. V. TWallen* (1918), 1 KB 540; *British Movietonews Ltd. V. London District Cinemas* (1952), AC 166.

¹⁰⁸⁰ *Davis Contractors v Fareham UDC* (1956), AC 696. Davis Contractors acordó construir setenta y ocho casas para el Fareham Council en ocho meses por un precio acordado de 85.000 libras. Debido a la escasez de mano de obra cualificada y material, el contrato tardó veintidós meses en concluirse y fue mucho más caro de lo previsto. A Davis Contractors se le pagó el precio acordado contractualmente pactado, pero interpuso una acción reclamando un pago más elevado con base en el hecho de que el contrato se había frustrado y por lo tanto tenían derecho a un pago adicional. No obstante, el Tribunal estimó que el contrato no se había frustrado. El hecho de que la ejecución del contrato se tornase más complicada o no tan beneficiosa no es suficiente para determinar la frustración del contrato, ya que seguía siendo posible la ejecución del contrato.

undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do” (“Existe frustración siempre que el Derecho reconoce que, sin culpa de las partes, el cumplimiento de una obligación contractual deviene imposible porque las circunstancias en que es exigido tal cumplimiento lo convierten en algo radicalmente diferente a lo contemplado en el contrato. *Non haec in foedera venit. No era esto lo que habíamos convenido*” –traducción propia a efectos informativos–). La consolidación de este criterio, frente al primigenio principio de la “condición implícita” (*implied terms*) de *Taylor v. Caldwell* se confirma en decisiones posteriores de la Cámara de los Lores, como *National Carriers Ltd. v. Panalpina (Northern) Ltd* (1.981)¹⁰⁸¹. En cuanto a los supuestos de frustración del contrato por imprevisibilidad de ciertas circunstancias sobrevenidas que impide luego el cumplimiento del contrato, según BIRKS, “*el evento debe haber sido tal que personas de una inteligencia media pudieran haberlo apreciado como probable. Por lo demás el evento y sus circunstancias deben haber sido previstos con cierto detalle: para excluir la frustración no es suficiente, por ejemplo, que hubiese sido previsible alguna interferencia en el cumplimiento, si la interferencia que acontece en realidad tiene un alcance completamente distinto al previsto o previsible*”. En el *Common Law*, la frustración implica la terminación automática del contrato desde que tiene lugar el acontecimiento impeditivo (*all or nothing rule*), sin carga alguna para las partes de notificar el hecho o ejercitar acciones específicas¹⁰⁸².

A este respecto, hay que tener en cuenta la regulación contenida en la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* (1.943) cuando un contrato ha devenido imposible o se ha visto frustrado, de acuerdo con el Derecho inglés. En este sentido, la Sección (1) (2) establece que todas las sumas pagadas a una parte en virtud del contrato antes del momento en que las partes se hayan liberado así serán, en el caso de las sumas pagadas, recuperables; y, en el caso de las sumas pagaderas, dejarán de serlo. Siempre que, si la parte a la que se pagaron las sumas incurrió en gastos antes del momento del cumplimiento del contrato o a los efectos del mismo, el Tribunal podrá, si considera que es justo hacerlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, permitirle retener o, en su caso, recuperar la totalidad o parte de las sumas pagadas o pagaderas, sin que su cuantía exceda de los gastos realizados. Por tanto, los medios de protección en estos casos tienen generalmente carácter restitutorio.

¹⁰⁸¹ *National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd* (1981), AC 675. National Carriers Ltd (NCL) concedió a Panalpina un contrato de arrendamiento por diez años de un almacén. El único medio de acceso al almacén era por una carretera cerrada por la autoridad local durante veinte meses, porque una propiedad vecina se encontraba en condiciones peligrosas. A Panalpina se le impidió utilizar los locales durante ese período y no pagó alquiler. NCL presentó una demanda para reclamar el alquiler impagado. No obstante, el Tribunal entendió que el contrato no se había frustrado, toda vez que la interrupción del arrendamiento durante veinte meses en un contrato de diez años no fue lo suficientemente sustancial como para hacer ineficaz todo el contrato y, por tanto, Panalpina fue obligada a pagar la renta a NCL.

¹⁰⁸² SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4, 8, 9, 11, 14, 21, 24.

En cuanto a la imposibilidad temporal, la solución del *Common Law* es similar a la contenida en otros Derechos europeos, por ejemplo, aunque el plazo no sea esencial, la frustración se produce si el retraso es tan dilatado que el cumplimiento ya no satisface la finalidad perseguida por el acreedor¹⁰⁸³, o si dicho cumplimiento impone obligaciones sustancialmente diferentes a las originalmente pactadas por la parte que debe llevarlo a cabo, como en el caso de demora en que las condiciones económicas han cambiado hasta el punto de incrementar sustancialmente los costes de una parte¹⁰⁸⁴ o por convertir la remuneración pactada en desproporcionada en razón del servicio prestado¹⁰⁸⁵. No obstante, la regulación de la imposibilidad parcial varía en el Derecho inglés, toda vez que la imposibilidad parcial o frustra el contrato (con su consiguiente resolución) o no, pero no cabe una reducción de la contraprestación proporcional al cumplimiento parcial de la obligación¹⁰⁸⁶.

En relación con la excesiva onerosidad (*hardship*), en el *Common Law* no se reconocen *a priori* los efectos de la regla *rebus sic stantibus* (*change of circumstances*). El hecho de que el cumplimiento devenga más oneroso, incluso notablemente más oneroso, no exonera de la responsabilidad por incumplimiento. Así, para obtener una protección frente a semejante eventualidad, se requiere la introducción en el contrato de “cláusulas de *hardship*”; sólo en este contexto convencional se concibe en el *Common Law* la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, desprovista de alcance legal más allá de dichos pactos. Como destaca SÁNCHEZ LORENZO, este principio del *Common Law* aparece claramente evidenciado en los supuestos referidos a la eventual frustración o excesiva onerosidad de los contratos de transporte marítimo motivada por el cierre del canal de Suez, como en el caso *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noblee Thorl GMBH* (1.962)¹⁰⁸⁷. Lo que no parece caber bajo ningún concepto es la posibilidad

¹⁰⁸³ *Jackson v. Union Marine Insurance* (1874), LR10CP 125. En este caso, el Tribunal entendió que el contrato se había visto frustrado como consecuencia del tiempo que tardaron las reparaciones de un barco.

¹⁰⁸⁴ *Metropolitan Water Board v. Dick Kerr* (1918), AC 119. Kerr acordó construir un depósito para la Junta de Agua en un plazo de seis años. Después de dos años, Kerr se vio obligado, como consecuencia de tiempos de guerra, a dejar de trabajar en el contrato y vender su planta. Se consideró que el contrato se había visto frustrado porque la interrupción era de tal naturaleza que, si se reanudaba, el contrato sería diferente.

¹⁰⁸⁵ *Bank Line Ltd v. Arthur Capel And Co* (1919), AC 435. Los demandantes arrendaron un barco a los demandados que, sin embargo, fue requisado por motivos de guerra. Sin embargo, los demandados no ejercieron su derecho de cancelar el contrato. Los demandados, por su parte, se comprometieron a vender el barco, siempre que el gobierno dejara de utilizarlo, lo cual ocurrió y los demandados vendieron el barco. El Tribunal entendió que la requisición no supuso la terminación del contrato y, como consecuencia de la venta, estimó que se debía indemnizar a los demandantes.

¹⁰⁸⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 28, 29;

¹⁰⁸⁷ *Tsakiroglou & Co Ltd v. Noblee Thorl GmbH* (1962), AC 93. El demandado acordó transportar en barco a Hamburgo por un precio determinado cierto cargamento. Sin embargo, el canal de Suez fue cerrado a la navegación. El demandado podría haber transportado el cargamento igualmente por otra vía, pero implicaba más tiempo a un mayor coste, por lo que el demandado no transportó la carga,

reconocida en muchos sistemas romano-germánicos y en la gran mayoría de textos internacionales de que el Juez pueda unilateralmente adaptar el contrato, al igual que tampoco cabe dicha aceptación en caso de error o *undue influence*, cuyo único remedio posible es la nulidad del contrato. Tampoco la obligación de renegociar parece compatible con los principios del Derecho Contractual inglés¹⁰⁸⁸.

El Derecho inglés, por tanto, como ejemplo del *Common Law* en Europa, ha tenido una gran relevancia en este continente, toda vez que la mayoría de las empresas internacionales que operan en Europa lo han venido haciendo bajo la ley Inglesa, resolviéndose las disputas contractuales en Londres. El uso de esta ley, se debe a que Inglaterra cuenta con un sistema legal de Derecho Común bien desarrollado y que las resoluciones judiciales inglesas han venido siendo exigibles en toda la UE. Sin embargo, como consecuencia del *Brexit*, es posible que la legislación inglesa se aparte de la legislación de la UE, por lo que las decisiones de los Tribunales ingleses podrían dejar de ser exigibles internacionalmente. En este escenario, la ley Irlandesa podría reemplazar a la inglesa como marco de referencia. Irlanda sería la única ley común con un sistema jurídico de habla inglesa en la UE. Según la institución *Bar of Ireland*, "Irlanda tiene una ventaja natural sobre otros países europeos. Es de habla inglesa, tiene Derecho Común, y un sistema legal altamente desarrollado con un Tribunal comercial reconocido"¹⁰⁸⁹.

En definitiva, a lo largo de este Capítulo III, se han analizado tanto las diferencias sustanciales existentes entre algunos ordenamientos jurídicos que nosotros hemos seleccionado en cuanto a las principales nociones de la Teoría General de los Contratos, como relevantes similitudes que hay que tener en cuenta a la hora de abordar este estudio. Se ha puesto de manifiesto que en todos los ordenamientos se exige una declaración de intenciones de las partes para considerar la existencia de un contrato, variando de un ordenamiento a otro los elementos que deben concurrir para su validez. Por regla general, el objeto determinado y el consentimiento son requisitos comunes en el *Civil Law*. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se exige la concurrencia de causa, para considerar que existe un contrato y, asimismo, la definición de este elemento varía de unos ordenamientos a otros. Además, se puede apreciar la distinta evolución del Derecho Contractual que ha tenido lugar en unos países

argumentando que el contrato se había visto frustrado. Sin embargo, el Tribunal entendió que el contrato no se había visto frustrado, pues seguía siendo posible transportar la carga y el hecho de que fuera más costoso ejecutar el contrato no era motivo suficiente que diera lugar a la frustración del contrato.

¹⁰⁸⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 35; Capítulo I, *Op. Cit.*, Apdo. 41.

¹⁰⁸⁹ ICEX, "Irlanda podría convertirse en el centro legal líder post-Brexit", acceso en enero de 2021. Disponible en Web: <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/noticias/NEW2019810559.html?idPais=IE>

en comparación con otros, destacando el progresivo proceso de modernización que concurre en algunos Estados miembros, como Alemania o Francia.

Así, somos conscientes de las diferencias existentes en la regulación de la Teoría General de los Contratos en los ordenamientos jurídicos analizados, pero también hemos de destacar que los distintos sistemas comparten relevantes similitudes que, de una forma u otra, nos llevan muchas veces a resultados similares. Es decir, consideramos que, dadas las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos de la UE y el distinto grado de modernización en materia de Derecho Contractual, es necesario contar con, y además se puede lograr, una unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE, que solventara dichas divergencias; partiendo de la base de que contamos con una serie de criterios comunes que facilitarían la labor para llegar a un acuerdo de unificación; y que, en definitiva, y en palabras de DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, se pudiera contar con “*una infraestructura jurídica básica*”¹⁰⁹⁰ que sirviera de soporte al Derecho Contractual, solucionara las diferencias teóricas y prácticas entre los distintos ordenamientos e impulsara el progreso de los sistemas nacionales, incluyendo los temas centrales del mismo como, entre otros, el concepto de contrato, formación e incumplimiento, con una terminología común. Dicha compilación podría reforzar la seguridad jurídica en la UE y facilitar las transacciones entre partes situadas en distintos Estados miembros.

¹⁰⁹⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 77.

CAPÍTULO IV: INSTRUMENTOS RELEVANTES DE UNIFICACIÓN JURÍDICA EN LA UNIÓN EUROPEA

I. INTRODUCCIÓN.

Las divergencias existentes en materia contractual entre los distintos ordenamientos jurídicos son una realidad, un problema actual, que consideramos que entorpece la conclusión de contratos entre individuos y operadores situados en países diferentes; y ello, simplemente por el hecho de que las partes en un contrato situadas en distintos Estados miembros tendrán que revisar la regulación local de Derecho Contractual de la otra parte, lo que en nuestra opinión supone un coste y un obstáculo a la hora de realizar transacciones. Para solventar estos problemas, las partes en contratos transnacionales han ido recurriendo a instrumentos supranacionales para la regulación y redacción de los contratos, lo que nos muestra que tales recopilaciones son útiles y las partes llevan acudiendo a las mismas desde hace varios años.

El presente Capítulo IV tiene por objeto el análisis de los principales instrumentos que estimamos que han tenido mayor incidencia en el ámbito del Derecho Contractual en la UE, esto es: por un lado, los “Principios del Derecho Europeo en materia de Contratos” (*Principles of European Contract Law*, PECL), toda vez que han constituido la recopilación de principios comunes y generales del Derecho Contractual europeo con mayor relevancia y repercusión entre las distintas compilaciones realizadas por grupos académicos en la UE. Además, consideramos que la metodología seguida por la Comisión Lando es la más adecuada a efectos de unificar los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, partiendo de considerar las similitudes existentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, el denominado “núcleo común del Derecho de los Contratos”, para posteriormente crear una normativa mejor (*better rules*). Y ello, teniendo en cuenta en su redacción los ordenamientos continentales, así como soluciones del Derecho inglés que, por su flexibilidad, entendemos en general adecuadas y coherentes con la actual cultura jurídica europea. Y, por otro, la “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea” (*Common European sales Law*, CESL; Propuesta de Reglamento CESL), al constituir ésta la primera Propuesta oficial que ofreció un conjunto de normas que abordaban una Teoría General de los Contratos en la UE, junto con la regulación del régimen jurídico del contrato de compraventa –aunque si bien, y como se ha expuesto en el Capítulo II, nunca llegó a gozar de reconocimiento oficial–. Y ello, con el objeto de estudiar la regulación incluida en dichos instrumentos, así como su relevancia y repercusión actual, en orden a analizar lo que se ha conseguido hasta ahora en el proceso de la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE.

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATOS.

Los “Principios del Derecho Europeo en materia de Contratos” (*Principles of European Contract Law*, PECL) son el resultado de los esfuerzos realizados por la Comisión Lando a lo largo de los años. La Comisión Lando estaba formada, en su mayoría, por académicos¹⁰⁹¹ que además eran abogados practicantes. Es relevante, a este respecto, que los miembros de la Comisión no representaban ningún interés político o gubernamental específico. Todos ellos perseguían el mismo objetivo, esto es, redactar las reglas sobre Derecho Contractual más apropiadas para Europa¹⁰⁹², objetivo que aquí compartimos. Siguiendo a HESSELINK, los trabajos fueron dirigidos a la preparación y elaboración de unos principios comunes a los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*¹⁰⁹³. El Volumen Primero (Partes I y II) fue presentado en 2.001, en el cual se detallan principios comunes en los países de la Comunidad Europea (CE) relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; el cumplimiento, incumplimiento y los recursos, así como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. Por su parte, el Segundo Volumen (Parte III) apareció en 2.005, y recoge la regulación sobre la pluralidad de sujetos, cesión de créditos, sustitución del deudor, cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud, condiciones y capitalización del interés.

Los propios PECL tienen como objetivo facilitar la máxima flexibilidad, acomodándose a la evolución del pensamiento científico en el campo del Derecho Contractual; evitando, de este modo, cubrir todos los casos particulares, dado que ello habría llevado a un nivel de detalle y especificidad excesivo. Por ello, la Comisión se esmeró en redactar también reglas cortas y generales, a efectos de que fueran entendidas no sólo por los juristas, sino también por sus clientes. En cuanto a su estructura, cada Capítulo contiene una serie de artículos. A cada artículo le sigue un comentario que expone las razones de dicha norma, así como su objetivo, funcionamiento y relación con otras normas. El funcionamiento de las reglas se explica también a través de ejemplos. Cada artículo concluye con una nota que identifica las principales fuentes

¹⁰⁹¹ La Comisión Lando estaba compuesta por unos veinte expertos entre los que destacan nombres como VON BAR, C.; BEALE, H.; BONELL, M.J.; DROBNING, U.; HARTKAMP, A.; HONDIUS, E.; STERME, M.H.; TALLON, D.; WILHELMSSON T.; O, ZIMMERMANN, R.; en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 14.

¹⁰⁹² LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 364.

¹⁰⁹³ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 928.

utilizadas y describe la manera en que se trata la cuestión en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE¹⁰⁹⁴.

En opinión de LARROUMET, los PECL tienen una flexibilidad que es muy positiva. Además, respecto al contenido de los Principios, sostiene que no sólo la redacción es clara y constituye un buen compromiso entre sistemas jurídicos de tradición distinta, sino que las reglas son más precisas y completas que las de los “Principios para los Contratos del Comercio Internacional” (Principios UNIDROIT). Por este motivo, según LARROUMET, no se puede considerar que los PECL constituyen una repetición inútil de los Principios UNIDROIT¹⁰⁹⁵.

Los PECL se han considerado como un conjunto de reglas útil que surgieron como respuesta a la necesidad de crear una infraestructura del Derecho Contractual, válida para toda la UE, para consolidar el Derecho comunitario que regula tipos específicos de contratos; así como para reconciliar las familias del *Civil Law* y del *Common Law*¹⁰⁹⁶. En concreto, los PECL querían servir las siguientes finalidades: (i) como base para la legislación europea, a efectos de ayudar tanto a los órganos de la UE a redactar medidas, como a los Tribunales, árbitros y asesores jurídicos en la aplicación de las medidas comunitarias; (ii) como adopción expresa de los Principios por las partes situadas en Estados miembros distintos, a efectos de regir sus contratos por un conjunto de reglas neutras, no basadas en ningún ordenamiento jurídico nacional concreto; (iii) como una formulación moderna de la *Lex Mercatoria*, por cuanto se da la situación de que las partes que intervienen en contratos internacionales quieren que su acuerdo se rija por principios aceptados a nivel internacional, optando además con frecuencia por el arbitraje. Por eso, uno de los objetivos inmediatos de los PECL era prever una declaración de los mismos aceptable dentro de Europa y que se pudiera aplicar directamente por los árbitros; (iv) como modelo para el desarrollo judicial y legislativo del Derecho Contractual ofreciendo, por un lado, ayuda a los Tribunales y a los árbitros que tienen que decidir cuestiones que no se encuentran reguladas de manera adecuada por los sistemas normativos aplicables; y, por otro, como guía a los legisladores que estén reformando su Derecho Contractual; y, por último, (v)

¹⁰⁹⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 34-35.

¹⁰⁹⁵ LARROUMET, C., 2006, *Op. Cit.*, pág. 76-77.

¹⁰⁹⁶ Para ilustrar este punto, los propios PECL exponen dos ejemplos: el primero, es que en los sistemas del *Civil Law*, el principio de buena fe es de carácter general e impregna todo el ordenamiento; no obstante, no existe tal principio en el *Common Law*, sino que en estos ordenamientos se exige la buena fe únicamente en situaciones concretas y tienen una serie de reglas específicas que llegan a algunos resultados similares a los que exigiría la buena fe, si bien no se hace mención a dicho concepto. El segundo ejemplo es que el *Civil Law* considera legítimo que un contrato contenga cláusulas penales destinadas a disuadir a que una parte rompa el contrato; el *Common Law* considera que imponer sanciones (frente a la liquidación de daños por vía de compensación por pérdidas anticipadas) es algo inconveniente e inejecutable.

como base para la armonización en aquellos casos en que los Estados miembros deseen armonizar su Derecho Contractual¹⁰⁹⁷.

Así, los PECL tenían como objetivo contribuir a la armonización y unificación del Derecho Contractual europeo, con independencia de que llegasen a formar un conjunto de reglas que pudieran ser inmediatamente aplicables. Por su parte, DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES afirmaron que los PECL “*ofrecen un conjunto de reglas que se pueden aplicar en los territorios de todos los Estados y que se encuentran disponibles en lenguas bien conocidas*” y cuyo objetivo, entre otros, se dirigía a la facilitación del comercio transfronterizo dentro de la UE y reforzamiento del mercado único¹⁰⁹⁸; MARTÍNEZ SANZ denominó los PECL como el “*mínimo común denominador*” del Derecho Contractual europeo, “*aunque, en sentido estricto, tampoco sea cierto, pues son bastantes las soluciones acogidas que no son conocidas en determinados ordenamientos*”¹⁰⁹⁹; y, BERNAD, caracterizó los PECL como “*dotados de grandes posibilidades para convertirse en referente inexcusable en el futuro Código Civil europeo, a partir de un estudio de derecho comparado en el ámbito del derecho patrimonial*”¹¹⁰⁰.

La Comisión Lando partió de considerar las similitudes existentes en los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, el denominado “núcleo común del Derecho de los Contratos”, para posteriormente crear una normativa mejor (*better rules*). HESSELINK afirma que la Comisión Lando prefirió buscar similitudes antes que las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos, calificando a este método con el nombre de *presumptio similitudinis*¹¹⁰¹. Comentan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que muchos comparatistas podrían considerar este método escasamente científico, pues el Derecho comparado debe tender más a establecer las diferencias que los factores comunes, pero considerando el objetivo de unificación, parece más lógico haber acudido a la *presumptio similitudinis* que subrayar las diferencias¹¹⁰².

Una vez halladas las similitudes, la Comisión Lando realizó una “aproximación funcional”, consistente en redactar las reglas en función de las soluciones que ofrecen a los problemas, en lugar de buscar una aproximación de los planteamientos dogmáticos o de las instituciones jurídicas¹¹⁰³. Reglas que, afirma BERNAD, se auto integran y permiten adelantarse en algunos

¹⁰⁹⁷ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 27 – 32.

¹⁰⁹⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 76.

¹⁰⁹⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 195.

¹¹⁰⁰ BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág. 200.

¹¹⁰¹ HESSELINK, M.W., 2001, *Op. Cit.*, pág. 30.

¹¹⁰² DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 80.

¹¹⁰³ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 109-134.

casos a los cambios que se puedan producir en el ámbito jurídico¹¹⁰⁴. Indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que los PECL presentan la ventaja de no dejar las cosas definitivamente cerradas, aunque abren variantes cuando judicialmente se tiene que llevar a cabo la concreción, con merma evidente de la seguridad jurídica¹¹⁰⁵.

Los PECL se sirvieron de todos los ordenamientos jurídicos de la UE, aunque ninguno se ha convertido en la base de los mismos. En los PECL se pueden apreciar muchas de las características y criterios seguidos por el *Common Law*, pero también se pueden extraer diversas notas propias del *Civil Law* (como, el concepto de buena fe establecido en su artículo 1:201). Afirma LANDO que la Comisión prestó atención a todos los sistemas de los Estados miembros, pero no todos tuvieron influencia en las cuestiones tratadas. Además, se consideraron normas de otros sistemas jurídicos ajenos a la UE, como los *Restatements of the Law*¹¹⁰⁶ americanos, el Código de Comercio Uniforme estadounidense (*Uniform Commercial Code*, UCC), los Principios UNIDROIT, y convenciones existentes, como la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CVCIM)¹¹⁰⁷. Es más, algunos de los Principios reflejan ideas no materializadas en el Derecho de ningún Estado¹¹⁰⁸. Es decir, sobre una base comparativa, la Comisión trató de establecer los Principios que consideró mejores (*better rules*) teniendo en cuenta las condiciones económicas y sociales en Europa¹¹⁰⁹.

Apuntan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la relación existente entre los PECL y los Principios UNIDROIT es absolutamente clara. Muchas de las reglas tienen incluso una redacción idéntica o muy similar y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando,

¹¹⁰⁴ BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág. 209-210, 216.

¹¹⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 79.

¹¹⁰⁶ Los *Restatements of the Law* han sido elaborados por el *American Law Institute* (ALI), como recopilaciones sistematizadoras de la jurisprudencia (*Case Law*) y sus principios en diversos sectores del ordenamiento jurídico, aunque formalmente carecen de carácter oficial. En particular, los *Restatements of contracts* reflejan la tensión entre el Derecho Contractual clásico del *Common Law*, representado por el *Case Law*, y el criterio del Código de Comercio Uniforme norteamericano. Forman parte de los *Restatements of the Law*, con la idea de sistematizar los principios generales del *Common Law*; si bien, no tienen fuerza de ley, gozan de un gran peso entre la doctrina y la jurisprudencia; según FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 15-16.

¹¹⁰⁷ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 928.

¹¹⁰⁸ HESSELINK afirmó, a este respecto, que “*Indeed, the PECL may even be better characterised as the common opinion of a group of well-respected academic experts rather than as a restatement of the common core of contract law in Europe*” (“De hecho, la PECL puede incluso caracterizarse mejor como la opinión común de un grupo de expertos académicos muy respetados que como una codificación del núcleo común del Derecho Contractual en Europa –traducción propia a efectos informativos–”); según *Ibid.*, pág. 924.

¹¹⁰⁹ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 364.

incluido el propio LANDO, habían sido antes miembros del grupo de trabajo que redactó los Principios UNIDROIT¹¹¹⁰.

Cabe mencionar que los PECL han prescindido en buena parte de la tradición característica del Derecho europeo continental que distingue el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Contratos. Así, los PECL constituyen una regulación del Derecho Contractual en la que se recibe un buen número de reglas que en las regulaciones concretas de muchos países de la Europa continental forman parte del Derecho de Obligaciones, como el pago, el incumplimiento o la responsabilidad contractual¹¹¹¹.

En definitiva, afirma FERNÁNDEZ ROZAS que la experiencia de los PECL se ajusta a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos¹¹¹². Los PECL tuvieron como finalidad la elaboración de unos principios comunes y generales del Derecho Contractual europeo, que desembocasen en la armonización sistemática de este ámbito del Derecho Privado. En concreto, hoy en día, los PECL ofrecen a los operadores un conjunto de reglas generales neutras que, sin basarse en un sistema jurídico concreto, regulen sus contratos (artículo 1:101). Este sería el propósito a corto plazo, pero LANDO apuntaba otro ulterior al reconocer que “*The main purpose of the Principles is to serve as a first draft of a part of a European Civil Code*”¹¹¹³ (“*el propósito principal de estos Principios es servir como un primer borrador de una parte de un Código Civil Europeo*” –traducción propia a efectos informativos–). No obstante, se han venido aplicando como parte de la *Lex Mercatoria*, por ejemplo en supuestos en los que las partes acuerdan que su contrato se regule por los principios contractuales generalmente aceptados a nivel internacional, o que no deseen someter su negocio a un concreto sistema jurídico, o en el caso que no resulte claro determinar qué Derecho resulta aplicable a su vinculación contractual¹¹¹⁴.

2.1. Ámbito de aplicación.

Como se ha expuesto, los PECL ofrecen a los operadores un conjunto de reglas generales neutras que regulen sus contratos. No se regula ningún contrato en particular, ni se establece ninguna regla específica para los contratos suscritos entre empresarios y consumidores; sino que, en general, tratan el tema de los contratos asimétricos, incluyendo tanto las operaciones

¹¹¹⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 84.

¹¹¹¹ *Ibid.*, pág. 86-87.

¹¹¹² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 15.

¹¹¹³ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 364.

¹¹¹⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2014, *Op. Cit.*, pág. 99-102.

entre empresas como entre empresas y consumidores¹¹¹⁵, sin perjuicio de que incorporen reglas pensadas básicamente para consumidores –aunque no se llegue a decir–, como por ejemplo las relativas a cláusulas abusivas no negociadas individualmente (artículo 4:110)¹¹¹⁶. Según LANDO, los PECL fueron redactados para abordar las cuestiones contractuales que se plantean en la vida comercial actual y que pueden hacer avanzar el comercio, especialmente el comercio internacional, si bien los PECL no fueron redactados únicamente con la intención de ser aplicados a las transacciones transnacionales¹¹¹⁷.

En particular, los PECL incorporan reglas fundamentales y generales del Derecho Contractual para la UE que pueden aplicarse cuando las partes “*hayan acordado incorporarlos al contrato o someter su contrato a los mismos*” (artículo 1:101 (2) de los PECL). Según Díez PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, hay, por consiguiente, dos supuestos diferentes: en primer lugar, un convenio de incorporación que supone la voluntad de las partes de considerar a los PECL incorporados al contrato, lo que no quiere decir que sean trasladados literalmente al documento contractual; y, en segundo lugar, un pacto de elección como Derecho aplicable, lo cual plantea el problema de si ciertamente sería posible elegir los PECL como Derecho aplicable, pues el propio artículo 3 del Reglamento Roma I (RRI) establece que “*el contrato se regirá por la ley elegida por las partes*”, de modo que no incluye expresamente la posibilidad de que el contrato se pueda regir por principios o reglas generales. Si bien, en su Considerando 13 dispone que el RRI “*no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional*”, lo cual lleva a preguntarse si los PECL podría considerarse “Derecho”. Como dicen los citados autores, en este punto, cada uno de nosotros pondrá en juego el concepto de Derecho que profese. Así, no podrán reconocerlos como Derecho todos aquellos para quienes la imperatividad y la coactividad sean elemento esencial. Podrán, en cambio, reconocerlos como Derecho, con independencia de su imperatividad y coactividad, todos aquellos que creen en las normas jurídicas como preceptos en que se pueden encontrar soluciones a problemas jurídicos¹¹¹⁸. En nuestra opinión, las partes podrían acordar que los PECL rijan su contrato, sin perjuicio de que debiera ser igualmente aplicable la normativa contenida en el correspondiente ordenamiento jurídico de forma subsidiaria, es decir, en todo lo no regulado por los PECL (ya fuera porque las partes eligieran tal legislación de forma subsidiaria o porque fuera aplicable según las normas de conflicto correspondientes).

¹¹¹⁵ ROPPO, V., “Del Contrato con el Consumidor a los Contratos Asimétricos: Perspectivas del Derecho Contractual Europeo”, *Revista Derecho Privado*, 20, pág. 206.

¹¹¹⁶ Díez PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 88.

¹¹¹⁷ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 365.

¹¹¹⁸ Díez PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 142-143.

Los PECL también establecen otras dos opciones de aplicación: (a) cuando las partes acuerden que el contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *Lex Mercatoria* o una expresión similar; o (b) cuando no hayan escogido ningún sistema o normativa legal que deba regir su contrato (artículo 1:101 (3) de los PECL). En todos estos casos, señalan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, la eventual aplicabilidad de los PECL nace sin cláusula de sujeción y sin ninguna regla explícita ni implícita que proceda de la voluntad de las partes¹¹¹⁹. El sub-apartado (a), explican los autores de los PECL, consiste en una invitación a las partes, a los Tribunales o a los árbitros a considerar que tales cláusulas se refieren a los principios, dado que se formulan en ellos de manera específica y precisa los principios generales de la normativa de contratos. Por su parte, el sub-apartado (b) invita a los órganos judiciales y arbitrales a aplicar los PECL aunque las partes no hayan optado por los mismos. Los autores de los PECL justifican tal aplicación por la comparación y la discusión internacional que se refleja en los PECL. Así, en caso de someter a juicio un contrato internacional, los PECL pueden proporcionar una base más apropiada para el enjuiciamiento de este contrato que la de cualquier otra normativa contractual a nivel nacional¹¹²⁰.

Asimismo, la aplicación de los PECL es pertinente para llenar las eventuales lagunas del Derecho aplicable (artículo 1:101 (4) de los PECL), contribuyendo al establecimiento de un lenguaje jurídico común. Es decir, se invita al órgano judicial o arbitral correspondiente a utilizar los PECL como fuente para el supuesto de que un ordenamiento nacional no contenga normas para resolver un aspecto o asunto específico. En este sentido, el recurso a los PECL se adecúa a la práctica de muchos Tribunales (por ejemplo, los españoles), que utilizan decisiones extranjeras o se apoyan en la doctrina consolidada cuando se enfrentan a nuevos problemas. De este modo, los autores de los PECL consideran que al constituir éstos un conjunto de normas elaborado a partir de todos los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros, pueden aportar al menos el mismo grado de autoridad que la jurisprudencia o la doctrina de un determinado país¹¹²¹.

Los PECL se basan en el principio de libertad contractual (artículo 1:102 (1) de los PECL), eje de la contratación en el Derecho europeo inspirado por el liberalismo, individualismo y capitalismo codificador, corregido a su vez por razones de justicia material; así como en el principio de buena fe (artículo 1:201) y en el deber de cooperación (artículo 1:202), presentando la relación contractual más como punto de encuentro y de cooperación entre los contratantes,

¹¹¹⁹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 144.

¹¹²⁰ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 123-124.

¹¹²¹ *Ibid.*, pág. 124.

que como un cúmulo de intereses opuestos¹¹²². Además, las partes pueden excluir la aplicación de cualquiera de las disposiciones de los PECL o derogar o modificar sus efectos, salvo que los PECL hubieran establecido otra cosa (artículo 1:102 (2) de los PECL).

La libertad de contratación se encuentra limitada por las normas imperativas establecidas en los PECL y no en el Derecho nacional y ello, sujeto a que las partes opten por regir su contrato conforme a los PECL y que el Derecho en otro caso aplicable lo permita (artículo 1:103 (1) de los PECL). Comentan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que esta inaplicabilidad de las normas imperativas de fondo a que hubiera conducido la norma de conflicto, plantea una cuestión de política jurídica que suele ser resuelta en el Derecho Internacional Privado (DIPr) en la misma forma en que lo ha sido por los PECL¹¹²³. No obstante lo anterior, las partes sí que deberán respetar las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de DIPr, con independencia de la normativa que rija el contrato (artículo 1:103 (2) de los PECL).

DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES se preguntan qué ocurre con los límites que el Derecho tradicional impone al principio de libertad de contratación y que no aparecen en los PECL. Afirman estos autores respecto al caso español que no hay más orden público que las normas imperativas y que es evidente que la moral, en cuanto límite de la libertad contractual, juega un papel enormemente difícil de diseñar. De este modo, sostienen que puede pensarse que la vía de la moralización de los contratos en los PECL se ha llevado a cabo a través de los conceptos de buena fe y lealtad que indudablemente remiten a normas éticas¹¹²⁴.

Por otro lado, según el artículo 1:105 (1) de los PECL, las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas. Según DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, este artículo establece dos reglas: por un lado, la vinculación de las partes a los usos respecto de los cuales ha existido un acuerdo de las partes. En virtud de esta regla hay una aplicación convencional de los usos de los negocios, porque las partes en uso de su libertad contractual así lo han decidido. Por otro lado, existen prácticas, que son hábitos establecidos entre las propias partes, bien en el curso de otras operaciones de negocios realizadas con anterioridad al momento de la celebración del contrato o bien en el curso de la ejecución del propio contrato. Además, el artículo 1:105 (2) de los PECL establece que las partes también quedan sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable. Comentan los anteriores autores que en este caso las partes quedan sujetas a los usos de los

¹¹²² BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág. 218-219.

¹¹²³ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 148.

¹¹²⁴ *Ibid.*, pág. 147.

negocios respecto de los cuales no hay una expresa elección ni referencia, estableciendo dicha vinculación de manera objetiva, esto es, con sujeción a los usos que personas que se encontraran en la misma situación que ellos los considerarían aplicables¹¹²⁵.

Finalmente, es relevante hacer referencia a la “definición de lo razonable” contenida en los PECL (artículo 1:302), pues aparece en multitud de ocasiones la idea de que una persona, un acto o un comportamiento es razonable o no razonable, utilizando una expresión que probablemente procede del Derecho inglés, si bien no existe en ningún Estado miembro disposición legal alguna de este tipo. En este sentido, para los PECL “*el carácter razonable debe juzgarse de acuerdo con lo que considerarían personas que actúan de buena fe y en la misma situación que las partes. En concreto, para determinar lo que es razonable, se deben tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de negocios y profesiones involucrados*”. Apuntan los autores de los PECL que para juzgar lo que es razonable hay que atender a lo que toda parte que actuara de buena fe y se encontrara en la misma situación que las partes considerara razonable. Para decidir lo que es razonable, hay que tener en cuenta todos los factores relevantes. Los autores ponen como ejemplo, referirse a la naturaleza y objeto del contrato. Así, exponen, el periodo de tiempo para comunicar la terminación del contrato conforme al artículo 9:303 dependerá de si la parte perjudicada debe o no actuar rápidamente por el tipo de contrato de que se trate. Sería el caso en que, por posponer una determinada comunicación, la parte vaya a beneficiarse de fluctuaciones de precio frecuentes en el comercio. También deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso, así como la costumbre y la práctica del comercio¹¹²⁶. No obstante, señalan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que probablemente no resulte fácil establecer el límite entre comportamiento de buena fe y comportamiento razonable, que terminan siendo dos formas distintas de expresar la misma idea¹¹²⁷.

2.2. Concepto de contrato.

En la misma línea que el artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT y el artículo 14 de la CVCIM, el artículo 2:101 de los PECL, de un modo parecido al Derecho anglosajón, establece la validez del mero acuerdo cuando las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y alcanzar un acuerdo suficiente, sin necesidad de ninguna otra condición. El concepto de contrato que establecen los PECL es el de un acuerdo que crea obligaciones legales. Lo mismo destacan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, considerando que al conjugar los dos

¹¹²⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 150-151.

¹¹²⁶ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 169-170.

¹¹²⁷ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 164.

elementos que aparecen en el artículo 2:101 el contrato se puede definir como el “*acuerdo suficiente en el cual las partes quieren quedar legalmente vinculadas*”¹¹²⁸. El comentario del artículo aclara que la regulación contenida en los PECL incluye tanto los contratos bilaterales y sinalagmáticos como los unilaterales, en cuanto que respecto a éstos últimos los PECL entienden que una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación es vinculante (artículo 1:107 y artículo 2:107), debiendo comunicarse la promesa a un sujeto concreto o al público. Si bien, cuando una promesa no exija aceptación, si quien la recibe la rechaza, resulta anulada¹¹²⁹.

Por otra parte, cabe mencionar que, en la concepción de los PECL, todos los contratos son consensuales, es decir, no hay una categoría de contratos que deban entenderse formados por requisitos adicionales como puede ocurrir con los llamados “contratos reales”, en que se exige la entrega de la cosa para que las obligaciones contractuales puedan entenderse surgidas. Comentan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la consideración de todos los contratos como consensuales no es, como regla general, criterio que pueda ser sujeto de un juicio desfavorable¹¹³⁰. Por nuestra parte, entendemos que tal consideración supondría una simplificación de las diferentes categorías de contratos, así como de los requisitos que se exigen en unas y otras categorías para entender concluido un contrato.

2.3. Requisitos del contrato.

El artículo 1:102 (1) de los PECL establece que las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los PECL. Sostiene LASARTE que, aunque la mejor doctrina contemporánea prefiere resaltar la noción de la autonomía privada, los PECL en cambio han preferido insistir en la idea de la libertad contractual. Si bien, estima este autor que la libertad de establecimiento del contenido contractual contenida en el artículo 1:102 (1) coincide con la noción de autonomía privada, circunscrita en el ordenamiento jurídico español por las normas imperativas y por la buena en sentido objetivo¹¹³¹.

Los PECL no exigen (igual que el artículo 3.1.2 de los Principios de UNIDROIT y el artículo 11 de la CVCIM) requisito alguno de entrega, forma –excepto en aquellos casos en los que se requiere la firma escrita, como en el artículo 2:106 y artículo 2:210 de los PECL–, objeto,

¹¹²⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 172.

¹¹²⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 185, 188, 218.

¹¹³⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 173.

¹¹³¹ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 7.

causa ni *consideration* para la validez del contrato; exigiéndose simplemente que: (i) las partes tengan la intención de obligarse legalmente; y, (ii) alcanzar un acuerdo suficiente (artículo 2:101). Si bien, SABORIDO SÁNCHEZ apunta que, aun cuando la causa se ha eliminado, se puede encontrar su presencia, al menos, en tres momentos diferentes: en los casos de alteración de circunstancias, en la determinación del cumplimiento del contrato y en el remedio de la resolución¹¹³².

En cuanto al primer requisito, el artículo 2:102 establece un principio general sobre los efectos de la declaración o conducta de una de las partes, al disponer que: “*La voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determina a partir de sus declaraciones o su conducta*”, pero tal declaración o conducta se determinarán “*tal y cómo estas fueran razonablemente entendidas por la otra parte*”. Así, explican los autores de los PECL, si la parte ha entendido realmente la verdadera intención de la otra, la primera resulta obligada, no importa la manera en que haya expresado esta intención. Ello concuerda con la norma de interpretación dispuesta en el artículo 5:101 (1) en el sentido de que la intención común de las partes prevalece, incluso aunque se aleje del sentido literal de las palabras utilizadas. En otros casos, el contrato deberá interpretarse conforme al significado que cualquier persona razonable de igual condición que las partes daría a dicho contrato si se hallara en las mismas circunstancias (artículo 5:101 (2))¹¹³³.

La intención en realidad, comenta SÁNCHEZ LORENZO, se presume del consentimiento, y se trata de una exigencia poco problemática en el ámbito de las relaciones comerciales¹¹³⁴. De este modo, si existe dicha intención, la determinación de cuáles sean las cláusulas y contenido del acuerdo será una labor que podrá realizar el Juez, atendiendo fundamentalmente a lo que se considera razonable de acuerdo con las circunstancias concretas¹¹³⁵.

En cuanto al segundo requisito, de forma similar al Derecho anglosajón, los PECL consideran un acuerdo suficiente si los términos: “*(a) han sido suficientemente determinados por las partes de manera que el contrato puede ser exigido, o ejecutado; o (b) pueden quedar determinados en virtud de estos Principios*” (artículo 2:103 (1) de los PECL). De acuerdo con la óptica anglosajona adoptada, DíEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES indican que no hay un contenido mínimo, ni tampoco hay elementos esenciales. Basta que el contrato pueda ser ejecutado y, en caso necesario, dar fundamento a una acción o reclamación judicial; o bien, que

¹¹³² SABORIDO SÁNCHEZ, P., 2013, *Op. Cit.*, pág. 13.

¹¹³³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 197.

¹¹³⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo II.20, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 26.

¹¹³⁵ SÁNCHEZ LERÍA, R., 2014, *Op. Cit.* pág. 15.

los términos del contrato puedan quedar determinados posteriormente. Por ejemplo, el artículo 6:104 de los PECL permite, en los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, entender que las partes han pactado un precio razonable –este criterio también se establece en el artículo 5.1.7 de los Principios UNIDROIT, si bien se formula de forma subsidiaria–. En este sentido, los usos de los negocios y las prácticas que hayan establecido las partes entre ellas pueden facilitar criterios para integrar las lagunas negociales. Según Díez Pícazo, Roca Trías y Morales, esta solución que adopta el artículo 6:104 de los PECL tiende a salvar el contrato frente a una posible causa de nulidad y, además, presume que fue voluntad de las partes celebrar un contrato de tal tipo y efectuar una referencia a un precio corriente o a un precio razonable¹¹³⁶. Aun cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable (artículo 6:105 de los PECL)¹¹³⁷. Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al Juez o Tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello. Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable (artículo 6:106 de los PECL).

Sin embargo, dispone el artículo 2:103 (2) de los PECL (similar al artículo 2.1.13 de los Principios UNIDROIT) que “*si una de las partes se niega a concluir un contrato en tanto no haya acuerdo entre los contratantes sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá hasta que no se alcance un acuerdo sobre dicho aspecto*”. De ahí que el acuerdo suficiente exija dos requisitos: (i) que las cláusulas sean determinables; y, que (ii) haya consenso sobre las cláusulas debatidas. Así, una parte puede considerar que una determinada cláusula es tan esencial que sólo aceptará el contrato si se llega a un acuerdo al respecto. Por ejemplo, el hecho de que las partes negocien el precio de las mercancías que se van a vender, demuestra que el precio es un elemento decisivo. Incluso aquellos aspectos que normalmente no se considerarían esenciales pueden serlo para alguna de las partes¹¹³⁸.

Asimismo, e igual que el artículo 3.1.3 de los Principios UNIDROIT, los PECL tampoco exigen la posibilidad inicial del contrato (artículo 4:102) –como, por ejemplo, sí exigen algunos ordenamientos jurídicos como el español (artículo 1.272 del Código Civil), francés (artículo 1.163 del Código Civil) o italiano (artículo 1.346 del Código Civil) al requerir que el objeto del

¹¹³⁶ Díez Pícazo, L. Roca Trías, E., Morales, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 179, 280.

¹¹³⁷ Malo Valenzuela, M. A., 2008, *Op. Cit.*, pág. 1751-1753.

¹¹³⁸ Lando, O.; Beale, H.; Barres Benlloch, P.; Embid Irujo, J.M.; y Martínez Sanz, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 202-203.

contrato sea posible—. Y ello, debido a que para los PECL, según sus comentarios, estos casos son frecuentemente situaciones de error esencial que permitirá a cualquiera de las partes afectadas anular el contrato (artículo 4:103 de los PECL). También habrá casos en que se entiende que uno de los contratantes ha asumido el riesgo de la imposibilidad, como en el caso de que en el momento de la conclusión del contrato no tuviera disposición sobre los bienes objeto del mismo, por lo que no tendrá derecho a anular el contrato. El cumplimiento específico del contrato resultará imposible, pero la parte que hubiera asumido ese riesgo será responsable por los daños y perjuicios por causa del incumplimiento¹¹³⁹. Siguiendo a DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, cuando el contrato es puramente obligatorio, no es requisito del contrato que, en el momento de contratar, la parte tenga facultades de disposición sobre los bienes a que el contrato se refiera. El comercio jurídico y económico determina, continúan explicando estos autores, que en un gran número de ocasiones un vendedor no tenga a su disposición en el momento en que se compromete los bienes que son objeto del contrato, por lo que forma parte de las actividades preparatorias del cumplimiento hacerse con los bienes, y el contrato no es nulo por el simple hecho de que en el momento de contratar el vendedor no tuviera poder o facultad de disposición sobre tales bienes. Es, además, un riesgo de quien contrata de esa manera llegar a adquirir o a disponer de los bienes necesarios para cumplir, de manera que el incumplimiento le sería imputable. Por último, señalan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, la regla es lógica respecto de los contratos creadores de obligaciones entre las partes y que, en cambio, no lo es, cuando el contrato pretenda ser inmediatamente dispositivo o traslativo, pues en tal caso la falta de poder de disposición conduce a la ineficacia¹¹⁴⁰.

En los PECL, se trata de forma específica la cuestión de la simulación, estableciendo que un acuerdo secreto prevalecerá siempre que pueda considerarse válido (artículo 6:103), sin que la simulación sea por sí misma un motivo de invalidez. Sólo podría declararse tal nulidad en el caso de que el mismo pudiera considerarse ilegal. Si bien, los PECL no regulan los efectos de la simulación respecto a terceros, debido a que las soluciones de los Derechos nacionales les parecieron a los autores demasiado poco coincidentes, de manera que el tema quedaría regulado por el Derecho nacional que sea aplicable al contrato de acuerdo con las normas de DIPr¹¹⁴¹.

Por otro lado, los PECL regulan los contratos ilegales, sin alusión alguna a los propósitos o intenciones comunes o ilícitas de las partes¹¹⁴², distinguiendo dos tipos de contratos ilegales:

¹¹³⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 323.

¹¹⁴⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 223-224.

¹¹⁴¹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 444-445; DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., *Op. Cit.*, pág. 278.

¹¹⁴² SABORIDO SÁNCHEZ, 2013, *Op. Cit.*, pág. 9.

aquellos que contravengan principios fundamentales y los que infrinjan normas imperativas. En primer lugar, el artículo 15:101 de los PECL establece que no tendrán efecto aquellos contratos que sean contrarios a los principios fundamentales reconocidos en el sistema jurídico de un Estado miembro de la UE. Siguiendo a GARCÍA PÉREZ, los PECL adoptan una nueva terminología con el propósito de sustituir la empleada en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, que vinculan la ilicitud contractual a la contravención de la moral, las buenas costumbres o el orden público. No obstante, la cuestión es determinar cuáles son esos principios fundamentales. Apunta esta autora que el concepto comprende no sólo los principios que derivan de la moral, buenas costumbres u orden público, sino también aquellos emanados de los textos básicos de Derecho europeo, esto es, del Tratado de la UE (TUE)¹¹⁴³, la Convención Europea de Derechos Humanos¹¹⁴⁴ y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹⁴⁵. En segundo lugar, el artículo 15:102 de los PECL dispone que son ilegales aquellos contratos que infrinjan una norma imperativa. Ahora bien, el concepto de normas imperativas también es un concepto amplio que puede englobar multitud de normas, incluyendo las prohibitivas, como: las leyes de defensa de la competencia, donde las legislaciones nacionales prevén la invalidez de los acuerdos entre empresarios que provoquen una restricción de la competencia; las leyes de ordenación de la actividad de seguros, que establecen la obligación en todos los Estados de que la actividad de seguro sea realizada obligatoriamente por un determinado tipo de sociedades y que sólo pueda desarrollarse con autorización administrativa; las leyes sobre juegos y apuestas, mediante las que se regulan los contratos de juegos y apuestas y las circunstancias bajo las cuales los contratos de juegos y apuestas son ilícitos, etc.¹¹⁴⁶. Tal vulneración de normas imperativas tendrá los efectos sobre el contrato que establezca dicha norma. En caso de que no se establezcan los efectos, podrá ser declarado que el contrato tiene plenos efectos, que tiene algunos efectos, que no tiene efectos o que está sujeto a modificación. Dicha decisión deberá ser apropiada y proporcional en relación con la vulneración considerando todas las circunstancias relevantes.

Cuando se declare que un contrato no tiene efectos, cualquiera de las partes podrá reclamar la restitución de las prestaciones efectuadas conforme al contrato a la otra parte, siempre que dicha parte restituya a su vez las prestaciones a la otra parte (artículo 15:104 de los PECL). Asimismo, una parte de un contrato que se ha dejado sin efecto podrá reclamar a la otra parte

¹¹⁴³ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE núm. C 306/1, 17 de diciembre de 2007).

¹¹⁴⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950)

¹¹⁴⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE núm. C 364/1, 18 de diciembre de 2000).

¹¹⁴⁶ GARCÍA PÉREZ, R.M., “Capítulo II.21. La ilicitud contractual”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 21.

los daños y perjuicios a la otra parte de forma que sea devuelta a la posición que tenía antes del contrato (interés negativo), siempre que la otra parte conocía o debía haber conocido la razón de la ineffectividad del contrato. No obstante, el otorgamiento de daños y perjuicios podrá ser rechazado cuando la parte que lo reclame conocía o debía haber conocido la razón de la ineffectividad (artículo 15:105 de los PECL).

2.4. Los vicios del consentimiento.

En cuanto a las causas de invalidez de los contratos, los PECL disponen que una parte podrá anular un contrato por error, dolo, intimidación o beneficio excesivo o ventaja injusta.

2.4.1. Error

En cuanto a la concurrencia de error esencial de hecho o de Derecho, el artículo 4:103 de los PECL establece que una parte podrá anular un contrato si: (a) el error se debe a una información de la otra parte; o la otra parte sabía o hubiera debido saber que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error fuera contrario a la buena fe (error reconocible); o la otra parte hubiera cometido el mismo error (error común). Y, además, (b) la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes. No obstante, la parte no podrá anular el contrato cuando, atendidas las circunstancias, su error fuera inexcusable, o dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o debiera soportarlo conforme a las circunstancias¹¹⁴⁷. Apuntan los autores de los PECL que resulta necesario limitar la protección del artículo 4:103 a aquellos errores que hacen que el contrato sea esencialmente diferente, pues permitir que se protejan los errores menores destrozaría la seguridad en las transacciones. Cabe mencionar que el artículo 3.2.2 (b) de los Principios UNIDROIT añade una circunstancia más en la que la parte que ha sufrido el error puede liberarse, esto es, que la otra parte no hubiera actuado todavía en función del contrato. Sin embargo, los PECL no permiten que la parte equivocada anule el contrato solamente porque la otra parte aún no haya actuado en función del mismo, solución con la que estamos de acuerdo pues la mera no actuación de la contraparte no debe ser motivo suficiente para liberarse del contrato¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁷ El Tribunal Supremo español en su Sentencia núm. 23/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero, admite la existencia de error en el consentimiento no sólo sobre la base del artículo 1.266 del Código Civil, sino también indica que está en línea con lo previsto en el artículo 4:103 de los PECL.

¹¹⁴⁸ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 339, 349.

Explican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que en los PECL el error de hecho y el de Derecho reciben el mismo tratamiento¹¹⁴⁹, incluyendo también los errores relativos a la identidad o a las cualidades de la otra parte; y, que los errores en la comunicación o errores en la declaración del artículo 4:104 de los PECL (que en la práctica del Derecho europeo continental han recibido en ocasiones el nombre de “error obstativo”) son tratados de la misma forma que el error en general¹¹⁵⁰. Debe tenerse en cuenta también que los PECL exigen que el error tenga carácter esencial, y no sólo “sustancial” en el sentido del artículo 1:301 (5). Este precepto establece que un elemento es “sustancial” cuando cualquier persona razonable que se hallara en la misma situación que las partes, debiera entender que iba a influir en el otro contratante en su decisión de aceptar las condiciones propuestas o de celebrar el contrato en sí. Los autores de los PECL explican que un asunto puede ser sustancial, por ejemplo, en aquello que afecte al precio que hubiera aceptado la parte que ha sufrido el error, sin que llegue a ser esencial. Así, una diferencia sustancial entre la oferta y la aceptación puede impedir el nacimiento del contrato (artículo 2:208); pero un error sobre algo que sea sustancial sin llegar a ser esencial (*fundamental*), no dará lugar al derecho a anular el contrato conforme al artículo 4:103¹¹⁵¹. Apuntan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que esta distinción deriva del *Common Law* y para definir el término “sustancial” se utiliza el test de una persona razonable¹¹⁵².

Sin perjuicio de que una parte tenga derecho a anular el contrato por la existencia de error, los PECL también permiten que el contrato se cumpla en los términos en que la parte que sufrió el error lo había entendido, siempre que la otra parte indique su voluntad de cumplir el contrato en tales términos sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que ésta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella. Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto (artículo 4:105 (1) y (2) de los PECL, siendo una norma similar en este sentido el artículo 1.432 del Código Civil italiano).

Además, hay un aspecto referido al error común que no se recoge en la CESL, pero sí se contempla en el artículo 4:105 (3) de los PECL, el cual dispone que cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el Juez podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las

¹¹⁴⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 346.

¹¹⁵⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 226.

¹¹⁵¹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 334.

¹¹⁵² DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 163, 191.

partes de no haber existido el error. Apunta MESA MARRERO que se trata de un remedio excepcional que, con la finalidad de conservar el contrato, atribuye al Juez la facultad de adaptar el contrato celebrado, si lo solicita cualquiera de las partes, lo cual exige una compleja labor de integración para determinar cuál sería el sentido que habrían acordado las partes si no hubiese existido el error. Posiblemente, los inconvenientes que plantea este remedio excepcional explican por qué la CESL no contempla esta opción¹¹⁵³.

Exponen DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que el tratamiento del error se aproxima al que se da a los supuestos de la cláusula *rebus sic stantibus* (que más adelante se expone), lo que parece conforme con las reglas de la buena fe, la autorresponsabilidad y el principio de conservación del contrato¹¹⁵⁴.

2.4.2. Dolo

El artículo 4:107 (1) de los PECL establece que una parte podrá anular un contrato cuando su consentimiento se ha obtenido por medio de una actuación dolosa de la otra parte (o fraudulenta como lo denominan los PECL, *fraudulent representation*), de palabra o de acto, o porque la otra parte ocultó maliciosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado de buena fe. El artículo 4:107 (2) de los PECL, por su parte, añade que la actuación de la parte o su silencio son dolosos si su objeto era engañar. Los autores de los PECL consideran que, en estos casos, no existe motivo alguno para proteger los intereses de la parte que ha incurrido en dolo en lo que respecta a la vigencia del contrato; y tampoco parece adecuado pretender que una parte tenga que soportar el riesgo de que alguien le engañe de manera deliberada o totalmente negligente¹¹⁵⁵. Además, los PECL presentan la novedad del tratamiento del dolo omisivo, sobre la base de que normalmente no se debería permitir que una parte, con la intención deliberada de engañar a la otra, calle sobre algún aspecto que podría influenciar en la decisión de ésta última para celebrar el contrato o no. Así, los autores de los PECL destacan que, salvo que exista una buena razón para permitir que la parte guarde silencio, el silencio es incompatible con la buena fe y dará derecho a que la otra parte anule el contrato¹¹⁵⁶. En este sentido, señalan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que, con carácter general, existe dolo cuando exista una dolosa falta de revelación de cualquier información que, de acuerdo con la buena fe y con la lealtad, debiera haber sido facilitada a la otra parte y, al

¹¹⁵³ MESA MARRERO, C., “El error en el moderno Derecho Contractual europeo”, *Revista de Derecho Civil*, II, 4, 2015, pág. 43.

¹¹⁵⁴ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 227.

¹¹⁵⁵ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 361.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, pág. 362-363.

mismo tiempo, la falta de revelación de información se considera fraudulenta si se realiza con el propósito de causar un engaño¹¹⁵⁷. Así pues, el deber de informar forma parte del concepto general de buena fe, pero no siempre se puede exigir que una parte señale hechos que sabe que la otra ignora¹¹⁵⁸. Por ello, el artículo 4:107 (3) establece unas directrices para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, debiendo considerarse todas las circunstancias, y en especial: si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; el coste de obtener dicha información; si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma; y, la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte.

2.4.3. Amenaza

El artículo 4:108 de los PECL regula la concurrencia de una amenaza inminente y grave como causa de vicio del consentimiento, lo cual se suele denominar como “intimidación” en los sistemas europeos continentales. Indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la regla tradicional exige que la amenaza, el temor que se produce y el resultado que con ello se trata de obtener sea injusto o antijurídico en sí mismo¹¹⁵⁹. De este modo, el artículo 4:108 de los PECL no difiere en gran medida de esta regla tradicional, al establecer que cuando una parte ha conseguido que la primera preste su consentimiento por una amenaza inminente y grave de un hecho ilícito de por sí, o cuyo uso como medio para lograr la conclusión del contrato es ilícito, salvo que en las concretas circunstancias la primera de las partes hubiera tenido una solución alternativa razonable, la primera parte podrá anular el contrato. Como destacan los autores de los PECL, la ley puede incidir en que una parte no debería sufrir las presiones de la otra cuando los actos de esta última no resulten justificados. No obstante lo anterior, se establece una excepción, de modo que no se protege a la parte que haya cedido a la amenaza cuando hubiera tenido una perfecta alternativa. Es decir, si había una alternativa razonable, la amenaza no habrá sido la verdadera razón para que la parte amenazada cumpla con lo exigido. La carga de la prueba de la existencia de una alternativa razonable recae en la parte que provocó la intimidación¹¹⁶⁰.

Además, y de modo similar al artículo 3.2.7. de los Principios UNIDROIT, el artículo 4:109 de los PECL permiten que una parte pueda anular un contrato si, en el momento de su

¹¹⁵⁷ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 231.

¹¹⁵⁸ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 363.

¹¹⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 233.

¹¹⁶⁰ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 369, 371.

conclusión: (a) dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y (b) la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo¹¹⁶¹. Según DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, los elementos que deben concurrir para la aplicación de este precepto son fundamentalmente dos: por un lado, las características de la víctima que contrata en situación de dependencia, de confianza, de apuro o de urgente necesidad o que presenta un carácter personal que lo hace especialmente idóneo para contratar; y, por otro, la actitud de la otra parte contratante que conocedora de tales hechos, obtiene un beneficio excesivo o una situación de ventaja evidentemente desleal. El problema, continúan explicando los autores antes citados, radica en determinar la excesividad de la ventaja o la deslealtad de la misma, que deberá ser medida de acuerdo con las condiciones que sean normales en el mercado para tal tipo de contratos¹¹⁶².

Los comentarios al artículo 4:109 de los PECL indican que no siempre es adecuado dar por terminado un contrato que sea excesivamente ventajoso para una de las partes, dado que a la parte perjudicada le puede interesar que el contrato siga adelante, pero en términos modificados. Conforme al apartado (2) del artículo 4:109, a petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el Juez o Tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual. Asimismo, la anulación del contrato en su totalidad podría no ser tampoco justo para la parte que obtuvo la ventaja y podría traducirse en un abuso en el otro sentido. De ahí que la parte, a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede solicitar del Juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella (artículo 4:109 (3) de los PECL)¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Destacar que el Tribunal Supremo español en su Sentencia núm. 30/2010, *Cit.*, Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto, hace referencia precisamente a este precepto considerando que “*el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo*” haciendo referencia en este sentido a los PECL, por cuanto ha sido recogido como vicio independiente en su artículo 4:109, “*que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad*”. En este sentido también: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 505/2015, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

¹¹⁶² DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 235.

¹¹⁶³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 378.

Por último, de manera similar a la Directiva sobre cláusulas abusivas (1.993), el artículo 4:110 de los PECL disponen que una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo.

Cabe destacar que en todas las reglas anteriores, los PECL definen las causas de anulación tomando en consideración solamente a cada uno de los contratantes. No obstante lo cual, el artículo 4:111 de los PECL (de forma similar al artículo 3.2.8 de los Principios UNIDROIT) establece algunas reglas específicas en cuanto a los terceros. De este modo, distingue dos tipos de terceros: un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que participa en la celebración del contrato y cualquier otro tercero. En el primer caso, si el tercero provoca un error, proporciona una información incorrecta, incurre en dolo, provoca intimidación u obtiene del contrato un beneficio excesivo o ventaja injusta, se podrán utilizar las medidas antes expuestas en idénticas condiciones a las que se aplicarían si el comportamiento o la información fueran de la parte misma. En el segundo caso, sólo se podrán utilizar tales medidas si la parte conocía o debería haber tenido conocimiento de los hechos relevantes o si, en el momento de la anulación, no hubiera actuado de acuerdo con el contrato.

En todos los casos anteriores, la anulación como consecuencia de la concurrencia de uno de los vicios del consentimiento requiere ser comunicada a la otra parte en un plazo razonable (artículo 4:112 y 4:113 de los PECL¹¹⁶⁴, de forma similar a los artículos 3.2.11 y 3.2.12 de los Principios UNIDROIT), por lo que la acción de anulación se ejercerá por la parte perjudicada extrajudicialmente. Conforme al artículo 1:303, se aplica el principio de recepción y la anulación no surtirá efecto si la comunicación no llega a la otra parte. Asimismo, y de forma similar a los sistemas europeos continentales, los PECL establecen la posibilidad de que la parte que tenía derecho a anular un contrato lo confirme expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar; de forma que, una vez

¹¹⁶⁴ Tribunal Supremo español. Auto de 30 de marzo de 2022, Rec. 6647/2019. Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez. Fundamento Jurídico Tercero. Es interesante la interpretación del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad conforme al artículo 1301 del Código Civil español y la referencia a los PECL. Afirma, en este sentido, el alto Tribunal que *“Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113)”*.

Vid. También: Tribunal Supremo español. Auto de 9 de febrero de 2022, Rec. 5594/2019. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico tercero

confirmado, el contrato ya no podrá anularse (artículo 4:114 de los PECL, similar al artículo 3.2.9 de los Principios UNIDROIT). Según los autores de los PECL, en los supuestos de error y dolo, esta norma sólo se aplicará a partir del momento en que la parte que tendría derecho a anular el contrato se entera de los hechos relevantes y, en los casos en que haya habido algún tipo de coerción, sólo se aplicará cuando la parte sea capaz de actuar libremente¹¹⁶⁵.

En caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio. Si la restitución en especie no es posible por cualquier motivo, deberá pagarse un importe razonable en proporción a lo recibido (artículo 4:115 de los PECL, similar al artículo 3.2.15 (1) y (2) de los Principios UNIDROIT). A diferencia del artículo 3.2.14 de los Principios UNIDROIT, los PECL no establecen expresamente la retroactividad de los efectos de la anulación, si bien ésta se infiere cuando determinan la restitución de las prestaciones que las partes hubiesen realizado¹¹⁶⁶.

La parte que denuncia un contrato podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato (interés negativo), siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta (artículo 4:117). Siguiendo a LARA AGUADO, si quien padece el vicio anula el contrato, la indemnización que se le concede abarca el interés negativo (gastos realizados para la celebración del contrato anulado o el coste que acarrearía la celebración de un nuevo contrato, así como las oportunidades perdidas de haber podido contratar con un tercero). En cambio, no se indemniza el interés positivo, en la medida en que el propio perjudicado ha optado por la anulación del contrato¹¹⁶⁷.

Además, el artículo 4:106 de los PECL establece la posibilidad de exigir una indemnización por daños y perjuicios que abarque el interés negativo, cuando una parte celebra un contrato basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta (de forma parecida a los Principios UNIDROIT que también establecen, en su artículo 3.2.16, la posibilidad de exigir una indemnización, aunque el contrato no sea anulado). Sostienen DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que los requisitos para la aplicación de este artículo son fundamentalmente dos: por un lado, que una de las partes

¹¹⁶⁵ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 400.

¹¹⁶⁶ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.* pág. 50.

¹¹⁶⁷ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 24.

haya celebrado el contrato sobre la confianza fundada en la información inexacta que la otra parte le proporcionó, cuando ésta no llegue a constituir dolo, ni se produzca tampoco un error esencial que permita la anulación del contrato; y por otro, que la parte que ha proporcionado la información haya actuado razonable y diligentemente, porque si hubiera podido pensar que la información no era correcta, el remedio queda impedido. Dadas estas circunstancias, no sólo se traspassa el riesgo de la inexactitud de la información, sino que se impone a la parte que la ha suministrado una obligación de indemnización limitada al interés negativo, de acuerdo con el artículo 4:117 de los PECL¹¹⁶⁸.

Por último, el artículo 4:119 de los PECL prevé que la parte que tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones previstas en caso de invalidez del contrato, en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos remedios. DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES plantean que la práctica demuestra que muchas veces unos mismos hechos pueden ser enjuiciados como casos, por ejemplo, de error o de incorrecta información y como casos de incumplimiento. Por eso, dicen, en algunos de estos casos, la práctica ha preferido considerar compatibles las acciones de anulación y las acciones por incumplimiento, no existiendo buenas razones para impedir que la parte perjudicada pueda elegir uno u otro tipo de acciones o remedios¹¹⁶⁹. Es interesante apuntar que esta solución difiere de la adoptada por el artículo 3.2.4 de los Principios UNIDROIT que se decantan por la regla de la no concurrencia, al disponer que “*una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento*”. Y ello, toda vez que, según el comentario al artículo, en caso de conflicto, la preferencia es otorgada a los remedios por incumplimiento, al ser estos más adecuados y flexibles que la solución radical de la nulidad.

Opina ESTEBAN DE LA ROSA que parece razonable que en la regulación de la posibilidad de plantear de forma simultánea la acción por incumplimiento y la acción de nulidad tengan mayor peso las razones prácticas relacionadas con el tratamiento judicial de las situaciones contractuales, sobre todo cuando en el momento de la presentación de la demanda la situación todavía no ha recibido una calificación judicial y la opción única podría hacer precluir la posibilidad de seguir una vía distinta en caso de que la interpretación declare la improcedencia de la petición elegida¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 228.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, pág. 246-247.

¹¹⁷⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Capítulo II.22. El error como vicio del consentimiento contractual”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView, Apdo. 14.

En este sentido, se considera que, si bien la regulación de los Principios UNIDROIT, ya es innovadora de por sí, al permitir recurrir a los remedios por incumplimiento; los PECL van un paso más allá, considerando la compatibilidad de la acción de nulidad con los remedios por incumplimiento, otorgando de este modo mayor flexibilidad para actuar a la parte perjudicada.

2.5. Formación del contrato.

Los PECL establecen el principio de libertad para negociar, disponiendo que las partes no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo (artículo 2:301 (1) de los PECL, similar al artículo 2.1.15 (1) de los Principios UNIDROIT). Indican BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que esta libertad de romper las negociaciones es inherente a la libertad contractual, que es esencial para una economía de mercado. Si una parte se arriesga a ser considerada responsable si las negociaciones no conducen a un contrato, estará menos dispuesta a entablar negociaciones¹¹⁷¹. Si bien, los PECL también establecen una serie de deberes de las partes en la fase pre-contractual, como el deber de negociar de buena fe (artículo 2:301 (2) de los PECL), o la obligación de no divulgar información confidencial y de no utilizarla para fines propios, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no (artículo 2:302 de los PECL, similar al artículo 2.1.16 de los Principios UNIDROIT). En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte (artículo 2:301 (3) de los PECL). La indemnización por el quebrantamiento de dichos deberes tiene distinto alcance, pues la ruptura de las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, otorga al perjudicado el derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas ocasionadas, esto es, se indemniza el interés negativo, toda vez que la parte perjudicada no puede reclamar que se la coloque en la situación en que se encontraría si se hubiera celebrado correctamente el contrato¹¹⁷². En cambio, la ruptura del deber de confidencialidad puede comportar una indemnización por los perjuicios causados y la devolución del beneficio disfrutado por la otra parte. Según LARA AGUADO, el texto se aleja en este sentido de la jurisprudencia comparada que sólo concede el interés negativo o de confianza y no la devolución de los beneficios obtenidos a causa de la divulgación de la información o de la utilización de la misma, con independencia de que se haya producido un daño¹¹⁷³.

Aunque los PECL no definen el tipo de responsabilidad –contractual o extracontractual– que puede producirse durante las negociaciones precontractuales, sí que dispone su artículo

¹¹⁷¹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 830.

¹¹⁷² LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 268.

¹¹⁷³ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25.

6:101 que una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta: la importancia aparente de la declaración para la otra parte, si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios y la experiencia profesional de cada una de las partes. Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, ya sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, a menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto. En este sentido, si una declaración hecha durante las negociaciones previas al contrato se entiende como fuente de obligación contractual, la responsabilidad por incumplimiento de dicha obligación tendrá la misma naturaleza, esto es, contractual.

En cuanto a la formación del contrato, los PECL parecen querer alejarse del tradicional esquema bilateral de la oferta y la aceptación, disponiendo en su artículo 2:101 que para que se perfeccione un contrato sólo hace falta la intención de las partes de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente. Los autores de los PECL explican que dicho acuerdo puede lograrse a través de la aceptación por una parte de la oferta hecha por la otra, aceptando un contrato preparado por una tercera persona o por otras vías¹¹⁷⁴. Siguiendo a LARA AGUADO, de esta manera, se deja constancia de la existencia de otras vías de formación del contrato y se evidencia que el enfoque bilateral basado en la oferta y la aceptación es muy limitado, puesto que muchas veces los contratos encierran operaciones de gran complejidad que precisan de unas largas deliberaciones, a través de las cuales las partes van modulando sus intereses y en las que no es fácil distinguir propiamente qué constituye oferta y qué es aceptación; incluso lo que en un momento comenzó siendo aceptación puede convertirse en otra oferta. En otras ocasiones, no hay una declaración de voluntad propiamente dicha, sino una conducta de una de las partes, que es la que puede considerarse que expresa su voluntad contractual, lo que tiene difícil anclaje en el esquema de la oferta y la aceptación. Pero, pese a ello, el esquema no se abandona, sino que se incide en el artículo 2:211 de los PECL en que las reglas de la oferta y la aceptación se aplican, con las adaptaciones necesarias, al proceso de formación de contratos que no se pueda analizar en el marco de la oferta y la aceptación¹¹⁷⁵.

El concepto de oferta en los PECL se inspira en el Derecho inglés, al considerar que una propuesta equivale a una oferta cuando su finalidad es convertirse en un contrato en caso de

¹¹⁷⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 186.

¹¹⁷⁵ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 5.

aceptación por la otra parte, y contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato (artículo 2:201), es decir, no es precisa una oferta integral de todos los extremos del contrato, sino una oferta “suficiente”. Según LARA AGUADO, se exige que la oferta se haga con seriedad y con carácter definitivo, lo que implica que si se hace con reservas o salvo confirmación, no constituirá una verdadera oferta. Sin embargo, los PECL no hacen ninguna enumeración respecto a qué cuestiones debe contener la oferta, lo que deja la puerta abierta a la utilización de diversas técnicas de integración del contrato basadas en los usos y prácticas comerciales y en el criterio de la razonabilidad. Esto contrasta con la mayor rigidez propia de los sistemas romano-germánicos. Por ejemplo, del artículo 1.262 del Código Civil español se desprende que el concurso de la oferta y la aceptación deben recaer sobre la cosa y causa del contrato, de donde se ha deducido que la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato, que, tratándose de una compraventa, serían las mercaderías, la cantidad y el precio, además de la causa; o bien en el caso del BGB alemán, en que la oferta tiene que ser determinada y contener, por tanto, los llamados *essentialia negotii*. El primero de ellos es la otra parte contratante, que debe estar identificada o ser identificable. Los demás *essentialia negotii* varían según el tipo contractual: en el contrato de arrendamiento lo serán el objeto arrendado y la renta (§ 535 del BGB); en la compraventa, el objeto y el precio (§ 433 del BGB). Si bien, en el caso alemán, esta exigencia quiebra, pues pese a la necesidad de concreción de todos los elementos esenciales de la oferta como regla general, se presume que el contrato puede existir pese a la ausencia de acuerdo sobre alguno de los elementos esenciales¹¹⁷⁶. Es decir, el § 155 del BGB permite la ejecución del contrato si las partes han llegado a un acuerdo sobre los *essentialia negotii*, aunque no se haya concretado alguno de los elementos del contrato, de forma que las partes hubieran celebrado igualmente el contrato sin incluir tal elemento¹¹⁷⁷.

Por lo que se refiere a la aceptación de la oferta, los PECL consideran que toda declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella constituye una aceptación, aunque el silencio o la inactividad no constituyen aceptación por sí mismos (artículo 2:204, similar al artículo 2.1.6 (1) de los Principios UNIDROIT). Además, los PECL establecen que “*la voluntad de una parte de obligarse por contrato se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte*” (artículo 2:102). En este sentido, los PECL destacan que lo relevante no es la conducta o la declaración del proponente en sí, sino la forma en que el destinatario de la declaración las entiende, es decir, los PECL siguen una interpretación objetiva a la hora de averiguar la

¹¹⁷⁶ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 21, 25.

¹¹⁷⁷ Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 5 de abril de 1922, RGZ 104, 205. Este caso es un ejemplo en el que las partes no se ponen de acuerdo en los *essentialia negotii* y, por tanto, se estima que no hay contrato. En concreto, el Tribunal sostuvo que las partes, en una interpretación objetiva, habían tenido propósitos cruzados en sus ofertas y que, por lo tanto, no se había formado ningún contrato entre las partes.

intención de contratar de las partes. Y ello toda vez que, como sostiene LARA AGUADO, se tiende a proteger la buena fe y la confianza que el destinatario haya depositado en las declaraciones y conductas del oferente y que, creyendo que podía haber una oferta contractual han podido sufrir algún perjuicio. No obstante, la regla encuentra su relajación, en la medida en que el artículo 5:101 de los PECL hace prevalecer la intención común de las partes por encima del sentido literal de las palabras. Esto significa que, con carácter general, la verdadera intención del oferente será la que prevalecerá y sólo en los casos problemáticos en que no sea posible hacer coincidir la verdadera intención con lo que se desprende, bien sea de las declaraciones del oferente, bien de su conducta, habrá que hacer primar la interpretación que razonablemente se deriva de dichos actos y declaraciones¹¹⁷⁸.

En cuanto al momento de la conclusión del contrato, los PECL establecen que “*el contrato se entiende celebrado desde que la aceptación llega al oferente*”, siguiendo la teoría de la recepción. No obstante, los PECL adoptan la teoría del conocimiento en el caso de una aceptación derivada de una conducta, pues el contrato se entiende celebrado desde que el oferente tenga noticia de dicha conducta. Apunta LARA AGUADO que este último criterio es lógico, puesto que si el aceptante manifiesta su intención de contratar mediante un gesto, como un asentimiento con la cabeza, no quedará constancia de esta intención mientras no sea percibida por el oferente. Por último, en el caso de aceptaciones por medio de la ejecución de un acto, que no tenga que comunicarse al oferente, en virtud de los usos o de las prácticas entre las partes, la regla establecida es la de que el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de ese acto (artículo 2:205 de los PECL, similar al artículo 2.1.6 de los Principios UNIDROIT)¹¹⁷⁹.

En el caso de que el oferente haya establecido un plazo de tiempo, la aceptación deberá llegar al oferente en dicho plazo para que se entienda concluido el contrato (artículo 2:206 (1) de los PECL). Si el oferente no hubiera dispuesto plazo alguno, la aceptación debe llegarle en un plazo razonable (artículo 2:206 (2) de los PECL), por lo que no se entenderá concluido el contrato si la aceptación se produce de manera tardía. Indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que el paso del tiempo fijado en la oferta o el paso del tiempo razonable precluye la posibilidad de aceptación y determina lo que se suele llamar caducidad de la oferta. Sin embargo, explican estos autores, puede ocurrir que se demuestre objetivamente que el emitente de una aceptación tardía no sea culpable de tal carácter tardío, porque la emisión fue realizada de manera que, si las circunstancias hubieran sido normales, hubiera llegado al oferente dentro del plazo previsto¹¹⁸⁰. En este sentido, los PECL, siguiendo la tendencia de la CVCIM (artículo

¹¹⁷⁸ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 23.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, Apdo. 17.

¹¹⁸⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 191-192.

18.3) y los Principios UNIDROIT (artículos 2.1.5 y 2.1.7-2.1.9), contienen una serie de reglas sobre la efectividad de las aceptaciones tardías. De este modo, una aceptación tardía valdrá como verdadera aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la admite como tal (artículo 2:207 (1) de los PECL). Lo anterior contrasta con otras soluciones que se pueden encontrar en algún ordenamiento europeo, por ejemplo, en el alemán, que considera las aceptaciones tardías como una nueva oferta (§ 150 (1) del BGB). Por otro lado, una carta u otro escrito que contenga una aceptación tardía y que demuestre que se envió en tales circunstancias que, de haber sido normalmente remitido, hubiera llegado a tiempo al oferente, surtirá efectos como verdadera aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe al destinatario que considera que su oferta ha caducado (artículo 2:207 (2) de los PECL). Norma la anterior que sí podemos encontrar en el § 149 del BGB.

En cuanto a la revocación de la oferta, los PECL disponen que *“la oferta puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca”* (artículo 2:202 (1) de los PECL). Es interesante puntualizar aquí que, si bien el contrato no se entiende concluido hasta que se recibe la comunicación de la aceptación (teoría de la recepción, artículo 2:205)¹¹⁸¹, sin embargo, se condiciona la revocación de la oferta a que el aceptante no haya remitido su aceptación (teoría de la remisión). Hay que tener en cuenta que, aunque el oferente no puede revocar una vez que la carta de aceptación ha sido enviada, si la carta nunca llega no habrá contrato. Por el contrario, el Derecho inglés entiende concluido el contrato cuando se envió la carta, de modo que no sólo el oferente ya no puede revocar la oferta una vez que se ha enviado una aceptación, sino que se habrá celebrado el contrato aunque la carta nunca llegue¹¹⁸².

La previsión de la regla, según la cual, la revocación debe llegar al aceptante antes de que este haya emitido su aceptación, implica limitar la facultad de revocación del oferente antes de que el contrato se haya perfeccionado¹¹⁸³, lo que podría ser considerado como una muestra del triunfo de la posición germana, defensora de la irrevocabilidad de la oferta¹¹⁸⁴. Se trata de una solución, dice MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, que encuentra su lógica en la idea de que es en el momento de la recepción cuando la oferta ya no pertenece a su emisor y entra en la esfera de la otra parte, que puede comenzar a planificar su conducta y a ejecutar actos en función de

¹¹⁸¹ Del mismo modo que en el caso del ordenamiento jurídico español, tal y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 552/2010, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero.

¹¹⁸² BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 555.

¹¹⁸³ En este mismo sentido se interpreta en el ordenamiento jurídico español, tal y como dispone el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 506/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo.

¹¹⁸⁴ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 36.

dicha oferta. De esta forma, se adopta una solución más protectora de la posición del posible aceptante, pues otorga seguridad a las expectativas ya generadas¹¹⁸⁵.

Además, existen tres excepciones a la regla general, de modo que la revocación no surtirá efectos si: (i) la oferta indica que es irrevocable; (ii) fija un plazo determinado para su aceptación; o (iii) su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta (artículo 2:202 (3) de los PECL). Sostienen los autores de los PECL que, en estos casos, si se acepta la oferta, ésta resultará obligatoria, incluso cuando supuestamente se hubiera revocado antes de ser aceptada. Si el oferente no cumple el contrato, puede resultar responsable por incumplimiento y tendrá que pagar una indemnización por daños y perjuicios¹¹⁸⁶.

Los PECL se alejan de la influencia del Derecho inglés y de la regla del espejo (*mirror image rule*) y del último disparo (*last shot rule*), acercándose más a la jurisprudencia de los sistemas continentales y siguiendo la tendencia iniciada por la CVCIM (artículo 19) y los Principios UNIDROIT (artículo 2.1.11), al requerir una modificación sustancial de la oferta para poder considerar que estamos ante una contraoferta, estableciendo que “*la respuesta del destinatario de la oferta que contenga o implique términos adicionales o diferentes, que alteren sustancialmente los de la oferta, constituye rechazo y una nueva oferta*” (artículo 2:208 (1) de los PECL). Por ello, lo relevante es la alteración sustancial de los términos de la oferta para constituir una contraoferta. En cambio, una respuesta clara de aceptación de la oferta constituye aceptación, aun cuando implique nuevos o diferentes términos, siempre que tales modificaciones no alteren de manera sustancial los términos de la oferta. En tal caso, los nuevos términos o los términos modificados pasan a formar parte del contrato (artículo 2:208 (2) de los PECL). Explican los autores de los PECL que la idea de admitir que las modificaciones o adiciones no sustanciales pasen a formar parte del contrato se halla muy extendida. Muy frecuentemente, lo que se incorpora o modifica trata de clarificar o interpretar el contrato, o incluir cláusulas que se considerarían “cláusulas omitidas” en otro caso¹¹⁸⁷. No obstante, el inicial oferente tendría la opción de rechazar los nuevos términos siempre que lo haga sin demora. También se considerará rechazada la oferta si la misma limita expresamente la aceptación a los términos previstos en ella; o, si el destinatario condiciona su aceptación al hecho de que el oferente acepte los nuevos términos o los términos modificados y el acuerdo del oferente no llega al destinatario en un plazo razonable (artículo 2:208 (3) (b) de los PECL).

¹¹⁸⁵ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 12.

¹¹⁸⁶ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 229.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, pág. 250.

Es interesante señalar que el artículo 19 de la CVCIM establece en su apartado tercero una lista de puntos que deben ser considerados como sustanciales, entre ellos el precio, el pago, la calidad y la cantidad de las mercaderías, el lugar y la fecha de la entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o la solución de las controversias. Explican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que el artículo 2:208 de los PECL consideró preferible no incluir tal lista de elementos, por considerar que su valor normativo no es completo y depende en gran parte de las especiales circunstancias existentes entre las partes¹¹⁸⁸. Así, los autores de los PECL señalan que, por ejemplo, una cláusula que se refiera a la solución de conflictos suele ser material; pero si entre los comerciantes del ramo los conflictos suelen resolverse por medio de arbitraje, si la respuesta del destinatario de la oferta incluye una cláusula de arbitraje, no se tratará de una cláusula que modifique materialmente los términos del contrato. Por lo tanto, una lista de este tipo no podría haber sido exhaustiva, sino tener un carácter meramente ilustrativo¹¹⁸⁹.

2.6. Incumplimiento del contrato.

Los PECL definen el “incumplimiento” como cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato, esté o no justificado, e incluye el cumplimiento tardío o defectuoso, así como la inobservancia del deber de colaborar para que el contrato surta plenos efectos – incluyendo aquí la violación de deberes accesorios, como el de no descubrir los secretos comerciales de la otra parte– (artículo 1:301 (4) de los PECL). De este modo, explican los autores de los PECL que la palabra “incumplimiento” se utiliza como término general que cubre todo defecto en el cumplimiento, cualquiera que sea su causa, incluso cuando se trate de un defecto en el cumplimiento excusable conforme al artículo 8:108, en cuyo caso la parte perjudicada sólo resultará privada del ejercicio del cumplimiento específico y de la indemnización por daños y perjuicios¹¹⁹⁰. Apunta JIMÉNEZ BUENDÍA que para los PECL el incumplimiento se entiende en sentido amplio, sea o no excusable, y en todos los casos producirá efectos jurídicos, que serán distintos, pero se tratará en todo caso de un incumplimiento¹¹⁹¹. En este sentido, la diferencia entre los PECL y el *Common Law*, indica LANDO, es que en el *Common Law* el incumplimiento sólo tiene lugar cuando el perjudicado tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios, es decir, en caso de que tenga lugar un incumplimiento no excusable; mientras que en los PECL hay incumplimiento también en

¹¹⁸⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 163, 191.

¹¹⁸⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 250.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, pág. 163.

¹¹⁹¹ JIMÉNEZ BUENDÍA, J.A., “Utilización de los Principios de Derecho Europeos de Contratos por los Tribunales Españoles”, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, pág. 217.

caso de que éste sea excusable¹¹⁹². Señalan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que la idea del incumplimiento es una idea objetiva que se define solamente a través de esa objetiva desarmonía entre el programa de prestación y la realidad posterior. Es, por tanto, independiente por completo de las causas determinantes del incumplimiento¹¹⁹³.

Así, siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse por imposibilidad en el cumplimiento (artículo 8:108), el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los remedios específicos regulados por los PECL (artículo 8:101 (1) de los PECL); esto es, la parte perjudicada puede tener derecho a reclamar la prestación (que se le pague el dinero que se le debe o el cumplimiento específico), a reclamar una indemnización por daños y perjuicios, a suspender el cumplimiento de su propia prestación, a resolver el contrato y/o a reducir su propia prestación¹¹⁹⁴. No obstante, la parte perjudicada no podrá recurrir a tales remedios en la medida en que haya provocado el incumplimiento de la otra parte (artículo 8:101 (3) de los PECL). Por otro lado, si el incumplimiento puede justificarse por imposibilidad en el cumplimiento, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización por daños y perjuicios (artículo 8:101 (2) de los PECL). De lo anterior se extrae, por un lado, que el incumplimiento depende sólo de la falta de realización o ejecución del contrato, por lo que no hay causas de exoneración que permitan excluir en determinados supuestos la existencia de incumplimiento¹¹⁹⁵. Siguiendo un ejemplo de LANDO, si antes de que el riesgo fuera transmitido al comprador, el objeto del contrato fue dañado por un incendio, el comprador no podrá reclamar una indemnización, pero aún podrá recurrir a otros remedios, como el derecho a resolver el contrato o reducción del precio¹¹⁹⁶. Y, por otro, se deduce que en los PECL, como destaca PÉREZ VELÁZQUEZ, todos los remedios ante el incumplimiento se encuentran situados en un mismo plano, por lo que se trata de un sistema de responsabilidad contractual que adolece de una jerarquía entre los remedios, a diferencia de lo que ocurre, con carácter general, en los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*¹¹⁹⁷.

Los medios que no sean incompatibles pueden acumularse. En particular, las partes no pierden su derecho a la indemnización por daños y perjuicios en caso de haber utilizado

¹¹⁹² LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 390; LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 529.

¹¹⁹³ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 162.

¹¹⁹⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 526.

¹¹⁹⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 326.

¹¹⁹⁶ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 390.

¹¹⁹⁷ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 98.

cualquier otra vía a la que tengan derecho (artículo 8:102 de los PECL). Son incompatibles, por ejemplo, la pretensión de cumplimiento y la resolución; o el remedio de la reducción del precio y el de la resolución. La indemnización es un remedio compatible con cualquier otro, pero advierten DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que conviene tener en cuenta que la utilización de un remedio puede reducir el daño indemnizable. Si, por ejemplo, el acreedor reclama una reducción del precio, no podrá reclamar como daño el menor valor de la cosa¹¹⁹⁸. En cualquier caso, los autores de los PECL comentan que el artículo 8:102 no impide que la parte perjudicada que haya elegido un remedio pueda optar por otro en un momento posterior, incluso si este último remedio fuera incompatible con el primero. Sí, por ejemplo, si después de haber reclamado el cumplimiento específico, la parte incumplidora sigue sin llevar a cabo la prestación o es presumible que no lo haga en un plazo razonable, la parte perjudicada podrá resolver el contrato. Sin embargo, si la parte que había incumplido acepta la reclamación de cumplimiento específico y adopta las medidas necesarias para cumplir la prestación en un plazo razonable, la parte perjudicada no puede cambiar su postura y resolver el contrato. Los autores de los PECL afirman que la norma coincide con el principio generalmente aceptado de que cuando una parte declara algo y la otra actúa en consecuencia de esa declaración, no se puede admitir que la primera parte actúe contra esa declaración o de forma incompatible con ella. Así se desprende del principio general de la buena fe y la lealtad en las transacciones establecido en el artículo 1:201 de los PECL¹¹⁹⁹.

En todos los casos de incumplimiento, el perjudicado puede conceder a la otra parte una prórroga para proceder al cumplimiento, comunicándole dicha decisión. En el transcurso del plazo adicional, la parte perjudicada puede dejar en suspenso el cumplimiento de sus correlativas obligaciones y reclamar el pago de daños y perjuicios, pero no puede utilizar ningún otro medio de tutela. Es decir, el perjudicado no podrá reclamar el cumplimiento específico o resolver el contrato durante el plazo de la comunicación, protegiendo así al deudor de un repentino cambio de opinión de la parte perjudicada¹²⁰⁰. No obstante, ante una comunicación de la otra parte informándole de que no cumplirá en dicho plazo o si, vencido el plazo adicional, la obligación debida siguiera sin verse cumplida, el perjudicado podrá recurrir a cualquiera de los remedios previstos en los PECL (artículo 8:106 (1) y (2) de los PECL).

Como se ha adelantado anteriormente, los PECL establecen –en una regulación similar al artículo 1.221 del Código Civil francés– que la parte perjudicada por un incumplimiento de la otra parte tendrá derecho a ejercer una serie de remedios, que DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y

¹¹⁹⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 325.

¹¹⁹⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 532.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, pág. 550.

MORALES denominan como sistema de responsabilidad contractual, esto es, un sistema unitario, objetivo y armonizado de remedios para el caso de incumplimiento. Dicho sistema contrasta con la fragmentación presente en muchos de los ordenamientos jurídicos continentales (como el español)¹²⁰¹. Sostiene PÉREZ VELÁZQUEZ que el hecho de que los PECL ofrezcan un conjunto unitario y armonizado de medios de tutela al acreedor, dota al sistema de grandes dosis de eficacia y valoración, lo que beneficiará la futura aplicación como *soft-law* de este texto, tanto por los particulares como por los Tribunales, y la adecuación de las normativas nacionales a los propios Principios recogidos en el texto¹²⁰².

Así, los remedios que ofrecen los PECL son los siguientes: en primer lugar, el derecho a exigir el cumplimiento que concede al acreedor el derecho a percibir el dinero que se le debe, en caso de tratarse de obligaciones pecuniarias (artículo 9:101 (1) de los PECL). No obstante, indican los autores de los PECL que el principio de que las obligaciones pecuniarias siempre se pueden ejecutar no resulta cierto en todos los casos: así ocurre, por ejemplo, cuando queda claro que el deudor se negará a aceptar la futura prestación del acreedor, pero éste aún no tiene derecho a la obligación pecuniaria porque no ha cumplido todavía su obligación. En este caso, el acreedor tiene derecho a llevar a cabo su prestación y recibir en consecuencia su precio, salvo en dos casos: por un lado, se reconoce al deudor la facultad de desistir de su adquisición, siempre que el acreedor tenga la posibilidad de realizar una operación de reemplazo (artículo 9:101 (2) (a) de los PECL). Por ejemplo, si se ha vendido una máquina, en la que el comprador ha dejado de estar interesado, éste no está obligado a adquirirla, si el vendedor puede encontrar, en las condiciones que señalan los PECL, otro comprador. La operación de reemplazo ha de cubrir dos exigencias: que pueda realizarse en términos razonables y que dicha operación no implique para el acreedor un esfuerzo o gasto significativo. Por otro lado, tampoco procede exigir el cumplimiento cuando este no sea razonable conforme a las circunstancias (artículo 9:101 (2) (b) de los PECL). Por ejemplo, en el contrato de obra no es razonable imponer el cumplimiento a la parte que ha manifestado de antemano, antes de que la ejecución haya comenzado, su falta de interés en tales prestaciones¹²⁰³.

En cuanto a las obligaciones no pecuniarias, la parte perjudicada tendrá el derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas, siempre que lo ejerza en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento (artículo 9:102 (1) y (3) de los PECL).

¹²⁰¹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 317.

¹²⁰² PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 48.

¹²⁰³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 575-578; DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 338-339.

Según los autores de los PECL, el derecho de la parte perjudicada a exigir el cumplimiento de una obligación no pecuniaria es muy controvertido. De hecho el *Common Law* considera el cumplimiento en forma específica como una solución extraordinaria, mientras que el *Civil Law* lo considera como un medio ordinario de protección del crédito. Los PECL han llegado al compromiso de admitir en general la pretensión de cumplimiento, pero excluirla en determinadas situaciones especiales reguladas en el artículo 9:102 (2) de los PECL (similar al artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT): en primer lugar, cuando el cumplimiento resulte ilícito o imposible (artículo 9:102 (2) (a) de los PECL). En este sentido, la imposibilidad, tanto material como jurídica, originaria o sobrevenida, es en los PECL sólo un límite a la exigibilidad del cumplimiento *in natura*, es decir, afecta sólo a la pretensión de cumplimiento, pero no a la validez de la relación obligatoria. Por tanto, dado que la imposibilidad no anula ni extingue necesariamente la relación obligatoria, es posible acudir a los remedios propios del incumplimiento. En segundo lugar, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando dicho cumplimiento fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables (artículo 9:102 (2) (b) de los PECL). Lo que permite esta regla es que el deudor opte en este caso por indemnizar al acreedor en vez de cumplir su obligación. DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES consideran que este precepto ha de ponerse en relación con el artículo 6:111 de los PECL, el cual toma en consideración el cambio de circunstancias determinante de una ejecución onerosa en exceso, siendo diferente la función de cada uno de los artículos. Así la del artículo 9:102 (2) (b) es simplemente sustituir la pretensión de cumplimiento por la indemnizatoria, mientras que la del artículo 6:111 es la de permitir la revisión del contrato cuando se ha producido un cambio de circunstancias. De este modo, la aplicación del primero debe prevalecer sobre el segundo, lo que permite solucionar determinados cambios significativos en las circunstancias del contrato sin entrar en su revisión. En tercer lugar, no podrá obtenerse el cumplimiento *in natura* cuando éste consista en una prestación de servicios u obra de carácter personal o se base en una relación personal (artículo 9:102 (2) (c) de los PECL). Una prestación de obra o servicios de carácter personal puede ser, por ejemplo, los servicios que exigen expertos concretos en una materia artística o científica o los servicios que se llevan a cabo en el marco de una relación personal y confidencial que son de carácter personalísimo. Los autores de los PECL justifican esta norma en tres razones: (i) una sentencia ordenando la realización de una obra o de servicios de carácter personal implicaría una interferencia en el ámbito de libertad personal del deudor; (ii) los servicios o la obra realizados bajo presión no suelen resultar satisfactorios para el acreedor; y, (iii) es difícil para un Tribunal controlar la adecuada imposición de su orden. Como se ha adelantado, también se excluye el cumplimiento en forma específica en los casos en que ello obligaría a las partes a iniciar o continuar una relación personal. Por ejemplo, en el caso de acuerdos para crear una sociedad, siempre que dicha sociedad implique un contacto personal próximo, estrecho. Y, por último, el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse cuando el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías (artículo 9:102 (2) (d) de los PECL). Los autores de los PECL

admiten que la vía alternativa para la satisfacción pueda ser no sólo una operación de reemplazo, sino también cualquier otro remedio propio del incumplimiento. Y es admisible la exclusión del cumplimiento, aunque la alternativa resulte más costosa para el acreedor, si el deudor está en condiciones de abonar la diferencia mediante una indemnización¹²⁰⁴.

Los PECL exigen que la parte perjudicada ejerza su pretensión de cumplimiento específico en un tiempo prudencial desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido un incumplimiento (artículo 9:102 (3) de los PECL). En este sentido, DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES explican que el deber del deudor es cumplir su obligación, sin necesidad de que le requiera el acreedor para ello. No obstante, una vez que el incumplimiento tiene lugar, los PECL protegen al contratante incumplidor frente a los inconvenientes que para él pueden derivarse del retraso del acreedor en optar por el cumplimiento. Opinan estos autores que la protección es oportuna porque, a partir de este momento, el acreedor tiene la facultad de sustituir el cumplimiento por otros remedios. Se trata de evitar, en definitiva, que el deudor tenga que estar preparado para cumplir, por si se lo exige el acreedor, todo el tiempo que éste tenga por conveniente¹²⁰⁵.

En segundo lugar, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato en varios supuestos: por un lado, en caso de incumplimiento esencial de la otra parte (artículo 9:301 (1) de los PECL)¹²⁰⁶. De forma parecida a los ordenamientos jurídicos europeos (como el español en su

¹²⁰⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 579-593; DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 340-346.

¹²⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 346-347.

¹²⁰⁶ Destacar que el Tribunal Supremo español “*ha declarado de forma reiterada que para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas se exige la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores (...)*”, haciendo referencia al artículo 9:301 de los PECL: “*También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual "[u]na parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte" siendo esencial,-a tenor del artículo 8:103.b)- [c]uando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado*”; en Sentencia núm. 526/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo: “*22. No obstante, para que el incumplimiento provoque tan drásticas consecuencias ha de tener suficiente entidad como para frustrar la finalidad perseguida por los contratantes, lo que se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en el art. 49 CIM, a cuyo tenor "[e]l comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato". También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los PDE, según el cual "[u]na parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte" siendo esencial,-a tenor del artículo 8:103.b)- [c]uando el incumplimiento*

artículo 1.124 del Código Civil¹²⁰⁷), el artículo 8:103 de los PECL considera que el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato conforme a tres criterios: el

prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado"; y el artículo 1199 de la propuesta de ALM, según el cual "[c]ualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial" (en este sentido, entre las más recientes, SSTS 1000/2008, de 30 de octubre, RC 1741/2003, 305/2012, de 16 de mayo, RC 1303 / 2009, y 526/2012, de 5 de septiembre, RC 1747/2009) (...)".

¹²⁰⁷ Es relevante a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 305/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo, en la que el Tribunal analiza las causas convencionales de resolución, analizando la jurisprudencia española en comparación con otros textos supranacionales; y, en concreto, con el artículo 8:103 de los PECL: "38. Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre, "se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte»".

En este sentido, la ya también citada Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 526/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo, en cuyo Apartado 2.1 se refiere específicamente a los PECL: "42. Esta Sala ha declarado de forma reiterada que para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas se exige la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la "voluntad deliberadamente rebelde", exigida en etapas anteriores, lo que se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990). También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual "[u]na parte puede resolver el contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte" siendo esencial, a tenor del artículo 8:103.b)- [c]uando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado"; y el artículo 1199 de la propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión general de codificación, según el cual "[c]ualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial" (en este sentido, entre las más recientes, sentencia 305/2012 de 16 de mayo, y las en ella citadas).

apartado (a) de dicho precepto considera que el incumplimiento es esencial cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. Por ejemplo, apunta LANDO que si en un arrendamiento comercial se establece que el objeto arrendado debe ser entregado en una fecha determinada, la entrega en ese día es esencial para el contrato, y cualquier retraso constituirá un incumplimiento fundamental. Sin embargo, el principio de buena fe del artículo 1:106 puede entrar en funcionamiento. Así, si el incumplimiento es tan leve que sería irrazonable resolver el contrato. Explican los autores de los PECL que lo relevante no es la gravedad efectiva del incumplimiento, sino el acuerdo de las partes que establece que el respeto estricto del contrato es esencial y que el hecho de desviarse del mismo de cualquier modo afecta a las bases del contrato hasta el punto de permitir que la otra parte se vea liberada de las obligaciones derivadas de dicho contrato. Este acuerdo puede derivar tanto de estipulaciones expresas como de los términos implícitos del contrato. El apartado (b) del artículo 8:103, por su parte, considera esencial el incumplimiento cuando el mismo prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. Según LANDO, este apartado (b) se basó en el artículo 25 de la CVCIM, por lo que la jurisprudencia¹²⁰⁸ sobre su interpretación puede ser útil a la hora de explicar el artículo 8:103

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 511/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo: “(...) El Tribunal Supremo, a partir de sus Sentencias núm. 705/2005, de 10 de octubre, recurso núm. 299/1999, núm. 731/2006, de 20 de julio, recurso núm. 4597/1999, núm. 1054/2006, de 30 de octubre, recurso núm. 5212/1999, núm. 1311/2006, de 22 de diciembre, recurso núm. 320/2000, y núm. 1180/2008, de 17 de diciembre, recurso núm. 2241/2003, hasta las más recientes núm. 15/2013, de 31 enero, recurso núm. 1268/2010, y núm. 121/2013, de 12 de marzo, recurso núm. 1638/2010, ha señalado que el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil, y a tal efecto es buena la referencia al artículo 8 :103, que contempla como supuestos de incumplimiento esencial, el caso en que la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato, el incumplimiento que prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, e incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento (...)”; o, Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 592/2013, de 9 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena. Fundamento Jurídico Tercero.

¹²⁰⁸ Por ejemplo, el hecho de no haber cumplido en absoluto un deber contractual básico constituye incumplimiento esencial del contrato a menos que la parte tenga una razón que lo justifique. Así, se decidió en un caso en que los bienes se entregaron parcialmente de forma tardía. En concreto, un comprador había cursado un pedido a un vendedor italiano. El pedido tenía una solicitud de que las mercaderías se entregaran dentro de un plazo de diez a quince días. Casi dos meses más tarde, el vendedor, tras pedir al comprador que confirmara su pedido, especificó el precio de compra y aseguró al comprador que todas las mercaderías se expedirían dentro de una semana. Dos meses después, el comprador aún no había recibido las mercaderías. En consecuencia, el comprador envió al vendedor una comunicación por la que anulaba el pedido y exigía la restitución del pago. El vendedor admitió que había remitido las mercaderías al transportista después de recibir la comunicación de anulación enviada por el comprador y que, además, sólo se había enviado una parte de las mercaderías. El comprador se negó a aceptar las mercaderías entregadas tardía y parcialmente y, dado que el vendedor no le restituyó el precio de la compra, entabló una acción legal por resolución e incumplimiento del contrato por el

(b)¹²⁰⁹. Los autores de los PECL comentan que este precepto no atiende al deber de cumplimiento estricto, sino a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento. Cuando los efectos del incumplimiento de traduzcan en que la parte perjudicada se vea privada esencialmente del beneficio de su negocio, de manera que pierde su interés en cumplir el contrato, habrá en general un incumplimiento esencial. En este sentido, siguiendo a DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, este criterio opera como una regla de atribución de carácter esencial, dado que el contrato no siempre establece el carácter esencial de una determinada manifestación del incumplimiento. Cuando así ocurre se hace necesario valorar, a la luz del contrato, las consecuencias que para la parte insatisfecha provoca el incumplimiento del otro contratante. Los PECL señalan un límite para proteger el interés del deudor, permitiendo a éste oponerse a la resolución si no ha previsto ni ha podido razonablemente prever el resultado que para el acreedor provoca su incumplimiento. Para ello habrá que atender a si una persona en la misma situación que la parte que ha incumplido y que hubiera utilizado el mismo grado razonable de aptitud y diligencia, hubiera podido suponer o prever tales consecuencias en el momento de la conclusión del contrato. Y, por último, el apartado (c) del precepto analizado considera esencial el incumplimiento cuando el mismo sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte. Explican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que este criterio se aplica a relaciones

vendedor. Acción que fue estimada por el Tribunal; en Tribunal de Primera Instancia de Parma. Sentencia núm. 77/89, 24 de noviembre de 1989.

O bien, en un caso de impago definitivo. Por ejemplo, el caso en que una compañía alemana encargó 140 pares de zapatos de invierno al demandante, una fabricante italiano de calzado. Después de fabricar los zapatos encargados, el demandante solicitó una garantía del precio de venta, ya que el demandado tenía que abonarle otras facturas. No obstante, el demandado no pagó el encargo ni prestó la garantía solicitada. En consecuencia el demandante declaró resuelto el contrato y revendió los zapatos a otros minoristas. El demandante solicitó una indemnización por diversos daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, que el Tribunal de apelación estimó en parte; en Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (*OLG Düsseldorf*), Sentencia de 14 de enero de 1994, 17 U 146/93.

Sin embargo, si finalmente solo queda sin cumplir una parte secundaria del contrato (por ejemplo, si falta una sola entre varias entregas), se tratará de un incumplimiento simple del contrato, y no esencial. Así, ocurrió en un caso en que el demandante, un fabricante italiano, vendió zapatos al demandado, un comprador alemán, pero no entregó la cantidad convenida. El fabricante exigió el pago parcial. Por su parte, el comprador pidió compensación e indemnización de daños y perjuicios por falta de cumplimiento. El Tribunal admitió la reclamación del fabricante. Señaló que el comprador no tenía derecho a declarar resuelto el contrato, derecho que era indispensable en toda reclamación de indemnización de daños y perjuicios. La condición previa para declarar resuelto un contrato con arreglo a la CVCIM es que el incumplimiento sea esencial o la falta de entrega después del vencimiento del plazo supletorio fijado. Así, sostuvo que la entrega parcial no constituía incumplimiento esencial del contrato. La falta de entrega en la fecha convenida de cumplimiento equivaldrá a incumplimiento esencial del contrato únicamente si el comprador tiene un interés especial en la entrega dentro del plazo, que permita al vendedor prever que el comprador preferiría la falta de entrega en lugar del cumplimiento tardío (por ejemplo, en el caso de las mercaderías estacionales); en Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (*OLG Düsseldorf*), Sentencia de 24 de abril de 1997, 6 U 87/96.

¹²⁰⁹ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 391.

contractuales en las que está pendiente el cumplimiento de obligaciones futuras, derivadas del propio contrato. No se aplica, por tanto, en los casos en los que la parte incumplidora no esté obligada para el futuro, aunque esté sometida a la aplicación de los remedios por el incumplimiento ya producido. Los citados autores indican que el carácter esencial del incumplimiento, establecido conforme a los tres criterios anteriores, permite a la parte perjudicada ejercitar la resolución. El acreedor no está obligado en este caso a conceder un plazo suplementario al deudor, y mucho menos los Tribunales¹²¹⁰.

Si el incumplimiento no es esencial, sino que se trata de una prestación defectuosa que la parte perjudicada rechaza, la parte que realizó dicha prestación defectuosa puede proceder a un nuevo ofrecimiento conforme al contrato, mientras que no haya vencido la obligación o en tanto el retraso no suponga un incumplimiento esencial (artículo 8:104). Esta facultad del deudor para subsanar la falta de conformidad del cumplimiento contenida en los PECL también está reconocida en la CVCIM (artículos 37 y 48, aunque de manera más amplia). Comentan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que este artículo pone de manifiesto cómo los PECL favorecen que el deudor, dispuesto a ello, pueda subsanar su defectuoso cumplimiento¹²¹¹.

Y, por otro lado, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato en caso de retraso en el cumplimiento que no revista el carácter de esencial, siempre que la parte perjudicada hubiera concedido a la otra parte una prórroga de duración razonable para proceder a la prestación (este plazo adicional es lo que en el sistema alemán se denomina como *Nachfrist*). Al concluir el plazo previsto en la prórroga, el perjudicado podrá resolver el contrato. Al comunicar la concesión de la prórroga, el perjudicado puede disponer que el contrato concluirá automáticamente si la otra parte no cumple en el plazo fijado (artículo 9:301 (2) y artículo 8:106 (3) de los PECL, de forma similar a los artículos 7.3.1 (3) y 7.1.5 (3) de los Principios UNIDROIT y artículos 49.1 (b) y 47.1, 64.1 (b) y 63.1 de la CVCIM). Siguiendo a DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, el retraso en el cumplimiento se produce cuando el deudor, aunque no manifieste una oposición al cumplimiento e incluso ofrezca razones para justificarlo, no cumple con su obligación en el momento en que está obligado a hacerlo. A partir de ese momento y hasta que se produzca el cumplimiento, el acreedor puede utilizar esta segunda causa de resolución, aunque no exista un incumplimiento esencial. De este modo, es suficiente el mero retraso en el cumplimiento, pues la resolución opera con criterios objetivos, sin que se restrinja su aplicación por alguna de las causas de exoneración previstas en el artículo 8:108. Por consiguiente, es indiferente que el retraso en el cumplimiento tenga o no justificación. Así,

¹²¹⁰ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 533-538; DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 352-353.

¹²¹¹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 328.

se ofrece al acreedor un cauce para la resolución, que le evita el ejercicio de la pretensión de cumplimiento o la indemnizatoria, sometidas a las causas de exoneración¹²¹².

Por último, el acreedor tendrá derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento previsible por la otra parte, cuando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial (artículo 9:304 de los PECL, similar al artículo 72 de la CVCIM, aunque éste último con mayor detalle)¹²¹³. Es decir, explican los autores de los PECL, existe una falta de voluntad o una falta de capacidad obvias para cumplir en casos que supondrían incumplimiento esencial conforme al artículo 8:103. El derecho a resolver el contrato por incumplimiento previsible gira en torno al concepto de que no se puede pretender que la parte de un contrato siga vinculada a él y por él, cuando resulta claro que la otra parte no puede cumplir o no lo hará en la fecha prevista. Así, esta regulación se traduce en la equiparación entre el incumplimiento esencial previsible y el incumplimiento esencial de una obligación ya vencida¹²¹⁴.

El ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte (artículo 9:303 (1) de los PECL), pero siempre que dicha comunicación se efectúe

¹²¹² DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 357.

¹²¹³ En este sentido, el Tribunal Supremo español explica que “*En el caso de que las obligaciones recíprocas o las identificadas por las partes como resolutorias tengan señalado término para su ejecución, como regla no puede afirmarse el incumplimiento hasta que no haya transcurrido el tiempo fijado. Pero en ocasiones, entre ellas cuando es evidente que el obligado incumplirá de forma esencial porque existe certidumbre objetiva de que el obligado no va a cumplir porque no quiere y así lo ha declarado*” remitiéndose tanto a la CVCIM, como a los PECL y PMCC: “25. *En este sentido apuntan el art. 49 CIM a cuyo tenor "1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato: [...] b) En caso de falta de entrega, si el vendedor [...] declara que no efectuará la entrega dentro del plazo [...]"; el segundo párrafo del art. 1200 ALM dispone que "[t]ambién podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto" y el art. 9:304 PDE, a cuyo tenor "[c]uando con carácter previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato". 26. Más aún, la pronta reacción del acreedor ante la evidencia del incumplimiento esencial futuro, se ajusta a reglas de buena fe y, en su caso, puede permitir minimizar los daños y perjuicios derivados para ambas partes del incumplimiento -en el caso de la promotora podía buscar otro comprador y la compradora recuperar lo pagado a cuenta y adquirir otras viviendas-, y de hecho el art. 1211 ALM dispone que "[n]o responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe [...]", y el artículo 9:505(1) PDE que "[l]a parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables"; en Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.*

Vid. También: Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 511/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Decimotercero.

¹²¹⁴ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 613-614.

en un plazo razonable desde que haya sabido o hubiera debido saber que se había producido el incumplimiento (artículo 9:303 (2) de los PECL). Los autores de los PECL explican que este deber de comunicar a la otra parte la decisión en un plazo razonable, no se aplica en los casos de incumplimiento previsible (artículo 9:304). El apartado (a) del artículo 9:303 (3) de los PECL dispone que si llegado el vencimiento del plazo para cumplir y no habiendo habido ofrecimiento del deudor para realizar la prestación, la parte perjudicada no necesita comunicar que resuelve el contrato antes de que se produzca un ofrecimiento en tal sentido. Si, posteriormente, se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada deberá comunicar a la otra parte el ejercicio de la facultad resolutoria en un plazo razonable desde que haya tenido noticia del ofrecimiento o hubiera debido tenerla. Este precepto, argumentan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, protege el interés del acreedor en mantener abierta la posibilidad de optar entre cumplimiento o resolución en un momento en que se desconoce si el deudor cumplirá o no, cuándo cumplirá y si su cumplimiento será conforme o no. Sin embargo, continúa el apartado (b) del citado artículo, si la parte perjudicada sabe o tiene motivos para saber que la otra parte todavía tiene intención de ofrecer el pago en un plazo razonable y así ocurre, aquélla perderá su derecho de resolución del contrato cuando sin motivo hubiera dejado de comunicar a la otra parte que ya no aceptaría el pago. Lo anterior estaría justificado en la buena fe, pues como razonan los citados autores, la buena fe impone al acreedor en algunos casos ejercitar la facultad resolutoria antes del momento en que el deudor ofrezca el cumplimiento. Así, la buena fe impone que el acreedor en ese caso aclare la situación del deudor, pues el acreedor debe evitar el esfuerzo y el gasto que el deudor va a emplear en el cumplimiento, anticipando el ejercicio de la facultad resolutoria¹²¹⁵. Existen dos excepciones al deber de comunicar la voluntad de poner fin al contrato: por un lado, la posibilidad ya mencionada que tiene el acreedor de conceder al deudor una prórroga de duración razonable para proceder a la prestación, pudiendo establecer esta comunicación que si al terminar dicho plazo no se hubiera cumplido la prestación, el contrato se resolverá de forma automática (artículo 8:106 (3) de los PECL). Por otro lado, la segunda excepción se localiza en el artículo 9:303 (4), conforme al cual el contrato queda automáticamente resuelto cuando el incumplimiento de la parte está justificado por deberse a una imposibilidad total y absoluta¹²¹⁶.

La resolución del contrato libera a ambas partes de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones, pero no afecta a los derechos y obligaciones que se hubieran generado hasta el momento de la resolución (artículo 9:305 (1) de los PECL). Es importante resaltar que los PECL no atribuyen, en principio, efecto retroactivo a la resolución. Los autores de los PECL consideran que sería muy inadecuado tratar a un contrato resuelto como si nunca hubiera

¹²¹⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 362.

¹²¹⁶ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 608-610.

existido, toda vez que: por un lado, si el contrato no hubiera existido nunca, la parte perjudicada podría verse privada de la indemnización por daños y perjuicios en lo que respecta a sus expectativas de ganancias; y, por otro, podría excluirse la aplicación de cláusulas previstas para ser aplicadas incluso en caso de resolución del contrato¹²¹⁷. No obstante, esta regla tiene algunas excepciones que permiten que las partes deban restituirse las prestaciones que hubieran recibido de la otra parte: la primera regla prevista en el artículo 9:306 dispone que la parte que resuelve el contrato puede rehusar conservar un bien anteriormente recibido del otro contratante si el valor que representa para ella ha experimentado una reducción sustancial como consecuencia del incumplimiento del otro contratante. En este sentido, puede ser interesante el ejercicio de esta facultad por la parte perjudicada para deshacerse de un bien que le resulta inútil y evitar los costes e inconvenientes de tener que conservarlo, enajenarlo, destruirlo, etc.¹²¹⁸. El artículo 9:307 se refiere a la segunda excepción y prevé que, al resolver el contrato, las partes tengan derecho a recuperar el dinero pagado por una prestación que no recibieron o que legítimamente se negaron a aceptar. La tercera regla establecida en el artículo 9:308 dispone que, al resolver el contrato, aquella parte que hubiera suministrado o entregado bienes cuya devolución sea posible y por los que no haya recibido contraprestación, puede recuperar su propiedad. Además, si una parte hubiera llevado a cabo una prestación que no puede devolverse y por la que no hubiera recibido pago u otra contraprestación, tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte (artículo 9:309).

En tercer lugar, el perjudicado tiene derecho a reducir el precio en caso de no conformidad con el contrato (acción *quantum minoris*). Dicha reducción será proporcional a la diferencia entre lo que haya disminuido el valor de la prestación en el momento en que se produjo el ofrecimiento y el valor que hubiera tenido en ese momento un ofrecimiento conforme. La parte que reduce el precio no puede obtener al mismo tiempo una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero sigue teniendo derecho a una indemnización por daños y perjuicios respecto de cualesquiera otras pérdidas que haya sufrido y que deban repararse (artículo 9:401). Los autores de los PECL explican que este remedio se prevé tanto como alternativa a la prestación de daños y perjuicios, como para supuestos en que la parte que ha incumplido esté exenta de responsabilidad por daños y perjuicios. El hecho de que una prestación menor que la pactada pueda justificarse conforme al artículo 8:108, no afecta al derecho de la parte a obtener una reducción del precio, teniendo en cuenta, además, que los únicos remedios excluidos en caso de incumplimiento justificado son el cumplimiento en forma

¹²¹⁷ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 618.

¹²¹⁸ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 366-367.

específica y la indemnización por daños y perjuicios¹²¹⁹. Cometan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que este remedio no tiene naturaleza indemnizatoria, pues no se reduce el precio directamente, conforme al valor de la cosa defectuosa en el mercado, sino en la proporción que resulta al comparar los precios de mercado de una cosa conforme y otra no conforme. Su función, por ende, es restablecer el equilibrio contractual de las prestaciones¹²²⁰.

En cuarto lugar, los PECL regulan expresamente el derecho del perjudicado por un incumplimiento a suspender la ejecución de la prestación (*exceptio non adimpleti contractus*), de forma que la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación –sea esencial o no–, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias. Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma (artículo 9:201)¹²²¹.

En quinto lugar, la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción de incumplimiento imposible (artículo 9:501 (1) de los PECL). Así, los comentarios a los PECL exponen que cuando la parte tiene una obligación de resultado, en caso de incumplimiento, el perjudicado tiene derecho a reclamar una indemnización por daños y perjuicios, con independencia de la existencia o no de culpa de la parte que ha incumplido. Cuando la obligación no es de resultado, sino que consiste únicamente en la obligación de la parte de actuar con un nivel de cuidado y profesionalidad razonables, sólo podrá exigirse su responsabilidad cuando no haya actuado así. Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen las pérdidas no pecuniarias (como daños y sufrimientos, molestias o la carga psicológica o daños morales que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte) y/o futuras pérdidas previsibles y probables (esto es,

¹²¹⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 634-635.

¹²²⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 384.

¹²²¹ El Tribunal Supremo español admite la *exceptio non adimpleti contractus* por medio de los artículos 1.100 último párrafo y 1.124 del Código Civil, coincidiendo esta posición con la del artículo 9:201 de los PECL; según Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Sexto.

pérdidas que seguramente se producirán después de haberse valorado los daños)¹²²² (artículo 9:501 (2) de los PECL)¹²²³.

El cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato, comprendiendo las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener (artículo 9:502 de los PECL, similar al artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT). Es decir, la indemnización comprende no solo los "daños" o interés negativo, de tal forma que el efecto retroactivo y restitutorio coloque al cumplidor en la misma posición que tendría de no haberse celebrado el contrato, sino en la que tendría de haberse cumplido, y, en consecuencia, comprende el interés positivo o de cumplimiento¹²²⁴. Este concepto de indemnización por daños no pretende que se lleve a

¹²²² LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 639-641.

¹²²³ En este sentido, la jurisprudencia española ha reconocido que el artículo 1.107 del Código Civil comporta también una ampliación de los criterios de imputación objetiva para la determinación de los daños que deben ser resarcidos por parte del deudor que incumple, pues establece que estos comprenderán no solamente los que pudieron preverse en el momento de contraerse la obligación, sino los que conocidamente se deriven del incumplimiento, de donde se infiere que es procedente, en caso de dolo, además de la aplicación del criterio del carácter relevante del daño, la aplicación de un criterio de imputación fundado en la conexión objetiva del daño moral con el incumplimiento; según Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 561/2021, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

Vid. También Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 48/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo, en la que se establece que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella "*pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir*" con relación a las reclamaciones por lucro cesante (artículo 9:501 (2) PECL).

¹²²⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 532/2012, de 30 de julio, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo. El Tribunal interpreta, en el Apartado 2.1 de la Sentencia, el artículo 1124 del Código Civil español en relación con el derecho que tiene el perjudicado a solicitar una indemnización por daños y perjuicios, poniendo el acento en la regulación similar contenida en los PECL: "51. Para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el primer párrafo del artículo 1124 del Código Civil faculta a la contraparte para "resolver las obligaciones" y, en el segundo, dispone que "[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos", lo que ha sido interpretado en el sentido de que en relación con lo dispuesto en el artículo 1106 del propio Código comprende no solo los "daños" o interés negativo, de tal forma que el efecto retroactivo y restitutorio coloque al cumplidor en la misma posición que tendría de no haberse celebrado el contrato, sino en la que tendría de haberse cumplido, y, en consecuencia, comprende el interés positivo o de cumplimiento. 52. En este sentido se pronuncian las sentencias 1318/2006, de 26 de diciembre, y 103/2012, de 1 de marzo). También apuntan en este sentido el segundo párrafo del artículo 1202 de la Propuesta de Anteproyecto, según el cual "[r]esuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento...", y el artículo 9:501 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, a cuyo tenor "(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte [...] (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: [...] (b) Futuras pérdidas previsibles y probables", y en el artículo 9:502 que "[e]l cálculo de la indemnización de daños y perjuicios se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo

cabo una restitución, es decir, no se trata de que las partes vuelvan a su anterior situación, renunciando ambas a las ganancias que se hubieran recibido. Lo anterior queda limitado por la regla de la previsibilidad que recoge el artículo 9:503 de los PECL (también prevista en el artículo 74 de la CVCIM y artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT), al disponer que la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento (*consequential loss*), salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente. En estos últimos casos, la parte que incumple no ve limitada su responsabilidad en atención a la regla de la previsibilidad, sino que deberá prestar una compensación por todo el daño causado, aun cuando no fuera previsible. Además, el artículo 9:504 de los PECL contiene el principio de que el perjudicado no debería reclamar daños y perjuicios si las pérdidas que ha sufrido se deben a un comportamiento suyo irrazonable. Según los autores de los PECL, de este precepto se derivan dos situaciones diferentes: por un lado, los casos en que la conducta del perjudicado constituye una parte de la causa del incumplimiento; por otro, los casos en que la conducta del perjudicado, pese a no ser responsable del incumplimiento en sí, provocó con su comportamiento un aumento del efecto de las pérdidas¹²²⁵. Esta regla se completa con la prevista en el artículo 9:505 de los PECL, la cual establece que la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables. Además, el perjudicado tendrá derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño.

Por último, si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento –la denominada “cláusula penal” en el ordenamiento jurídico español prevista en el artículo 1.152 del Código Civil–, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias (artículo 9:509 de los PECL, similar al artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT). De esta manera, los PECL se acercan al sistema continental, al aceptar que una cláusula penal puede ser válida, sin perjuicio de que el Tribunal pueda acordar su reducción en caso de que fuera desproporcionada en relación con el daño provocado¹²²⁶.

más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas por la parte perjudicada y las ganancias que haya dejado de obtener.”

¹²²⁵ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 646, 650, 655.

¹²²⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1953.

En cuanto a la exoneración por imposibilidad de cumplimiento referida anteriormente, una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias (artículo 8:108 (1) de los PECL, de forma similar al artículo 7.1.7 (1) de los Principios UNIDROIT y artículo 79.1 de la CVCIM). Las condiciones establecidas para que la regla anterior resulte de aplicación son análogas a las exigidas tradicionalmente para los supuestos de fuerza mayor, esto es: en primer lugar, el obstáculo debe ser algo que quede fuera de la esfera de control del deudor; en segundo lugar, la imposibilidad debe ser tal que no podía haberse tenido en cuenta en el momento en que se celebró el contrato. Si hubiera podido tenerse en cuenta, cabría considerar que la parte afectada asumió el riesgo o que era culpa suya no haberlo previsto. Y, en tercer lugar, la parte que vaya a verse exonerada debe probar que no hubiera podido actuar de otro modo. En este caso, el contrato quedará automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna, desde el momento en que se produjo la imposibilidad (artículo 9:303 (4) de los PECL). El impedimento también puede ser sólo temporal, de forma que la exoneración produce sus efectos durante el tiempo en el que persista el impedimento. Si embargo, si el retraso se tradujera en un incumplimiento esencial, el acreedor podrá tratarlo en tal sentido (artículo 8:108 (2) de los PECL). La parte que incumple debe asegurarse de que, en un plazo razonable desde que supo o hubiera debido enterarse de dichas circunstancias, la otra parte recibe una comunicación de la existencia del impedimento y de sus efectos sobre la capacidad de la parte para cumplir su obligación. La otra parte tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios por las pérdidas que pudieran resultar de no recibir esa comunicación (artículo 8:108 (3) de los PECL). Cabe indicar que las normas anteriores no son imperativas, de forma que las partes podrán modificar la distribución del riesgo de imposibilidad del cumplimiento, tanto con carácter general, como en relación a un impedimento particular; los usos (especialmente en el transporte marítimo) pueden tener los mismos efectos¹²²⁷.

Por otro lado, y siguiendo la tendencia actual a incorporar la cláusula *rebus sic stantibus* en los principales textos de unificación y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos¹²²⁸, el artículo 6:111 de los PECL (de forma similar a los artículos 6.2.1 y 6.2.3

¹²²⁷ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 557-562.

¹²²⁸ Precisamente, como alude el Tribunal Supremo español en su Sentencia núm. 820/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Tercero: “(...) *Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación) (...)*”. O,

de los Principios UNIDROIT) regula también el caso de que tenga lugar un cambio respecto a las circunstancias en las que se firmó el contrato y, como comentan sus autores, se adopta un mecanismo a través de una aproximación amplia y flexible, con el objetivo de lograr una justicia material para los contratos, impidiendo que el coste causado por algún hecho imprevisto recaiga totalmente en una de las partes. Es decir, en caso de que el riesgo de un cambio de circunstancias imprevisible no haya podido repartirse, las partes (o el Tribunal, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo) deberán decidir cómo soportar los nuevos costes. En concreto, se establece en primer lugar el principio de la vinculación y obligatoriedad del contrato: “*las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe*”¹²²⁹ (artículo 6:111 (1) de los PECL). Sin embargo, se establece una excepción a dicho principio, permitiendo a las partes negociar una adaptación del contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta “excesivamente gravoso” (tomando la expresión del artículo 1.467 del Código Civil italiano) debido a un cambio de las circunstancias (artículo 6:111 (2) de los PECL). Así, para que se ponga en marcha el mecanismo de renegociación es necesario que se cumplan una serie de condiciones estrictas: en primer lugar, el cambio de circunstancias ha de haber provocado un desequilibrio enorme en el contrato, es decir, si el contrato se ha trastocado completamente debido a los acontecimientos, de manera que, si bien todavía puede cumplirse, la prestación supondría gastos exorbitantes para una de las partes. En segundo lugar, el cambio de circunstancias debe haberse producido tras la celebración del contrato. En tercer lugar, dicho cambio no ha de haberse tenido en cuenta

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, *Cit.*, Fundamento jurídico Quinto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 626/2013, *Cit.* Fundamento Jurídico Noveno.

¹²²⁹ A este respecto, es de destacar que en su labor de interpretación el Tribunal Supremo español reproduce literalmente esta parte del artículo 6:111 de los PECL en su Sentencia núm. 822/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Quinto, en relación con la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al indicar que: “(...) *justifica recordemos ahora que los contratantes deben cumplir sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho (...)*”.

Vid. También Tribunal Supremo. Sentencia núm. 626/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Noveno, al indicar: “(...) *En la sentencia 822/2012, de 18 de enero, recordamos que la regla "pacta sunt servanda" exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho, pero, añadimos, que cuando la previsión de los contratantes sobre la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato no hubiera sido minuciosa -mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias o cláusulas estabilizadoras-, se plantea la cuestión de determinar los efectos que, en la reglamentación contractual, pueda producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las representaciones mentales de los contratantes se hubieran formado a partir de una determinada realidad -criterio subjetivo-, ya porque la alteración llegue a romper, en medida inadmisiblemente, el equilibrio de prestaciones y, según cual haya sido el tipo negocial elegido, a privar de todo sentido a la reglamentación pactada -criterio objetivo-*”; Tribunal Supremo. Sentencia núm. 5/2019, de 9 de enero. Ponente: Excmo. Sr. José Vela Torres. Fundamento Jurídico Segundo.

por las partes. La dificultad no se puede alegar si, en la misma situación, una persona razonable (es decir, una persona que no sea exageradamente optimista ni pesimista, y que se ocupe razonablemente de sus intereses) hubiera previsto el asunto y lo hubiera tenido en cuenta. Por último, debe decidirse si se le puede exigir a la parte afectada que cargue con todo ese riesgo de cambio de circunstancias, ya sea porque se hubiera comprometido expresamente a ello, o bien por tratarse de un contrato de carácter especulativo¹²³⁰.

Este concepto de imprevisión es diferente de la imposibilidad contemplada por el artículo 8:108. Aunque en ambos casos se habrá producido un hecho imprevisto, la imposibilidad presupone que el hecho habrá provocado un obstáculo insuperable para la prestación, mientras que en la imprevisión la prestación todavía es posible para el deudor, pero supondrá su ruina. La imprevisión también se distingue de la imposibilidad en cuanto a sus consecuencias. La imposibilidad, de ser total, sólo puede conducir a la extinción del contrato. La imprevisión permite que el Tribunal decida entre considerar el contrato como extinguido o si conviene revisar sus términos (artículo 6:111 (3) de los PECL). No obstante, la decisión del Tribunal de poner fin al contrato o modificarlo es realmente una solución *in extremis*, toda vez que el procedimiento en su totalidad trata de animar a las partes a alcanzar una solución amistosa: de ahí la obligación de entablar negociaciones. Los amplios poderes otorgados a los Tribunales mediante este mecanismo tienen un límite: el Tribunal podrá modificar las cláusulas del contrato, pero estas modificaciones no deben llegar a constituir un nuevo contrato para las partes. En un caso así, la única opción que le queda al Tribunal es la de declarar extinguido el contrato. Cabe mencionar que, en estos casos, será el Tribunal quien declare cuándo se entiende extinguido el contrato, a diferencia de lo que ocurre cuando el incumplimiento es imputable a alguna de las partes o cuando la prestación resulta imposible¹²³¹.

III. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA.

La Propuesta de Reglamento CESL fue presentada el 11 de octubre de 2011, suponiendo una puesta a disposición de un corpus uniforme y autónomo de normas de Derecho Contractual, que habría de considerarse un segundo régimen de Derecho Contractual dentro de los sistemas jurídicos nacionales, aplicable a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo acuerdo expreso de las partes. Sus reglas se basaron en la CVCIM, en los Principios UNIDROIT, en los PECL, en el DCFR, en los *Acquis Principles*, entre otros¹²³². Su objeto

¹²³⁰ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 469-474.

¹²³¹ *Ibid.*, pág. 471-476.

¹²³² VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 211.

radicaba en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión de las transacciones transnacionales a las empresas y consumidores. Asimismo, la CESL tenía por objeto garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la creación de un conjunto propio de disposiciones imperativas que mantendría o mejoraría el nivel de protección que los consumidores disfrutaban en el marco de la legislación de la UE vigente en la materia (artículo 1 del Reglamento)¹²³³. Puntualizar que la Propuesta fue objeto de revisión y el Parlamento Europeo, mediante su Resolución de 26 de febrero de 2014, aprobó una serie de enmiendas al texto de la Propuesta. Sin embargo, nunca llegó a contar con el apoyo del Consejo.

De esta forma, se argumentaba que, gracias a la CESL, los comerciantes solo tendrían que investigar las normativas nacionales de los otros Estados miembros en relación con algunas cuestiones, mucho menos importantes, no reguladas por la CESL. En las operaciones entre empresarios y consumidores, ya no sería necesario averiguar cuáles son las disposiciones imperativas de protección de los consumidores en la legislación del consumidor, puesto que la CESL contendría normas de protección de los consumidores plenamente armonizadas con un elevado nivel de protección en toda la UE. En las operaciones transfronterizas entre empresarios, las negociaciones sobre la ley aplicable serían más fluidas, puesto que las partes contratantes tendrían la oportunidad de llegar a un acuerdo sobre la utilización de la CESL para regular su relación contractual. Como consecuencia directa de ello, los comerciantes podrían ahorrar en los costes de transacción adicionales relacionados con el Derecho Contractual y operar en un entorno jurídico menos complejo para el comercio transfronterizo sobre la base de un único conjunto de normas en toda la UE. De esta forma, se afirmaba que los comerciantes podrían aprovechar mejor el mercado interior expandiendo sus actividades a otros países, con lo que se reforzaría la competencia; y que los consumidores se beneficiarían así de un mejor acceso a las ofertas de toda la UE a precios más bajos y se reduciría el número de denegaciones de venta. También disfrutarían de una mayor seguridad sobre los derechos que les asisten cuando realizasen compras transfronterizas sobre la base de un único conjunto de normas obligatorias con un alto nivel de protección de los consumidores¹²³⁴.

Considerando sus objetivos, la base jurídica de la Propuesta de Reglamento CESL se justificó en el artículo 114 del TFUE. El apartado primero de dicho precepto establece que *“Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales,*

¹²³³ COM (2011) 635 final, *Op. Cit.*, Exposición de Motivos, pág. 4-10.

¹²³⁴ *Ibid.*, pág.4-5.

reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior". Por su parte, el artículo 26 del TFUE dispone que "*La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados*". Según la Propuesta, su objetivo respetaba el principio de subsidiariedad, pues tenía una dimensión transfronteriza evidente y no podía ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros; y, asimismo, el principio de proporcionalidad, en la medida en que su ámbito de aplicación se limitaba a aquellos aspectos que plantean problemas reales en las transacciones transfronterizas, dejando al margen los aspectos que regulan mejor las legislaciones nacionales.

Tal configuración del corpus contó tanto con partidarios como con detractores. Así, entre otros, ZIMMERMANN consideró que en virtud del artículo 114 del TFUE se podían adoptar medidas tales como la codificación del Derecho contractual¹²³⁵. REICH y MICKLITZ consideraron, por su parte, que sin embargo el ámbito de aplicación de la CESL debería haberse limitado a las disposiciones realmente necesarias para el funcionamiento del mercado interior en el sentido del artículo 114 del TFUE¹²³⁶. También se sostuvo (por ejemplo, entre otros autores, destacaron HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS¹²³⁷) –opinión con la que estamos de acuerdo– que la base jurídica adecuada debería haberse basado en el artículo 352 del TFUE¹²³⁸,

¹²³⁵ En concreto, ZIMMERMANN sostenía que "*It is, however, generally agreed that the European Union does not have the competence to introduce a comprehensive civil code along the lines of the national codifications. Under Article 114 TFEU measures for the approximation of the national laws may be adopted, as far as they have as their object the establishment and the functioning of the internal market. Such measures, arguably, include a codification of contract law. It is not surprising, therefore, that this is the field on which the European Commission has focused its attention*" ("Sin embargo, hay un acuerdo general en que la Unión Europea no tiene competencia para introducir un Código Civil completo en línea con las codificaciones nacionales. En virtud del artículo 114 del TFUE, pueden adoptarse medidas de aproximación de las legislaciones nacionales, siempre que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Entre estas medidas se encuentra la codificación del Derecho Contractual. No es de extrañar, por tanto, que este sea el ámbito en el que la Comisión europea ha centrado su atención" –traducción propia a efectos informativos–); según ZIMMERMANN, R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 386.

¹²³⁶ Sostenían estos autores que "*the scope of the CESL should be limited to those provisions which are really necessary for the functioning of the internal market in the sense of Art. 114 TFEU and should not be "upgraded" into a general EU contract law with many provisions which only have a marginal impact on B2C transactions and an even more limited impact on B2B transactions*" ("el ámbito de aplicación del CESL debería limitarse a las disposiciones realmente necesarias para el funcionamiento del mercado interior en el sentido del art. 114 del TFUE y no debería "convertirse" en un Derecho Contractual general de la UE con muchas disposiciones que solo tienen un impacto marginal en las transacciones B2C y un impacto aún más limitado en las transacciones B2B" –traducción propia a efectos informativos–); según MICKLITZ, H-W.; REICH, N., 2012, *Op. Cit.*, pág. 27.

¹²³⁷ HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 26.

¹²³⁸ Es decir, adoptar un instrumento que regulase determinados aspectos del Derecho Contractual que tuvieran una trascendencia relevante para el mercado interior, con base en el artículo 352 del TFUE,

cuyo apartado primero dispone: “*Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo*”. Y ello, habida cuenta que bajo el artículo 114 del TFUE no podría promulgarse un instrumento opcional de Derecho Contractual europeo, pues el mismo no tendría por objeto la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros, sino la creación de un nuevo sistema jurídico alternativo¹²³⁹. Asimismo, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que: (i) un acto adoptado sobre la base del artículo 114 del TFUE debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 114 del TFUE como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia¹²⁴⁰; además, (ii) dado que las partes tienen libertad para elegir la ley

como se ha realizado en la regulación de la Sociedad Anónima Europea (SAE), la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) o la protección de la Marca Comunitaria (MC), instrumentos adoptados mediante Reglamentos cuya regulación coexiste con la nacional (respectivamente: Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE núm. L294/1, de 10 de noviembre de 2001); Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOUE núm. L 207/1, de 18 de agosto de 2003); Reglamento (UE) núm. 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y el Reglamento (CE) núm. 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Diseños y Modelos) (DOUE núm. L341/21, de 24 de diciembre de 2015)).

De hecho, el TJCE estimó que el Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea había sido adoptado adecuadamente bajo el artículo 352 del TFUE, pues su objeto era crear una nueva forma de sociedad cooperativa que se superpone a las nacionales, es decir, una estructura comunitaria paralela, por lo que no se trataba de una aproximación de las legislaciones en el sentido del artículo 114 del TFUE; según TJCE. As. 436/03. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 2 de mayo de 2006, Apdo. 44.

¹²³⁹ KUIPERS, J. J., “The legal basis for a European optional instrument. European Review of Private Law”, 19 (5), 2011, pág. 545-564; GUTMAN, K., “The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options”, *European Review of Contract Law*, 2011, 7, 2, pág. 156; HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 38.

¹²⁴⁰ TJCE. As. 376/98. Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Cit.*, Apdo. 84; TJCE. As. 434/02. Arnold André GmbH & Co. KG contra Landrat des Kreises Herford. Sentencia de 14 de diciembre de 2004,

aplicable a su contrato, sólo las normas imperativas de ámbito transnacional suponen un obstáculo a la libre circulación de bienes, habida cuenta que las partes no se pueden desviar de su contenido (artículo 9 del RRI)¹²⁴¹. En consecuencia, una regulación de carácter opcional, como es la Propuesta de Reglamento CESL, no podía considerarse como una medida de aproximación legislativa según el artículo 114 del TFUE¹²⁴²; además, no estaba claro que fuera a contribuir efectivamente a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior.

El carácter facultativo de la CESL, por otro lado, fue una de sus características principales, ya que desde los trabajos preparatorios del DCFR la idea de un instrumento opcional fue la más aceptada entre la doctrina (entre otros autores, VALPUESTA GASTAMINZA¹²⁴³ o LEIBLE¹²⁴⁴), permitiendo a las partes ofrecer una normativa adecuada, protectora de sus intereses y moderna, sin obligarles a someterse a ella; aunque, como bien apunta CLIVE, la CESL era opcional para las partes, no para los Estados miembros, pues el conjunto normativo hubiera cambiado los ordenamientos nacionales, dado que todos ellos tendrían que aplicar la CESL¹²⁴⁵. Por su parte, según ARROYO I AMAYUELAS, la idea básica del instrumento opcional radicaba en potenciar la autonomía de los individuos porque estos podrían elegir el Derecho que mejor se adaptase a sus necesidades por la vía de la técnica del *opt-in*, frente a la vía del *opt-out* (como la CVCIM), que interfiere más en la autonomía de los Estados miembros pero que, probablemente, tendría la ventaja de incrementar las posibilidades de aplicación del instrumento opcional¹²⁴⁶. No

Apdo. 30; TJCE. As. 380/03. República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 12 de diciembre de 2006, Apdo. 37.

¹²⁴¹ TJCE. As. 339/89, Sentencia de 24 de enero de 1991, *Cit.*, Apdo. 14, 15.

¹²⁴² HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 38.

¹²⁴³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 208.

¹²⁴⁴ LEIBLE, S., 2006, *Op. Cit.* pág. 1602.

¹²⁴⁵ CLIVE, E., “A General Perspective on the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19 (1), pág. 120.

¹²⁴⁶ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 224; A este respecto, también HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS, apuntaron que “*It is likely, however, that an opt-out regime would lead to a much more frequent applicability of an optional instrument than the opt-in regime. The reason being that most contracting parties -especially consumers and small and medium enterprises (SME)- do not make a conscious choice for the applicable law, because they cannot rely on sophisticated legal advisors who inform them concerning the advantages and disadvantages of the different options. Therefore, it can be said that an opt-out regimes interferes more with the legislative autonomy of the Member States than an opt-in regime*” (“Sin embargo, es probable que un régimen de *opt-out* conduzca a una aplicabilidad mucho más frecuente de un instrumento opcional que el régimen de *opt-in*. La razón es que la mayoría de las partes contratantes -especialmente los consumidores y las pequeñas y medianas empresas (PYME)- no eligen conscientemente la ley aplicable, porque no pueden contar con asesores jurídicos sofisticados que les informen sobre las ventajas y desventajas de las diferentes opciones. Por lo tanto, puede decirse que un régimen de exclusión voluntaria interfiere más en la autonomía legislativa de los Estados miembros que un régimen de adhesión voluntaria” –traducción propia a

obstante, indican ESTEBAN DE LA ROSA y OLARIU que el sistema de *opting-in* también puede generar dificultades, dada la necesidad de un plus de diligencia a emplear por los Jueces en la aplicación del instrumento, y sobre todo con el manejo adecuado del régimen de elección de la CESL por las partes del contrato¹²⁴⁷. Lo anterior unido al hecho de que la CVCIM rige en la mayoría de los Estados miembros de la UE, por lo que para aplicar la CESL hubiera sido preciso excluir la aplicación de la CVCIM, de conformidad con lo establecido en el considerando 25 de la Propuesta de Reglamento CESL. Además, como llama la atención VELASCO SAN PEDRO, cabe dudar que la elección de la alternativa del instrumento opcional, fuera la más adecuada para resolver el problema de raíz existente (la diversidad de legislaciones), pues nada hubiese impedido que se siguiera optando por legislaciones nacionales¹²⁴⁸.

Siguiendo a VALPUESTA GASTAMINZA, puntualizar que la Propuesta de Reglamento CESL podría haberse configurado como “un ordenamiento más” (el denominado como vigésimo octavo régimen –ahora vigésimo séptimo por la salida de Reino Unido de la UE–) que las partes podrían elegir, de acuerdo con lo previsto en el RRI en su considerando 14: “*En caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas*”. En tal caso, la elección de esa regulación era una “elección de Derecho aplicable” que se hubiera sometido a los requisitos generales de Derecho Internacional Privado (DIPr). Asimismo, SÁNCHEZ LORENZO sostuvo que la posibilidad de elegir la CESL como *lex contractus*, como una verdadera opción de “conflicto de leyes” (vigésimo octava opción), parecía un enfoque más razonable y eficaz en las relaciones B2B (es decir, excluyendo las transacciones B2C)¹²⁴⁹.

En vez de esto, la Propuesta de Reglamento CESL se planteó como un “segundo ordenamiento nacional”, de forma que una vez elegido como ordenamiento aplicable el de un Estado miembro de la UE, las partes hubieran podido decidir aplicar la CESL en vez del sistema nacional. El cambio de configuración del instrumento tenía relevancia desde el punto de vista de los contratos celebrados con consumidores, toda vez que se argumentaba que si hubiera sido

efectos informativos–); según HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 9.

¹²⁴⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, F.; OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo (The Common European Sales Law's Application to Consumer Contracts: New Challenges for the European Private International Law System)”, *InDret*, 1, 2013, pág. 22.

¹²⁴⁸ VELASCO SAN PEDRO, L.A., “La Propuesta de Reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5, 2, 2013, pág. 473.

¹²⁴⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., “Common European sales law and private international law: some critical remarks”, *Journal of private international law*, 9 (2), 2013, pág. 216.

un vigésimo séptimo régimen, de ser elegido por las partes, hubiera sido además aplicable el ordenamiento del país de residencia del consumidor en la medida en que fuera más beneficioso (artículo 6 del RRI)¹²⁵⁰. En cambio, como fue configurado como un “segundo ordenamiento nacional”, al ser elegido por las partes, el nivel de protección sería el mismo en ambos Estados miembros (como aclara la enmienda 6 de la Resolución del Parlamento de 26 de febrero de 2014), ya que se aplicaría en bloque la Propuesta de Reglamento CESL, con independencia del nivel de protección de consumidor del ordenamiento nacional interno de ese país. Ahora bien, lo que sí resultaría preciso es que el ordenamiento nacional de uno de los países de la UE fuera el aplicable, de forma que sí no lo fuera como regla general, las partes tendrían que poder elegir, y elegir, como aplicable el ordenamiento nacional del país de la UE, y además la CESL. Lo anterior podría haber conllevado una serie de conflictos, como por ejemplo en el caso de un contrato realizado con un consumidor con residencia fuera de la UE, estando el vendedor domiciliado en un país de la UE, en el que ambas partes eligen como aplicable el ordenamiento del país del vendedor y la CESL. Como el ordenamiento del país de residencia del consumidor no es la CESL, operarían todos los efectos del artículo 6 del RRI, de modo que el consumidor no perdería la protección que le dispensan sus normas nacionales¹²⁵¹.

Siguiendo a ARROYO I AMAYUELAS, la estrategia de reemplazar por completo a las leyes nacionales, incluso las normas imperativas, obedece a que, de otro modo, el régimen del contrato se hubiera complicado en exceso y, por tanto, no hubiera servido al fin declarado de eliminar costes de transacción. No obstante, continúa esta autora, el planteamiento no dejaba de generar dudas, pues se ponía en duda que el alto nivel de protección del consumidor establecido en la Propuesta fuera tan alto o más que el de cualquier Estado miembro. De hecho, SÁNCHEZ LORENZO afirmó que no era cierto que la CESL contuviera un nivel de protección del consumidor más alto que el establecido en el *acquis* europeo¹²⁵². Por ejemplo, bastaría traer a colación la distinta noción de consumidor en la CESL (solo persona física, artículo 2 (f)) y en el Derecho español (también las personas jurídicas y entidades sin personalidad sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, artículo 3.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 2007). El problema era, en definitiva, que no estaba claro que la elección de la CESL pudiera tener el efecto de desplazar las normas imperativas nacionales cuando estas fueran más favorables para el consumidor¹²⁵³. Por consiguiente, SÁNCHEZ LORENZO consideró que si la aplicación del artículo 6.2 del RRI se

¹²⁵⁰ LOW, G., “Unitas via diversitas. Can the Common European Sales Law harmonize through diversity?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19(1), 2012, pág. 145.

¹²⁵¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 205-206; MICKLITZ, H-W.; REICH, N., 2012, *Op. Cit.*, pág. 24.

¹²⁵² SÁNCHEZ LORENZO, S., 2013(I), *Op. Cit.*, pág. 203.

¹²⁵³ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 218-220.

hubiera mantenido, puede que no se hubiera garantizado la seguridad jurídica en caso de que el comerciante hubiera estado expuesto a la aplicación de las normas más protectoras de la ley de la residencia habitual del consumidor, dado que la CESL no sustituía a las leyes nacionales, ni hacía hincapié en el nivel de armonización europea. Así, sostiene este autor, la Propuesta de Reglamento CESL no era un mero conjunto de normas técnicas elaboradas por académicos. Obedecía a una orientación política, que de hecho ignoraba la “dimensión social” del Derecho Contractual europeo en relación con la protección de los consumidores. Se trataba, pues, de un enfoque alejado de las exigencias “constitucionales” del mercado único y de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹²⁵⁴. También WHITTAKER puso en duda el efecto que podría tener la CESL sobre el artículo 6 del RRI, lo que dejaba claro, en su opinión, que el principal objetivo de la CESL en los contratos B2C era eludir el régimen existente de protección de los consumidores en los contratos transfronterizos con la mera condición de que el consumidor aceptase una “normativa común de compraventa europea”¹²⁵⁵.

Un problema adicional, sostienen ESTEBAN DE LA ROSA y OLARIU, tenía que ver con la interpretación del texto, toda vez que hubiera sido necesario poder garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros, teniendo en cuenta que una interpretación diferente de las normas uniformes por cada Tribunal nacional, hubiera producido normas distintas. Y ello, aun cuando la propia Propuesta de Reglamento exigía, en su artículo 4, que los Estados miembros notificasen las resoluciones definitivas de sus órganos jurisdiccionales por las que se interpretasen las disposiciones de la CESL o de cualquier otra disposición del Reglamento. El objetivo de la Comisión era crear una base de datos con las Sentencias dictadas al respecto. Y ello, unido al hecho de que el artículo 4 de la CESL disponía que la normativa debía interpretarse de forma autónoma y de acuerdo con sus objetivos y principios subyacentes, sin recurrir a la normativa nacional que sería aplicable en ausencia de un acuerdo para utilizar la CESL ni a ninguna otra normativa. No obstante, apuntan los citados autores, y aquí compartimos tal opinión, que la garantía de la aplicación uniforme del instrumento opcional no hubiera sido completa sin que algún órgano judicial superior asumiera la competencia sobre su interpretación uniforme, lo que planteaba la cuestión del papel que hubiera correspondido al TJUE en el caso de que la Propuesta de Reglamento CESL hubiera sido finalmente aprobada¹²⁵⁶.

¹²⁵⁴ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2013(I), *Op. Cit.*, pág. 204-205.

¹²⁵⁵ WHITTAKER, S., “The Proposed “Commom European Sales Law”. Legal Framework and the Agreement of the parties”, *The Modern Law Review*, 75, 4, 2012, pág. 604.

¹²⁵⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, F.; OLARIU, O., 2013, *Op. Cit.*, pág. 12-13.

2.1. **Ámbito de aplicación.**

La estructura de la Propuesta de Reglamento CESL era, como comentaba ARROYO I AMAYUELAS, poco manejable y con una presentación confusa¹²⁵⁷, toda vez que se encontraba dividida en tres partes: por un lado, un Reglamento compuesto por dieciséis artículos que regulaba, principalmente, su ámbito de aplicación y el modo en el que las partes se podían acoger a la CESL, que hubiera sido de aplicación a todos los Estados miembros en cuanto entrara en vigor; por otro lado, un Anexo I con un conjunto de ciento ochenta y seis artículos que abarcaban el régimen jurídico común para la compraventa, que los contratantes podrían aplicar con carácter voluntario; y, por último, un Anexo II con una ficha informativa sobre la CESL a efectos de que los empresarios la facilitasen a los consumidores antes de la celebración del contrato¹²⁵⁸. Lo anterior, siguiendo a VELASCO SAN PEDRO, unido a la extensión desmesurada de la Propuesta podría, de salir adelante la misma, haber desalentado su utilización en la práctica, decantándose las partes por la aplicación de los modelos nacionales, en general, más simples¹²⁵⁹; y, hemos de añadir, modelos con los que hubieran estado más familiarizados.

A diferencia de los PECL, además la CESL no disponía de comentarios sobre el conjunto de normas y sobre la fundamentación u origen de los distintos artículos, que pudieran facilitar la interpretación y comprensión sobre las decisiones tomadas para regular las distintas materias, lo que consideramos que hubiera dificultado enormemente su aplicación en la práctica. No obstante, si se tiene en cuenta que el DCFR constituyó la “caja de herramientas” de la cual se extrajeron muchas disposiciones de la CESL, y que algunos miembros participaron en los dos grupos de redacción, podrían haber sido útiles los comentarios y declaraciones explícitas de los editores del DCFR a efectos de entender el fundamento de la regulación de la CESL.

Desde el punto de vista territorial, la CESL quería dar una respuesta directa y material a un supuesto de tráfico externo y estaba pensada para la especialidad que introducen dichas situaciones, siendo el elemento transfronterizo el aspecto fundamental de su ámbito de aplicación material¹²⁶⁰ –la Propuesta de Reglamento CESL también establecía que los Estados miembros debían tener libertad para decidir poner la CESL a disposición de las partes para su utilización en un marco totalmente nacional (artículo 4 y considerandos 13-15 del

¹²⁵⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 204.

¹²⁵⁸ El artículo 9 de la Propuesta de Reglamento establecía que, además de los deberes de información precontractual establecidos en la CESL, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, aquel debería alertar a éste, antes del acuerdo, acerca de la intención de aplicar dicha normativa, facilitándole la ficha informativa del Anexo II.

¹²⁵⁹ VELASCO SAN PEDRO, L.A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 473.

¹²⁶⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 36-37.

Reglamento)–. La naturaleza transfronteriza de un contrato debía evaluarse atendiendo a la residencia habitual de las partes en los contratos entre empresas. El momento relevante para realizar dicha evaluación sería el momento en que se acordase la utilización de la CESL. En los contratos entre una empresa y un consumidor se consideraba que el requisito de transnacionalidad se cumplía cuando la dirección general, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación indicada por el consumidor estuvieran situadas en un Estado miembro, pero no en el Estado en que el comerciante tuviera su residencia habitual (artículo 4 de la Propuesta de Reglamento). Además, la utilización de la CESL no se circunscribía a situaciones transfronterizas que implicasen únicamente a los Estados miembros, sino que también debía estar disponible para facilitar los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países. En caso de que intervinieran consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la CESL, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, como se ha expuesto anteriormente, estaría sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables. No obstante, hay que tener presente, como afirma VALPUESTA GASTAMINZA, que *“la aplicación a contratantes no comunitarios no deja de ser curiosa, pues no queda claro con base en qué competencia puede la Unión regular en esta materia, pero el Reglamento toma esta opción. Esto además, planteará problemas en función de posibles normas imperativas del país del contratante no comunitario”*¹²⁶¹.

El hecho de que la Propuesta estuviera pensada para situaciones transfronterizas, afirma ARROYO I AMAYUELAS, fue una decisión controvertida, porque lo lógico sería continuar pensando que el objetivo global tendente a la realización del mercado interior no podría conseguirse sin suprimir las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De otro modo, se correría el riesgo de fragmentar los mercados. Así, si una empresa deseara expandir sus negocios a otro Estado miembro de la UE, se hubiera visto obligada a operar con, por lo menos, dos regímenes distintos, según la modalidad de contratación doméstica o transfronteriza; es decir, como apunta VELASCO SAN PEDRO, los empresarios seguramente hubieran preferido utilizar un mismo régimen (que sería el nacional) para todas sus ventas, nacionales o transfronterizas, por el ahorro de costes de transacción que ello hubiera supuesto¹²⁶². Sostiene, pues, ARROYO I AMAYUELAS que la Propuesta sólo hubiera beneficiado a las empresas preferentemente multinacionales en condiciones de poder expandir sus negocios a distintos países a la vez, sobre todo gracias a las técnicas contratación en línea. No obstante, continúa, si tales compañías ya operaran a través de sucursales en los distintos Estados miembros, la CESL apenas hubiera tenido eficacia práctica¹²⁶³.

¹²⁶¹ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 206.

¹²⁶² VELASCO SAN PEDRO, L.A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 477.

¹²⁶³ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 221.

Dicho lo anterior, si bien es verdad que la propia Propuesta de Reglamento ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de la CESL a los contratos nacionales, disponiendo a tal efecto en el artículo 13 de la Propuesta de Reglamento que: “*Un Estado miembro podrá decidir que se pueda recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular: a) los contratos en los que la residencia habitual de los comerciantes o, en caso de un contrato entre un comerciante y un consumidor, la residencia habitual del comerciante, la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación estén localizadas en dicho Estado miembro*”. No obstante, en nuestra opinión habría que haber presenciado la puesta en práctica del Reglamento para saber si los Estados miembros hubieran hecho uso de tal posibilidad, que hubiéramos entendido recomendable a efectos de evitar que la aplicación de la CESL hubiera supuesto una mayor diversidad legislativa a escala nacional; aunque, siguiendo a VELASCO SAN PEDRO, hubiera bastado que sólo un Estado miembro hubiera hecho uso de tal facultad para que automáticamente se pudiera aplicar en los demás países, ya que el artículo 3.3 del RRI permite la elección de una legislación extranjera, excluyendo únicamente la aplicación de las leyes de policía del foro¹²⁶⁴.

Desde el punto de vista material, la CESL tenía por objeto la regulación de la venta de bienes muebles, incluida su fabricación o producción, incluyendo los contratos de suministro de contenidos digitales. Hay que puntualizar que la Resolución del Parlamento de 26 de febrero de 2.014 propuso la limitación del ámbito de aplicación a los contratos celebrados a distancia y, en particular, para la venta en Internet, así como al suministro a distancia y, en concreto, al suministro en línea, de contenidos digitales y servicios relacionados (enmiendas 1, 2, 8, 26 y 60). ARROYO I AMAYUELAS comenta, a este respecto y opinión con la que estamos de acuerdo, que limitar la aplicación de la CESL a la contratación a distancia hubiera sido contraproducente para los empresarios que utilizan varias técnicas de distribución y que tal enfoque debería haberse completado con reglas específicamente diseñadas para satisfacer las necesidades del comercio electrónico, por ejemplo en relación con determinado tipo de información precontractual o la determinación de los medios de comunicación a distancia que pueden ser utilizados; la introducción de normas sobre protección de datos, subastas por internet o servicios de pago. Sorprende, según esta autora, que el Parlamento europeo dejase incompleta su Propuesta, limitándose a sugerir la supresión de las normas sobre contratos dentro y fuera de establecimiento comercial¹²⁶⁵.

Además, la Resolución de 26 de febrero de 2.014 también incluyó que pudiera recurrirse a la CESL para regular un contrato vinculado a otro contrato entre las mismas partes que no fuera

¹²⁶⁴ VELASCO SAN PEDRO, L.A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 478.

¹²⁶⁵ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 216.

un contrato de compraventa, un contrato para el suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados; así como para regular un contrato que incluyera cualquier elemento que no fuera la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales o la prestación de servicios relacionados, a condición de que dichos elementos fueran divisibles y de que se les pudiera asignar un precio (enmiendas 11 y 64).

La CESL se dividió en ocho partes, dos de las cuales (IV y V) contenían normas específicas relativas al contrato de compraventa: “Parte IV: Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales” y “Parte V: Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados”, mientras que el resto de partes contenía normas aplicables a los contratos en general; si bien, su contenido no afectaba, por ejemplo, a las normas relativas a la representación legal, argumentando que se trataba de un ámbito en el que era menos probable que se planteasen litigios. En concreto, la “Parte I: Disposiciones Preliminares”, incluía principalmente la regulación de los principios generales (libertad de contratación, buena fe contractual y cooperación), de su interpretación conforme a sus objetivos y principios subyacentes, la explicación de la condición de razonable, la forma de los contratos, las cláusulas no negociadas individualmente y el cómputo del tiempo. La “Parte II: Carácter vinculante de un contrato” comprendía disposiciones sobre los requisitos relativos a la información precontractual y los deberes de las partes; los requisitos para la celebración de un contrato; el derecho de los consumidores de desistir de los contratos celebrados a distancia o negociados fuera de los establecimientos comerciales; y, los vicios del consentimiento. La “Parte III: Evaluación del contenido del contrato” comprendía normas relativas a la interpretación de los contratos, a su contenido y efectos, así como a las cláusulas abusivas. La “Parte VI: Indemnización por daños y perjuicios e intereses” recogía reglas generales sobre el resarcimiento de los daños y sobre los intereses de mora; mientras la “Parte VII: Restitución” concernía a aquello que se debe restituir en caso de nulidad o ejecución de un contrato. Y, la “Parte VIII: Prescripción” regulaba los efectos del paso del tiempo sobre el ejercicio de los derechos derivados de un contrato. Apunta PETRUCCI que, sin embargo, en relación con las obligaciones del vendedor y del comprador, también se ofrecían disposiciones básicas sobre el cumplimiento de los contratos, como aquellas relativas al cumplimiento por un tercero y las formas de cumplimiento¹²⁶⁶. Por tanto, aunque la CESL parecía regular sólo el contrato de compraventa a distancia y los servicios relacionados, los ochenta y seis primeros artículos constituyeron una teoría general aplicable a cualquier contrato¹²⁶⁷, que entendemos que debería haberse presentado como tal, esto es, como una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, no sólo aplicable al contrato de compraventa, sin perjuicio de que la CESL tendiera a la regulación de este tipo de contrato de forma específica.

¹²⁶⁶ PETRUCCI, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 90.

¹²⁶⁷ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 211.

Además, la Resolución de 26 de febrero de 2.014 especificó las materias a las que sería aplicable la CESL. En concreto, en su enmienda 75 añadió un artículo 11 bis que establecía que las cuestiones reguladas por la CESL abarcaban: (a) las obligaciones precontractuales de facilitar información; (b) la celebración de un contrato, incluidos los requisitos formales; (c) el derecho de desistimiento; (d) la anulación del contrato por motivos de error, dolo, amenazas o explotación injusta y las consecuencias de dicha anulación; (e) la interpretación; (f) los contenidos y efectos, incluidos los del contrato pertinente; (g) la evaluación y los efectos del carácter abusivo de las cláusulas contractuales; (h) los derechos y las obligaciones de las partes; (i) las resoluciones por incumplimiento; (j) la restitución después de la anulación o resolución o en caso de un contrato no vinculante; (k) la prescripción y extinción de los derechos; (l) las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de los deberes y las obligaciones que se derivan de su aplicación. No obstante, también especificó las materias a las que no sería aplicable esta normativa y que debería regirse por la normativa nacional aplicable de acuerdo con las normas sobre conflictos de leyes (como la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la pluralidad de deudores y acreedores, la compensación y la concentración, la creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos; el Derecho de Propiedad Intelectual y el Derecho de Faltas, incluida la cuestión de si pueden acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual).

Explica ARROYO I AMAYUELAS que la CESL no regulaba todas las materias que idealmente formarían parte de un Código, ni siquiera uno sectorial de contratos, toda vez que sólo contenía los tipos contractuales que, según la Comisión, eran más relevantes en las transacciones económicas transnacionales: en particular, la venta. Además, no proporcionaba un cuerpo uniforme de reglas aplicables al ciclo de vida del contrato, porque sólo incluía la mayoría de los ámbitos que son pertinentes a la hora de celebrar contratos transfronterizos. Y no sólo eso, sino que la CESL también fue criticada por ser su regulación excesivamente larga y por la falta de calidad técnica de sus contenidos. Según esta autora, las reglas de la CESL eran incompletas, a veces poco consistentes y, en ocasiones, resultaban complejas. Así las cosas, este ámbito material de aplicación tan limitado mereció severas críticas¹²⁶⁸.

Por otra parte, la CESL estableció que las cuestiones que hubieran tenido cabida en su ámbito de aplicación, pero que no estaban expresamente resueltas en ella, debían resolverse ajustándose a sus objetivos, a sus principios subyacentes y a todas sus disposiciones, sin recurrir a la normativa nacional que sería aplicable en ausencia de un acuerdo para utilizar la CESL ni

¹²⁶⁸ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 211-213; FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 34.

a ninguna otra normativa (artículo 4 de la CESL). Lo anterior evidencia que la pretensión del legislador comunitario era garantizar una aplicación uniforme de la CESL en todos los Estados miembros, tratando de evitar en la medida de lo posible una interpretación “nacional” de sus preceptos. Sin embargo, según SÁNCHEZ LORENZO, y aquí estamos de acuerdo, dicha pretensión distaba mucho de ser realista, teniendo en cuenta que el texto europeo no había incidido ni desarrollado convenientemente un catálogo de principios básicos del Derecho Contractual, del que se sirve cualquier sistema jurídico para integrar las lagunas y merecer, precisamente, el nombre de “sistema”¹²⁶⁹. Por el contrario, la CESL hacía referencia escueta a una serie de principios que habría que tener en cuenta en su aplicación. Así, se basaba en el principio de libertad de contratación, de modo que la autonomía de las partes se limitaba únicamente en la medida en que fuera indispensable; y, en particular, por motivos de protección de los consumidores (considerando 30 del Reglamento y artículo 1 de la CESL). Además, la CESL se guiaba por el principio de buena fe contractual a la hora de decidir la forma en que han de cooperar las partes, no pudiéndose establecer excepciones a dicho principio. El incumplimiento del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual impediría a la parte incumplidora el ejercicio de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podría hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte (artículo 2 de la CESL). Las partes estarían obligadas a cooperar entre sí en la medida en que cupiera esperar dicha cooperación para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (artículo 3 de la CESL).

Desde el punto de vista personal, la CESL en un principio propuso regular todas las transacciones entre empresas y consumidores y los contratos entre comerciantes cuando al menos una de las partes fuera una PYME, aunque la Resolución del 26 de febrero de 2014 introdujo en su enmienda 70 la extensión del ámbito de aplicación a los contratos entre todo tipo de empresas, sin diferenciar si eran PYMEs o no. Señala CERVILLA GARZÓN que lo anterior hubiera sido perjudicial para las PYMEs, ya que la redacción original de la CESL las protegía equiparándolas al consumidor (aunque no con igual nivel, pues el texto de la CESL en algunos casos diferenciaba el régimen aplicable entre consumidor y PYME); si bien las enmiendas propuestas le otorgaron un nivel de protección igual al de no consumidor, eliminando esa consideración de “sujeto débil”¹²⁷⁰. Además, indica ARROYO I AMAYUELAS que tampoco es explicable por qué la CESL no podía servir para regular las ventas concluidas entre particulares a través de plataformas como *e-bay*, ni queda claro por qué ni siquiera se preveía que esa opción pudiera ser ofrecida por los Estados miembros¹²⁷¹. En nuestra opinión, la CESL debería haber

¹²⁶⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 53.

¹²⁷⁰ CERVILLA GARZÓN, M.D., “A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa”, *InDret*, 3, 2015, pág. 4-5.

¹²⁷¹ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 224.

sido aplicable a todo tipo de partes contractuales, sin diferenciar entre empresa y consumidor y siendo aplicable a las operaciones entre particulares, lo que no obsta a que también hubiera sido necesaria una unificación de la legislación comunitaria en materia de Derecho Contractual de Consumo de forma complementaria.

Según VALPUESTA GASTAMINZA, la Propuesta de Reglamento CESL apostaba por unas reglas especiales para consumidores pero integradas en la regulación general del Derecho Privado. Se intentó mostrar así que se consideraba precisa una especial protección al interés del consumidor, lo que podría haberse hecho mediante la introducción de reglas especiales, pero no era necesaria la creación de todo un conjunto de normas paralelas más proteccionistas que las generales, opinión con la que estamos de acuerdo en línea con lo comentado anteriormente. En muchos casos la combinación de intereses contenida en la norma general es la situación de equilibrio, por lo que no resulta preciso distinguir si la contraparte es consumidor, PYME o, incluso, gran empresa. Además, resulta relevante indicar que muchas de las soluciones generales se basaron en reglas que, hasta ahora, se habían enunciado en las Directivas de protección de consumidores, por ejemplo: la exigencia de “conformidad” de la prestación fundamental, formulada en la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (Directiva VBC, 1.999); o bien, en relación con las “cláusulas contractuales no negociadas individualmente”, cuyos requisitos se encuentran recogidos en la Directiva sobre las cláusulas abusivas (1.993) cuando son pactadas con consumidores. No obstante, la Propuesta de Reglamento CESL partió de esas normas e intentó generalizarlas para todo tipo de contrapartes. Según este autor, esa generalización muestra que esas reglas, enunciadas hasta ahora sólo para consumidores, son más bien reglas generales propias de una contratación que responda a los principios de transparencia y buena fe, de una contratación sometida a los principios del mercado; que si hasta ahora se recogían en Directivas para consumidores no es porque recogieran principios de consumo, sino porque la única regulación sobre Derecho Privado realizada por las Instituciones de la UE era en materia de protección de consumidores. No obstante, mantiene VALPUESTA GASTAMINZA que son reglas que, en general, se derivan del equilibrio de los intereses en juego en todo contrato¹²⁷².

SÁNCHEZ LORENZO, por su parte, apuntó que la Propuesta de Reglamento CESL arrastró el mismo error que aqueja a todos los intentos de unificación del Derecho Contractual europeo desde sus inicios, es decir, el empeño de unificar el régimen de los contratos celebrados con consumidores y los contratos comerciales. En estos últimos, incluso tratándose de PYMEs, en su opinión, no parece que encajen las normas intervencionistas y proteccionistas que son propias de los contratos celebrados por consumidores. Asimismo, sostuvo que no se consideró correctamente la cuestión de la competitividad entre ordenamientos, dado su ámbito de

¹²⁷² VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 210-211.

aplicación territorial y material limitado, su alcance indefinido, sus numerosos interrogantes e indefiniciones; y, en especial, la inseguridad jurídica que provoca su interrelación con las normas de DIPr. Según este autor, bastaba con contemplar las reglas vagas e imprecisas de interpretación del contrato, para comprender que, en términos de seguridad jurídica, la oferta de la CESL no resultaba atractiva en las relaciones comerciales internacionales y que difícilmente podría competir con las opciones tradicionales en las relaciones transfronterizas¹²⁷³.

Respecto de la cuestión de la competitividad entre ordenamientos, según WULF, hay que considerar que existe una especie de relación de competencia entre los Derechos Contractuales de los distintos Estados miembros. La diversidad jurídica ha fomentado la innovación legal y, por tanto, ha contribuido positivamente al desarrollo del Derecho Contractual europeo. Así, los distintos Derechos Contractuales satisfacen mejor las diversas preferencias de los ciudadanos, pero esta diversidad jurídica también aumenta los costes de transacción en el mercado interior. Si bien, existe una falta de consenso en cuanto a si deben realizarse esfuerzos de unificación para reducir los costes de transacción o si debe mantenerse la diversidad de leyes para mantener la innovación jurídica y la satisfacción óptima de las preferencias. Estos desacuerdos tienen su origen principalmente en la diferente ponderación de los beneficios y los costes de la unificación frente a los de la competencia legislativa. Sin embargo, hasta la fecha no se ha desarrollado ningún modelo completo que analice el efecto de un Código Contractual europeo facultativo sobre la competencia entre los distintos Estados miembros en el Derecho Contractual europeo. Aunque no está claro hasta qué punto la competencia legislativa en el Derecho contractual europeo tiene lugar, WULF consideró que este análisis era indispensable para predecir correctamente los efectos económicos que tendría la introducción de un instrumento de características tales como la CESL. En este sentido, consideraba este autor que la principal ventaja económica de la CESL era que hubiera permitido a las empresas evitar tener que lidiar con las disposiciones obligatorias de diferentes jurisdicciones europeas. Sin embargo, la capacidad de la CESL de ofrecer un conjunto de disposiciones obligatorias a las partes contratantes en las transacciones transfronterizas entre empresas y consumidores podría haber debilitado la competencia y, en última instancia, desalentado la innovación jurídica¹²⁷⁴.

Además, como destaca ARROYO I AMAYUELAS, el sistema de la CESL hubiera introducido complejidad, pues, de entrada, el empresario solo hubiera ofrecido la CESL previa comparación con la norma aplicable por defecto. En contratos B2C, debía obtenerse expresamente el consentimiento del consumidor y confirmarlo en un soporte duradero, porque la opción de contratar con él no podía incluirse en las condiciones generales de la contratación.

¹²⁷³ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 59.

¹²⁷⁴ WULF, A.J., 2014, *Op. Cit.*, pág. 141, 157, 158.

Adicionalmente, debía preparar un folleto con la información sobre la naturaleza y características de la CESL. Así las cosas, comenta esta autora, no es seguro que los costes invertidos en el conjunto de tales operaciones fueran necesariamente inferiores a las ventajas que se pudieran obtener. Asimismo, considerando su ámbito de aplicación material y territorial limitado, la CESL no podría regular todos los contratos relevantes de una misma empresa. Y, en caso de que el contrato pudiera regirse por la CESL, también habría cuestiones que quedarían sujetas al Derecho nacional por no encontrarse reguladas en la CESL. Dice ARROYO I AMAYUELAS que tampoco es verosímil pensar que el empresario aceptase de buen grado reglas imperativas en contratos B2B, ni que pudiera sentirse cómodo con la CESL antes de que exista un cuerpo sólido de doctrina y jurisprudencia¹²⁷⁵; y ello, más teniendo en cuenta que la CESL no venía acompañada de comentarios y ejemplos de sus redactores, como en el caso de los PECL, que pudieran facilitar su interpretación y puesta en práctica.

En nuestra opinión, el limitado ámbito de aplicación de la CESL hubiera supuesto una dificultad adicional a su puesta en práctica, toda vez que: (i) desde el punto de vista territorial, la CESL debería haberse implantado tanto para regular supuestos de tráfico externo como interno; (ii) desde el punto de vista material, debería haberse presentado como una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, no sólo aplicable al contrato de compraventa, sin perjuicio de que la CESL tendiera a la regulación de este tipo de contrato de forma específica; y, (iii) desde el punto de vista personal, debería haber sido aplicable a todo tipo de partes contractuales, sin diferenciar entre empresa y consumidor y siendo aplicable a las operaciones entre particulares, lo que no obsta a que también hubiera sido necesaria una unificación de la legislación comunitaria en materia de Derecho Contractual de Consumo de forma complementaria. Y lo anterior unido a la complejidad que hubiera supuesto la interpretación y puesta en práctica del instrumento, dada la falta de comentarios y explicaciones de sus autores sobre los distintos artículos, así como la dificultad que hubieran tenido los propios Tribunales nacionales para interpretar su articulado sin recurrir a interpretaciones propias del Derecho nacional.

2.2. Carácter facultativo y requisitos para la aplicación de la CESL.

La CESL contemplaba que las partes pudieran acordar que la misma regulase sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entrasen dentro de su ámbito personal, material y territorial (artículo 3 del Reglamento). Este acuerdo era indispensable para la aplicación de la CESL (artículo 8 del Reglamento). En la práctica, como generalmente es el comerciante quien propone el uso de la CESL, se exigían los siguientes requisitos para considerar válido el acuerdo: (i) que

¹²⁷⁵ ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 227.

fuera una elección consciente, esto es, que los consumidores debían ser plenamente conscientes del hecho de estar aceptando utilizar disposiciones distintas de las de su legislación nacional en vigor. En consecuencia, el consentimiento del consumidor solo debía ser admisible si se expresaba en forma de declaración explícita separada de la declaración por la que se manifestase el acuerdo a la celebración del contrato (artículo 8.2 y considerando 22 del Reglamento); y, (ii) que fuera una elección bien fundada, de forma que el comerciante no solo debía alertar al consumidor sobre el uso previsto de la CESL, sino que debía facilitar además información sobre su naturaleza y sus principales características. Con el fin de facilitar esta labor, los comerciantes debían proporcionar a los consumidores la ficha informativa estándar prevista en el Anexo II a la Propuesta de Reglamento (artículo 9 y considerando 23 del Reglamento).

La CESL sólo sería de aplicación en aquellos casos en que resultase aplicable al contrato la ley de un Estado miembro. En este sentido, la elección de la CESL requería venir acompañada de una elección de la ley aplicable, que podría plantear un problema si, en defecto de dicha elección, las normas del RRI designaran la aplicación de la ley de un tercer Estado, lo que podría conllevar inseguridad jurídica para las partes¹²⁷⁶.

Si bien, WHITTAKER consideró que este sistema no estaba claro e incluso, en el caso de los consumidores, era insatisfactorio. Opinión que compartimos, pues estimamos que el sistema hubiera sido demasiado complejo, aumentado los requisitos en el proceso de contratación, sobre todo en el caso de contratos B2C; es decir, la aplicación de la CESL requeriría un primer acuerdo para elegir la ley aplicable, un segundo acuerdo aplicar la CESL y un tercer acuerdo que sería el contrato entre las partes en sí mismo. Además, existirían dos conjuntos diferentes de deberes de información del comerciante hacia el consumidor: en primer lugar, los especiales que se encuentran en la ficha informativa contenida en el Anexo II; y, en segundo lugar, los generales que se encuentran en el artículo 13 de la propia CESL y que se aplican en virtud del artículo 8.1 de la Propuesta de Reglamento. Según GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, la exigencia de esta advertencia especial a los consumidores, como si la CESL fuera un régimen más arriesgado que los regímenes nacionales, no resultaba razonable, pues aumentaba su coste de utilización –sobre todo en los contratos *online*– y disuadía en alguna medida su uso. Tampoco parecía una buena idea, según estos autores, la regulación en el Anexo II de información estandarizada para el consumidor, pues pecaba por exceso –los consumidores no suelen leer tales avisos– y por defecto –para ser informativo debiera compararse con el régimen aplicable en defecto de la CESL–¹²⁷⁷. También podría ser que los consumidores optaran por no aplicar la

¹²⁷⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 43.

¹²⁷⁷ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, 1, 2012, pág.13.

CESL y aplicar al contrato la legislación de su residencia habitual, lo que supondría que las ventajas de ahorro de costes para el comerciante se verían totalmente mermadas. Lo anterior podría haber desincentivado a las empresas a recurrir a la CESL como ley aplicable a los contratos incluidos en su ámbito material. Asimismo, como apunta WHITTAKER, la Propuesta requería que el acuerdo para aplicar la CESL se sometiera a la propia CESL, aunque este acuerdo no fuera un acuerdo incluido dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento CESL¹²⁷⁸, lo que pone de manifiesto de nuevo el complejo sistema de contratación que hubiera implantado la CESL.

Respecto a los contratos B2B, se hubiera podido plantear un conflicto de compatibilidad de la CESL con la CVCIM, ya que la CESL contemplaba un criterio de aplicación similar al contenido en el artículo 1.1º.b) de la CVCIM, pero no habilitaba el supuesto de aplicación directa del artículo 1.1º.a), a lo que se añade la diferencia de que su incorporación al contrato exigía un *opting in*, mientras que la CVCIM contempla un *opting out*¹²⁷⁹. Según SÁNCHEZ LORENZO, la interpretación más razonable, para garantizar la confianza legítima de las partes, era considerar que las partes contratantes hubieran excluido la CVCIM por la elección de la CESL (considerando 25 de la Propuesta de Reglamento)¹²⁸⁰. Si bien, lo anterior suponía también un problema de interpretación de la CVCIM, pues la Propuesta de Reglamento interfería en el mecanismo de interpretación de un Tratado Internacional que exige que se tengan en cuenta sus propias normas (artículo 7 de la CVCIM). El carácter universal de la interpretación de la CVCIM se hubiera visto comprometido, por ende, por la falta de definición del considerando 25 de la Propuesta de Reglamento CESL, lo que podría haber supuesto una

¹²⁷⁸ WHITTAKER, S., 2012, *Op. Cit.*, pág. 596-597, 599, 601.

¹²⁷⁹ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 38.

¹²⁸⁰ De hecho, tal afirmación se puede inferir de la versión en inglés del considerando 25 de la Propuesta de Reglamento que establece que “*Where the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods would otherwise apply to the contract in question, the choice of the Common European Sales Law should imply an agreement of the contractual parties to exclude that Convention*” que traducido al español se leería como sigue: “*Cuando la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fuera aplicable al contrato en cuestión, la elección de la Normativa Común de Compraventa Europea implicaría un acuerdo de las partes contractuales para excluir dicha Convención*” –traducción propia a efectos informativos–. Si bien, dicha traducción es distinta a la versión española de la Propuesta de Reglamento que exige un acuerdo de las partes para excluir la CVCIM: “*Cuando sea aplicable a un contrato la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la elección de la Normativa Común de Compraventa Europea debe requerir un acuerdo de las partes contratantes para excluir la aplicación de dicha Convención*”. Sostiene SÁNCHEZ LORENZO que, de la comparación de la versión española con otras versiones, parece claro que la versión incorrecta es la española y que la intención de la Propuesta fue excluir la CVCIM cuando las partes contratantes hubiera escogido la CESL; según SÁNCHEZ LORENZO, S., 2013(I), *Op. Cit.*, pág. 199-200.

serie de conflictos y posibles incumplimientos de las obligaciones internacionales, además de sembrar la inseguridad jurídica¹²⁸¹.

En definitiva, en nuestra opinión existían serias deficiencias para la implantación de la Propuesta de Reglamento CESL y su puesta en práctica, que hubiera sido necesario revisar y solucionar con carácter previo a su aprobación final. Dicho lo anterior, también consideramos que la Propuesta fue el primer intento de promulgar un conjunto de normas de Derecho Contractual en la UE y que, si bien adolecía de una serie de incongruencias (como, entre otras, las relativas a la definición de su ámbito de aplicación, interpretación, puesta a disposición de las partes y su relación con otros instrumentos internacionales, como la CVCIM) que podían implicar un aumento de inseguridad jurídica, también estimamos que una vez solucionadas podría haber contribuido a facilitar la conclusión de contratos entre partes situadas en distintos Estados miembros de la UE. Debemos tener en cuenta que tal revisión hubiera requerido invertir tiempo y una investigación en mayor profundidad tanto en lo que respecta a la implantación del Reglamento y a la utilización de la CESL como ley aplicable a los contratos, como a su contenido material.

2.3. Concepto de contrato.

La CESL define el “contrato” como “*un acuerdo destinado a generar obligaciones u otros efectos jurídicos*” (artículo 2 (a) de la CESL). En la misma línea que el artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT, el artículo 14 de la CVCIM y el artículo 2:101 de los PECL, la CESL establece la validez del mero acuerdo cuando las partes tienen la intención de vincularse jurídicamente y alcanzar un acuerdo suficiente, sin necesidad de ninguna otra condición. Por tanto, igual que en los PECL, en la concepción de la CESL, todos los contratos son consensuales, es decir, no hay una categoría de contratos que deban entenderse formados por requisitos adicionales como puede ocurrir con los llamados “contratos reales”; en que se exige, en determinados ordenamientos, la entrega de la cosa para que las obligaciones contractuales puedan entenderse surgidas.

La CESL se basa en el principio de libertad contractual, por lo que las partes serán libres de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, sin perjuicio de las normas imperativas aplicables (artículo 1.1 de la CESL). Asimismo, las partes tienen libertad para excluir la aplicación de cualesquiera de las disposiciones de la CESL, así como introducir excepciones o modificar sus efectos, salvo que en dichas disposiciones se disponga lo contrario (artículo 1.2 de la CESL). Si bien, cada parte tendrá el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual. El incumplimiento de este deber podrá impedir a la parte

¹²⁸¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2013(I), *Op. Cit.*, pág. 200.

incumplidora el ejercicio o la invocación de los derechos, remedios o medios de defensa que, en otro caso, tendría, o podrá hacerla responsable por cualquier pérdida causada a la otra parte. Las partes no podrán excluir la aplicación del precepto, ni introducir excepciones o modificar sus efectos (artículo 2 de la CESL).

2.4. Requisitos del contrato.

La CESL exige como requisitos para entender que existe un contrato: (i) que las partes alcancen un acuerdo; (ii) que las partes tengan la intención de que el acuerdo tenga efecto jurídico –intención que se determinará a partir de sus declaraciones o su conducta¹²⁸²–; y, (iii) que el acuerdo tenga el contenido y certeza suficientes como para que se le dote de efecto jurídico (artículo 30.1 y 3 de la CESL). Como se ha adelantado, la CESL no exige requisito alguno de entrega, forma, objeto, causa ni *consideration* para la validez del contrato. De este modo, la CESL permite, por ejemplo, que cuando el precio no pueda determinarse de otro modo, el precio pagadero será el que normalmente se hubiera pagado en circunstancias comparables en el momento de la celebración del contrato y si este no pudiera determinarse, un precio razonable (artículo 73 de la CESL, basado en el artículo II.-9:104 del DCFR –y, éste a su vez en el 6:104 de los PECL–). Además, los artículos 74 y 75 de la CESL regulan la determinación unilateral por una de las partes y la determinación por un tercero, de forma similar a los artículos 6:105 y 6:106 de los PECL (artículos II.-9:105 y II.-9:106 del DCFR), tan sólo destacando que la CESL añade un nuevo factor a efectos de la determinación en los tres artículos considerados no contenido previamente en los PECL o DCFR, esto es, la referencia a “las circunstancias comparables en el momento de la celebración del contrato”; aunque se entiende que tal adición no sería estrictamente necesaria, por cuanto el concepto de razonable ya incluiría dichas circunstancias comparables en el momento de la celebración del contrato.

Siguiendo a PETRUCCI, la elección de la CESL indica una preferencia por aquellos ordenamientos jurídicos europeos (como el francés, el español y el italiano) donde existe un artículo del Código Civil con una lista precisa de los requisitos contractuales esenciales, alejándose en cambio de otros ordenamientos del sistema continental (como el alemán), donde

¹²⁸² El carácter objetivo de la intención de las partes fue una de las cuestiones más discutidas por el grupo de expertos pues, en las relaciones entre empresas y consumidores, es muy frecuente que los consumidores no sean conscientes de que están celebrando un contrato vinculante. El grupo de expertos se decantó, finalmente, por un estándar objetivo para determinar la intención de las partes, en la línea que habían adoptado el DCFR (artículo II.-4:102) y los PECL (artículo 2:102); según GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 16.

aquellos deben deducirse del régimen general del negocio jurídico o del acto jurídico o del contrato¹²⁸³.

SÁNCHEZ LERÍA dice que, aunque en todos los ordenamientos europeos se exige, de una forma u otra, la presencia del requisito de la determinación del contenido contractual, esta regulación se configuró de forma más cercana al sistema del *Common Law*, en el que no hay una regulación pormenorizada sobre el contenido mínimo que ha de fijarse en un acuerdo, ni sobre lo que se conoce como el “objeto” del contrato propio del *Civil Law*, si no que basta con que el convenio pueda ser ejecutado y, en su caso, pueda dar fundamento a una reclamación judicial. Así, tradicionalmente se ha exigido en este ordenamiento que el contenido del acuerdo quede determinado, de tal forma que exista suficiente certeza sobre los aspectos más relevantes que conforman el mismo. Este requisito de certidumbre determina que para que un acuerdo sea un verdadero contrato, deben resultar evidentes los términos del mismo de tal forma que si este requisito no se cumple, el acuerdo no es vinculante. Por otro lado, se ha indicado que la falta de suficiencia del acuerdo puede deberse, fundamentalmente, a dos causas: que el acuerdo resulte demasiado vago e impreciso o que éste resulte incompleto. En ambos casos, se incumple el requisito de la suficiencia y, en consecuencia, no existe un acuerdo jurídicamente vinculante¹²⁸⁴.

2.5. Los vicios del consentimiento.

Un contrato será nulo si adolece de uno de los vicios del consentimiento previstos en la CESL (error, dolo, amenazas o explotación injusta).

2.5.1. Error.

Según el artículo 48.1 de la CESL (basado en el artículo II.-7:201 del DCFR –y éste a su vez en el 4:103 de los PECL–), una parte puede anular un contrato no sólo por error de hecho, sino también de Derecho, en contraste con aquello establecido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, que generalmente admiten solo el primero (por ejemplo, el artículo 1.429 del Código Civil italiano)¹²⁸⁵. Ahora bien, un contratante puede solicitar la anulación solo si: (a) la otra parte sabía o podía esperarse que supiera que la víctima del error, si no hubiera existido dicho error, no hubiera celebrado el contrato; y (b) la otra parte: (i) provocó el error; (ii) es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con alguno de sus deberes en materia de información precontractual; (iii) sabía

¹²⁸³ PETRUCCI, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 98.

¹²⁸⁴ SÁNCHEZ LERÍA, R., 2014, *Op. Cit.*, pág. 7-8.

¹²⁸⁵ PETRUCCI, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 98.

o cabía esperar que supiera de la existencia del error y es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas, al no comunicar la información pertinente, siempre y cuando la buena fe contractual hubiera exigido que la parte conocedora del error la comunicara; o, (iv) incurrió en el mismo error. Se acoge, pues, un planteamiento subjetivo del error al admitir que puede anularse el contrato si el error sufrido ha sido tan significativo y determinante que la víctima, si no hubiese existido el error, no habría concluido el contrato. Cabe destacar que el artículo 48.1 de la CESL fue modificado por la enmienda 115 de la Resolución del 26 de febrero de 2.014, eliminando el último inciso del apartado (a) que establecía “(...) o solamente lo hubiera celebrado en condiciones sustancialmente diferentes”, constituyendo tal enmienda una diferencia respecto a la regulación contenida en el artículo 4:103 de los PECL que sí contempla la posibilidad de anulación del contrato como consecuencia del error sufrido, toda vez que la víctima, de conocer la verdad, hubiera celebrado el contrato en términos esencialmente diferentes. Como mantiene MESA MARRERO, la CESL adopta un criterio más restrictivo y excepcional en el tratamiento del error que otros textos precedentes del Derecho Contractual europeo, limitando considerablemente las causas de impugnación por error¹²⁸⁶.

Sin embargo, junto a esta “esencialidad subjetiva” se exige también un criterio objetivo para valorar la relevancia del error, el conocimiento de dicha esencialidad por la otra parte; es decir, la CESL exige, en el apartado (b) del artículo 48.1, como requisito adicional para que el error tenga eficacia invalidante, que padecido sea imputable a la otra parte contratante o sea un error común¹²⁸⁷. El subapartado (b) (i) de dicho precepto, siguiendo el criterio del artículo II.-7:201 (1) (b) (i) del DCFR, atribuye al otro contratante la responsabilidad del error si lo provocó, a diferencia del artículo 4:103 de los PECL que no menciona expresamente la circunstancia de que el error haya sido provocado por la otra parte, pero no hay duda –señala MESA MARRERO– de que se refiere a esta conducta cuando señala que el error “*se debe a una información de la otra parte*” (artículo 4:103 (a) (i) de los PECL). El subapartado (b) (ii), coincidente también con el artículo II.-7:201 (1) (b) (iii) del DCFR, contempla el supuesto de un error provocado debido a una falta de cumplimiento de los deberes precontractuales de información, a diferencia del caso anterior en que el error viene provocado por una información errónea. El subapartado (b) (iii), por su parte, requiere el conocimiento del error por la otra parte contratante, por lo que debe tratarse de un error notorio o manifiesto. A diferencia del subapartado (ii) anterior, en este caso no hay obligación de informar; y, si bien el silencio de la otra parte al no comunicar la información pertinente no es propiamente la causa del error, incurre en responsabilidad por no advertirlo y permitir que el contrato se celebre en condiciones erróneas, si ello supone vulnerar el principio de buena fe que hubiera exigido que lo comunicara. Sin embargo, también hay que apuntar que, en determinados supuestos, puede

¹²⁸⁶ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 35.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, pág. 34, 36.

admitirse que una conducta omisiva sobre ciertos datos del negocio no resulta contraria a la buena fe contractual. Por otra parte, cabe mencionar que el error común previsto en el subapartado (b) (iv) del artículo 48.1 no se contempla en el Derecho español, pero sí es conocido en otros ordenamientos europeos –como en el inglés– para referirse a los casos en que ambas partes incurren en la misma creencia inexacta o defectuosa de la realidad que afecta a circunstancias que son motivo principal del negocio¹²⁸⁸. Aunque la CESL no define el error común, MORALES MORENO destaca que esta expresión suele utilizarse para indicar que “*los motivos erróneos de un contratante, al quedar incorporados al contrato como presuposiciones o causa concreta del mismo, son compartidos por ambos contratantes*”¹²⁸⁹.

El error regulado en el artículo 48.1 de la CESL es el conocido como “error vicio” que afecta a la formación de la voluntad contractual; mientras que el artículo 48.3 de la CESL regula el llamado “error obstativo”, al disponer que “*cualquier inexactitud a la hora de formular o transmitir una declaración se considerará un error de la persona que haya realizado o enviado la declaración*”. De este modo, siguiendo el mismo criterio que el artículo 4:104 de los PECL o el artículo II.-7:202 del DCFR, la CESL asimila el error obstativo al error vicio, por lo que ambos tipos de error podrían dar lugar a la anulación del contrato. Si bien, la CESL se distancia del artículo 4:103 (2) PECL y artículo II.-7:201 (2) del DCFR, al no mencionar expresamente la inexcusabilidad del error como causa que impide la anulación del contrato, sino que sólo dispone que “*una parte no podrá anular el contrato por error si dicha parte hubiera asumido el riesgo de error o, atendidas las circunstancias, debiera correr con el riesgo de error*” (artículo 48.2). No obstante, según MESA MARRERO, la inexcusabilidad tendría cabida en el supuesto previsto en el artículo 48.2 de la CESL, de modo que, si la valoración de las circunstancias determina que el contratante pudo haber evitado el error empleando la diligencia debida, deberá soportar ese riesgo de error¹²⁹⁰.

2.5.2. Dolo.

Una parte podrá anular un contrato, además, cuando la otra la haya inducido a celebrarlo mediante una declaración dolosa, sea de palabra o de acto, o porque le haya ocultado dolosamente alguna información que debería haber comunicado si hubiera actuado conforme a los principios de buena fe contractual o hubiera cumplido con su deber de información precontractual. A estos efectos, una declaración es dolosa si se hace con el conocimiento o en la creencia de que la declaración es falsa, o temerariamente en cuanto a su condición de

¹²⁸⁸ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 37-43.

¹²⁸⁹ MORALES MORENO, A.M., “De nuevo sobre el error”, *Anales de la Academia Matritense del notariado*, 55, 2015, pág. 724.

¹²⁹⁰ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 43-44, 46-47.

verdadera o falsa, y su finalidad es que el destinatario incurra en un error. La ocultación de información es dolosa si se hace con el propósito de inducir a la persona a la que se oculta a que cometa un error. Para determinar si, de acuerdo con la buena fe contractual, una parte tenía la obligación de comunicar a la otra una información concreta, tendrá que atenderse a todas las circunstancias, entre ellas: (a) si la parte tenía conocimientos especializados sobre la materia; (b) el coste que supone para la parte obtener la información pertinente; (c) la facilidad con la que la otra parte podría haber obtenido la información por otros medios; (d) la naturaleza de la información; (e) la importancia probable que aparentemente tenía dicha información para la otra parte; y, (f) en los contratos entre comerciantes, las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión (artículo 49 de la CESL modificado por las enmiendas 118 y 119 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014).

El contenido del artículo 49 de la CESL básicamente reproduce el texto del artículo II.-7:205 del DCFR (basado a su vez en el artículo 4:107 de los PECL): por una parte, completa las disposiciones más breves de muchos Códigos Civiles europeos (como el § 123 del BGB o los artículos 1.439-1.440 del Código Civil italiano); y de otra, simplifica el régimen jurídico del dolo, omitiendo la distinción entre *dolus causam dans* e *dolus incidens*. Con ello, apunta PETRUCCI, la CESL parece preferir la idea unitaria del dolo que se encuentra en las fuentes del Derecho Romano¹²⁹¹.

2.5.3. Amenaza y explotación injusta.

El artículo 50 de la CESL (basado en el artículo II.-7:206 del DCFR –y éste a su vez en el 4:108 de los PECL–) establece que una parte podrá anular un contrato cuando la otra parte haya inducido a su celebración mediante la amenaza de un daño ilícito, inminente y grave o de un hecho ilícito.

La CESL, en su artículo 51 (basado en el artículo II.-7:207 del DCFR –y éste a su vez en el 4:109 de los PECL–), también incluye la regulación de lo que denomina como explotación injusta, es decir, de aquellas situaciones en las que se da un abuso de debilidad, confianza o dependencia. En concreto, una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración: (a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y, (b) esta otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta. Si bien la regulación anterior parece acertada, se entiende que se ajusta más al contexto actual la regulación contenida en el artículo

¹²⁹¹ PETRUCCI, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 99.

4:109 de los PECL o en el artículo II.-7:207 del DCFR; toda vez que, en ambos textos, sus apartados (2) y (3) tienden a procurar la conservación del contrato en estos casos, teniendo el Juez la facultad de adaptar el contrato a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

En caso de que concurra uno de los vicios del consentimiento mencionados, la parte perjudicada tendrá derecho a anular el contrato. La anulación se efectuará mediante notificación a la otra parte, es decir, no es necesaria la intervención judicial (salvo que la otra parte manifieste su oposición a la misma, en cuyo caso la controversia deberá resolverse ejercitando la acción de anulación ante el Tribunal competente¹²⁹²), y sólo será efectiva si se realiza en el plazo de seis meses en caso de error; y, un año en caso de dolo amenazas y explotación injusta (a diferencia del artículo 4:113 los PECL o artículo II.-7:210 del DCFR que sólo exigen un plazo razonable), a contar ambos desde que la parte que anula el contrato haya tenido conocimiento de las circunstancias relevantes o se encuentre en situación de actuar libremente (artículo 52 de la CESL).

Cuando la parte que tenga derecho a anular un contrato, lo confirme, expresa o tácitamente, tras haber tenido conocimiento de las circunstancias relevantes o tras encontrarse en situación de actuar libremente, dicha parte ya no podrá anular el contrato (artículo 53 de la CESL, de forma similar al artículo 4:114 de los PECL y artículo II.-7:211 del DCFR).

Los contratos susceptibles de ser anulados serán válidos hasta el momento de su anulación, pero a partir de entonces serán declarados nulos con efecto retroactivo (artículo 54.1 de la CESL, similar al artículo II.-7:212 (1) del DCFR). La regla expuesta responde a la naturaleza y características de esta clase de invalidez, pues la anulación del contrato supone, como es sabido, el fin de una situación de eficacia claudicante y determina, a partir de ese momento, la invalidez definitiva, debiendo entonces restablecerse la situación anterior, lo que implica la restitución de las prestaciones efectuadas en virtud del contrato (artículo 54.3 de la CESL que remite a las normas sobre restitución del Capítulo 17 que regulan la cuestión de si las partes pueden reclamar la restitución de aquello que transmitieron o entregaron en virtud de un contrato anulado o una suma equivalente de dinero)¹²⁹³.

La parte que tenga derecho a anular el contrato estará legitimada, tanto si el contrato es anulado como si no, para solicitar a la otra parte una indemnización por cualquier pérdida sufrida a consecuencia del error, dolo, amenazas o explotación injusta, siempre que esta otra parte supiese o quepa esperar que supiese las circunstancias relevantes (artículo 55 de la CESL,

¹²⁹² MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 49.

¹²⁹³ *Ibid.*, pág. 50.

más breve que el artículo 4:117 de los PECL o el artículo II.-7:214 del DCFR)¹²⁹⁴ –regla que también es acogida por la jurisprudencia española¹²⁹⁵–. Por consiguiente, la parte perjudicada que tiene derecho a la anulación del contrato por la existencia de algún vicio de la voluntad también está legitimada para reclamar una indemnización que compense los daños sufridos a consecuencia de dicho vicio, siempre que concurren los requisitos señalados en el precepto. Aunque la CESL no establece un criterio para el cálculo de la indemnización, MESA MARRERO entiende que el alcance de la misma tendría como límite el interés negativo, tal y como indican los textos precedentes (artículo 4:117 (1) de los PECL y artículo II.-7:214 (1) del DCFR), pues se trata de reparar los perjuicios ocasionados a la víctima al haber celebrado un contrato con una información inexacta, por lo que la indemnización debe restablecer, en la medida la de lo posible, la situación que tendría de no haberse celebrado el contrato. Si bien, la CESL no prevé la posibilidad de reclamar la indemnización si no es procedente la anulación del contrato, a diferencia del artículo 4:106 de los PECL que sí reconoce el derecho a exigir indemnización cuando el contrato se celebra basándose en una información incorrecta dada por la otra parte, incluso cuando la información no haya provocado un error esencial, salvo que la parte que dio la información tuviera motivos para creer que la información era correcta¹²⁹⁶.

Por otro lado, y de la misma forma que el artículo 4:119 de los PECL y artículo II.-7:2016 del DCFR, el artículo 57 de la CESL establece la regla de compatibilidad entre remedios, es decir, si una parte está legitimada para ejercer uno los remedios previstos en caso de que tenga lugar un vicio del consentimiento, y también lo está para ejercer un remedio por incumplimiento, podrá utilizar cualquiera de dichos remedios. Opina MESA MARRERO que, ante esta pluralidad de remedios, los PECL, el DCFR y la CESL prevén una solución favorable a la

¹²⁹⁴ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 22.

¹²⁹⁵ Tribunal Supremo Español. Sentencia núm. 1/2007, de 18 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz. Fundamento Jurídico Tercero: “*Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había presentado la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses*”.

¹²⁹⁶ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 52, 54.

compatibilidad entre los remedios, reconociendo al perjudicado la posibilidad de optar por una u otra vía, confirmando así la tendencia del moderno Derecho Contractual en la materia¹²⁹⁷.

Por último, en cuanto a la actuación de terceros, cabe destacar que el texto original de la Propuesta de Reglamento CESL no tuvo en cuenta este aspecto; si bien, la enmienda 120 de la Resolución de 26 de febrero de 2014 proponía añadir un nuevo artículo 50 bis a efectos de establecer algunas reglas específicas en cuanto a los terceros, distinguiendo dos tipos de terceros (en la misma línea que el artículo 4:111 de los PECL): un tercero de cuyos actos responde una de las partes o que, con el consentimiento de dicha parte, participe en la ejecución de un contrato y cualquier otro tercero. En el primer caso, si el tercero comete un error, o sepa, o pueda esperarse que sepa, de su existencia, o sea culpable de dolo, amenazas o explotación injusta, se podrá recurrir a los remedios previstos para los vicios del consentimiento como si el comportamiento o el conocimiento hubieran correspondido a la persona con responsabilidad o que diera el consentimiento. Si bien, cuando una tercera parte de cuyos actos una persona no sea responsable o que no cuente con el consentimiento de dicha persona para participar en la ejecución de un contrato sea culpable de dolo o amenazas, se podrá recurrir a los remedios previstos cuando dicha persona sepa, o pueda esperarse razonablemente que sepa, los hechos en cuestión, o cuando en el momento de la anulación no actuara en consecuencia.

2.6. Formación del contrato.

En cuanto a las negociaciones y tratos previos a la celebración del contrato, la CESL incluyó una detallada regulación al respecto, considerando relevante la información que se debe facilitar con carácter previo a la celebración de un contrato. Estos deberes de información, como dice LARA AGUADO, pretenden corregir el desequilibrio informativo que tienen las partes, obligando a la que se encuentra en una situación de superioridad a proporcionar determinadas informaciones a la otra parte. En concreto, en las relaciones entre un comerciante y consumidor, se establecieron específicos deberes de información (artículo 13), debiendo proporcionarse, entre otros datos, las características principales de los bienes, de los contenidos digitales o de los servicios relacionados que se hayan de suministrar (artículo 13.1.a) de la CESL); el precio total y las cargas adicionales de transporte, entrega o postales y costes adicionales (artículo 13.1.b) y 14 de la CESL); la identidad y la dirección del comerciante (artículo 13.1.c) y 15 de la CESL); las cláusulas contractuales, incluyendo las modalidades de pago, entrega de los bienes, etc. (artículo 13.1.d) y 16 de la CESL); existencia de derecho de desistimiento (artículo 13.1.e) y 17 de la CESL); cuando proceda, la existencia y las condiciones de la asistencia posventa del comerciante al cliente, los servicios posventa, las garantías comerciales y el sistema de tratamiento de las reclamaciones (artículo 13.1.f) de la CESL), etc. Otros deberes de

¹²⁹⁷ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.*, pág. 59.

información se imponen recíprocamente a ambas partes contratantes para que colaboren entre ellas, ya que no existe una posición asimétrica entre ambas, sino conocimientos diferentes¹²⁹⁸. Así, antes de la celebración de un contrato entre comerciantes, el proveedor tendría la obligación de revelar por cualquier medio adecuado cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que tuviera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte. Para determinar si se exige que el suministrador revele cualquier información, debían considerarse todas las circunstancias y, en especial: (i) si el suministrador tenía conocimientos especializados en la materia; (ii) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; (iii) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; (iv) la naturaleza de la información; (v) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y, (vi) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión (artículo 23 de la CESL). Además, la CESL regulaba los deberes de información en los contratos celebrados por medios electrónicos. El comerciante debía acusar recibo por vía electrónica y sin demora indebida de la oferta o la aceptación enviada por la otra parte. Además, cuando un contrato celebrado por medios electrónicos obligase al consumidor a realizar un pago, el comerciante debía poner en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, principalmente, la información relativa al precio y cargas y modalidades de pago (artículo 24 y 25 de la CESL). *A sensu* contrario, en las relaciones entre profesionales podía admitirse la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del empresario que infringiera sus deberes de información precontractual¹²⁹⁹.

La carga de la prueba de haber facilitado la información requerida recaería en el comerciante (artículo 21 y 26 de la CESL). Las partes no podrían excluir la aplicación de las normas referidas a la información contractual exigida, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor (artículo 22 y 27 de la CESL). Una parte que hubiera incumplido cualquier deber de información respondería de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento. Cuando el comerciante no cumpliera los requisitos de información sobre cargas u otros costes adicionales, o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados, el consumidor no debería abonar dichas cargas u otros costes adicionales. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrían excluir los deberes de información, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor (artículo 29 de la CESL).

¹²⁹⁸ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 26.

¹²⁹⁹ *Ibid.*, Apdo. 26.

No obstante todo lo anterior, siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, es preciso tener en cuenta que las reglas contenidas respecto a la información precontractual que el comerciante debiera facilitar al consumidor y a la responsabilidad por incumplir estas exigencias en los tratos o negociaciones previas a la celebración del contrato hubieran podido plantear problemas de interacción tanto con el Reglamento Roma I (RRI) relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales como con el Reglamento Roma II (RRII)¹³⁰⁰ relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales¹³⁰¹, por cuanto se trata de una cuestión excluida del ámbito del RRI, según su artículo 1.2.i (“*Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato*”); si bien, abarcada por el artículo 12 del RRII (“*La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado*”)¹³⁰².

En este sentido, el Parlamento europeo intentó aclarar la situación sobre la legislación aplicable durante las negociaciones para la celebración de un contrato, añadiendo un nuevo artículo 11.1 bis (enmienda 74 de la Resolución del 26 de febrero de 2.014) que disponía en su párrafo primero: “*Cuando las partes celebren negociaciones o tomen medidas preparatorias para la celebración de un contrato con referencia a la normativa común de compraventa europea, dicha normativa regirá igualmente el cumplimiento de la obligación precontractual de facilitar información y los remedios en caso de incumplimiento, así como otras cuestiones de importancia antes de la celebración de un contrato*”. Es decir, la CESL hubiera sido aplicable también a la fase precontractual; si bien, especificaba en su párrafo segundo que tal aplicación hubiera sido “*sin perjuicio de la legislación aplicable en virtud de la normativa pertinente en materia de conflicto de leyes en aquellos casos en los que el comerciante haya hecho asimismo referencia a otros regímenes jurídicos*”. Si bien, tal modificación no hubiera aclarado la situación; pues, en virtud de dicho párrafo segundo, el RRII podría haber sido aplicable igualmente.

¹³⁰⁰ Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DOUE núm. 199, de 31 de julio de 2007).

¹³⁰¹ El propio considerando 10 de la Propuesta de Reglamento CESL hacía referencia a la aplicación del RRII: “*El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) núm. 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento (CE) núm. 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes (...)*”.

¹³⁰² SÁNCHEZ LORENZO, S., 2011, *Op. Cit.*, pág. 38.

Por otra parte, y entrando ya en la cuestión de formación del contrato, la CESL entiende que el contrato se alcanza por la aceptación de la oferta (artículo 30.2 de la CESL). El artículo 34 establece que “(1) *Constituirá aceptación cualquier declaración o conducta del destinatario de la oferta que indique conformidad con ella; (2) El silencio o la falta de actuación no constituirán por sí mismos aceptación (...)*”, similar al artículo II.-4:204 del DCFR; modificado por la enmienda 110 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014, añadiendo que “*En particular, en caso de entrega de bienes, suministro de contenidos digitales o prestación de servicios conexos no solicitados, la falta de una respuesta por parte del consumidor no supone su aceptación*”, demostrando el acento de la CESL en la protección al consumidor en relación a las prácticas comerciales de hoy en día que pueden llevar a ofrecer servicios y bienes no solicitados por los consumidores, por lo que una falta de respuesta no debe entenderse como aceptación de tales servicios.

Siguiendo la tendencia de otros textos de unificación, la CESL también prevé ciertas normas sobre la efectividad de las aceptaciones tardías. De este modo, una aceptación tardía valdrá como verdadera aceptación si el oferente, sin demora, comunica al destinatario que la admite como tal. Asimismo, cuando una carta u otra comunicación contenga una aceptación tardía y pueda demostrarse que se envió en tales circunstancias que, si la transmisión se hubiera producido de forma normal, hubiera llegado al ofertante dentro del plazo establecido, se considerará una aceptación válida a menos que el ofertante informe al destinatario sin demora indebida que la oferta se ha extinguido (artículo 37 de la CESL, similar al artículo II.-4:207 del DCFR).

Por su parte, una propuesta constituye una oferta contractual si (i) su finalidad es dar lugar a la celebración de un contrato cuando sea aceptada; y (ii) tiene el contenido y la certeza suficientes como para que exista contrato; si bien se exige que, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, la oferta tenga suficiente contenido y certeza, siendo así cuando contiene un objeto, una cantidad o duración y un precio (artículo 31.1 de la CESL, modificado por la enmienda 109 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014). Las ofertas podrán revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que este haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato se haya celebrado (artículo 32.1 de la CESL, similar al artículo II.-4:202 del DCFR). No obstante, la revocación de una oferta no surtirá efecto si: (i) la oferta indica que es irrevocable; (ii) la oferta establece un plazo determinado para su aceptación; o (iii) su destinatario tuviera motivos razonables para pensar que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en consecuencia.

En cuanto al momento de perfección del contrato, es interesante destacar que la CESL establecía que el contrato se habrá celebrado en el momento de la recepción de la aceptación por parte del ofertante, es decir, la CESL sigue la teoría de la recepción; pero, sin embargo, no

matiza –como lo hacen algunos ordenamientos jurídicos como el español– que el contrato se entienda perfeccionado desde que el oferente reciba la aceptación, aunque todavía no la conozca, lo cual protegería al aceptante de la oferta, por cuanto se traslada al oferente la diligencia de conocer el contenido de la comunicación; de modo que, aunque el oferente no tenga un conocimiento real y efectivo de la aceptación, las consecuencias son las mismas que si hubiera conocido la declaración de voluntad y el contrato se hubiera formado. También se entenderá celebrado el contrato cuando la aceptación se derive de la conducta del destinatario y el ofertante tenga noticia de dicha conducta. No obstante, cuando, en virtud de la oferta, de las prácticas establecidas entre las partes o de un uso determinado, el destinatario puede aceptar la oferta mediante una conducta y sin necesidad de comunicarlo al ofertante, el contrato se habrá celebrado en el momento en que el destinatario empiece a actuar (artículo 35 de la CESL, similar al artículo II.-4:205 del DCFR).

En el caso de que el oferente haya establecido un plazo de tiempo, la aceptación deberá llegar al oferente en dicho plazo para que se entienda concluido el contrato; o, a falta de plazo específico, deberá llegar dentro de un plazo razonable desde su realización (artículo 36 de la CESL similar al artículo II.-4:206 del DCFR). Además, la aceptación tardía de una oferta también será válida si el ofertante comunica al destinatario, sin demora indebida, que la considera una aceptación válida. Cuando una carta u otra comunicación contenga una aceptación tardía y pueda demostrarse que se envió en tales circunstancias que, si la transmisión se hubiera producido de forma normal, hubiera llegado al ofertante dentro del plazo establecido, se considera una aceptación válida a menos que el ofertante informe al destinatario sin demora indebida que la oferta se ha extinguido (artículo 37 de la CESL similar al artículo II.-4:207 del DCFR).

El artículo 38 de la CESL regula los aspectos relacionados con las modificaciones de la oferta y la contraoferta, conteniendo una regulación más extensa, aunque similar, en comparación con otros textos de unificación. Así, los términos contenidos en el artículo 38 de la CESL y II.-4:208 del DCFR son esencialmente similares al artículo 2:208 de los PECL; aunque el artículo 38 añade dos nuevos párrafos: el párrafo segundo, basado esencialmente en el artículo 19 (3) de la CVCIM y que establece una presunción sobre la consideración de alteración esencial de los términos de la oferta cuando la presencia de cláusulas contractuales adicionales afecte, entre otras cosas, al precio, pago, calidad y cantidad de los bienes, momento y lugar de la entrega, el alcance de la responsabilidad de una de las partes respecto a la otra o la resolución de litigios; y, el párrafo cuarto bis (añadido mediante la enmienda 111 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014) que dispone “*Entre comerciante y consumidor, una respuesta del destinatario que establezca o implique cláusulas contractuales adicionales o diferentes constituirá en cualquier caso un rechazo de la oferta inicial y una nueva oferta*”, centrando la atención en la protección a los consumidores y no exigiendo una modificación

esencial de la oferta, sino cualquier cambio en las cláusulas o condiciones, para considerar que estamos ante una contraoferta.

Por otra parte, la CESL también regulaba el derecho de desistimiento, estableciendo una regulación similar a la que figura en la Directiva sobre protección de los consumidores (2.011) (Directiva DCONSUM). Durante un plazo de catorce días, el consumidor dispone de un derecho de desistimiento, sin necesidad de indicar los motivos y sin coste alguno para él, de los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, si el precio o, cuando se celebren múltiples contratos al mismo tiempo, el precio total de los contratos exceda de cincuenta euros en el momento de la celebración del contrato. El consumidor ejercerá el derecho de desistimiento mediante notificación al comerciante. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar bien el modelo de formulario de desistimiento establecido en el Apéndice 2 de la CESL, bien cualquier otra declaración inequívoca en la que indique la decisión de desistir del contrato (artículo 40-42 de la CESL). No obstante, si el comerciante no ha facilitado la información sobre las condiciones, plazos y los procedimientos para ejercer el derecho de desistimiento, el plazo concluirá al cabo de un año desde la expiración del plazo de desistimiento inicial; o, si el comerciante ha facilitado al consumidor la información requerida en el plazo de un año desde que finalizó el plazo de desistimiento, a los catorce días de la fecha en que el consumidor reciba la información (artículo 42.2 de la CESL).

El desistimiento extinguirá las obligaciones de ambas partes en virtud del contrato, esto es, de ejecutar el contrato; o de celebrar el contrato cuando el consumidor haya presentado una oferta (artículo 43 de la CESL). El comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, cuando proceda, los costes de entrega, sin demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión del consumidor de desistir (artículo 44 de la CESL). Por su parte, el consumidor deberá enviar o entregar los bienes al comerciante, sin demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días desde la fecha en que comunique al comerciante su decisión de desistir. Los costes directos de devolución de los bienes correrán a cargo del consumidor, salvo si el comerciante ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes. Cuando el consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud expresa para que una prestación de servicios relacionados empiece durante el plazo de desistimiento, el consumidor deberá abonar al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio antes de que el consumidor ejerciera el derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato (artículo 45 de la CESL). Las partes no podrán excluir la aplicación del derecho de desistimiento, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor (artículo 47 de la CESL).

2.7. Incumplimiento del contrato.

La CESL elabora el concepto de incumplimiento del contrato de forma unitaria y objetiva, al margen de la culpa del deudor, siguiendo a sus precedentes de los PECL (artículo 1:301) y DCFR (artículo III.-1:102), aunque de forma más detallada. En particular, el artículo 87.1 de la CESL dispone que “*constituye incumplimiento de una obligación cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada, en particular, (a) la no entrega de los bienes o los retrasos en su entrega; (b) el no suministro de los contenidos digitales o los retrasos en su suministro; (c) la entrega de bienes que no sean conformes con el contrato; (d) el suministro de contenidos digitales que no sean conformes con el contrato; (e) el impago o la demora en el pago del precio; y (f) cualquier otro presunto cumplimiento que no sea conforme al contrato*”. Un incumplimiento de una obligación por una parte, además, será esencial si: (a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora (artículo 87.2 de la CESL).

Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias (artículo 88.1 de la CESL).

Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias (*rebus sic stantibus*), las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato, siempre que concurren las siguientes circunstancias: (a) el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato; (b) la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y, (c) la parte perjudicada, invocando el cambio de circunstancias, no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias (artículo 89 de la CESL modificado por la enmienda 177 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014; precepto similar al III.-1:110 DCFR).

En cuanto a los remedios de las partes frente a un incumplimiento contractual, la CESL estableció un sistema de remedios que otorgaba libertad a las partes para su elección (siguiendo el ejemplo del artículo 8:101 de los PECL y artículo III.-3:101 DCFR), a diferencia de la

Directiva VBC (1.999) que estableció un sistema de jerarquía¹³⁰³; pudiendo los remedios que no fueran incompatibles, acumularse (artículo 106.6 de la CESL, del mismo modo que el artículo 8:102 de los PECL y artículo III.-3:102 DCFR). Además, la CESL optó por dividir dichos remedios con base en dos criterios: por un lado, según el tipo de contrato incumplido, esto es, un contrato de compraventa o de suministro de contenidos digitales, o bien un contrato de servicios relacionados; y, por otro, según la parte que tiene derecho a ejercitar un remedio u otro, es decir, el comprador, vendedor o el cliente, prestador del servicio (artículos 106-122 en cuanto a los remedios del comprador; artículos 131-139 en cuanto a los del vendedor; y, artículos 156-158 para los remedios disponibles para el cliente o prestador del servicio). Es destacable que algunos elementos del régimen jurídico de los remedios frente al incumplimiento –como los relativos a la conformidad o falta de conformidad de los bienes con el contrato (artículo 99 y siguientes de la CESL); los remedios del comprador frente al incumplimiento contractual (artículo 108 de la CESL); la resolución por retraso en la entrega tras el otorgamiento de un plazo adicional de cumplimiento (artículo 135.4 de la CESL)– tengan carácter imperativo en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores (artículo 108 de la CESL), pero que pueden ser excluidos o modificados por las partes en los contratos celebrados entre comerciantes. Asimismo, es relevante el hecho de que los derechos del comprador estén sujetos a subsanación por el vendedor cuando los compradores tengan la condición de comerciantes (artículo 106.2 a) de la CESL), pero no en general cuando los compradores sean consumidores, excepto cuando tengan que ver con bienes o contenidos digitales fabricados, producidos o modificados según las especificaciones del consumidor o que estén claramente personalizados (artículo 106.3 a) de la CESL modificado por la enmienda 192 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014 y artículo 109.4 a) modificado por la enmienda 194)¹³⁰⁴ o, en el caso de los prestadores de servicios, que pueden ofrecer al consumidor la subsanación de la falta de conformidad cuando ésta no se derive de una instalación incorrecta de los bienes suministrados mediante un contrato de consumo (artículo 155.2 y 3 de la CESL).

Así, en primer lugar, el artículo 109 de la CESL (en una regulación similar a los artículos III.-3:201 a III.-3:205 DCFR) dispone, en su apartado primero, que el vendedor que haya

¹³⁰³ El artículo 3 de la Directiva VBC estableció, en su apartado tercero, que “*En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado (...)*”, disponiendo en su apartado 5 los remedios en caso de que la reparación o sustitución no se puedan exigir “*El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato: si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor*”. Apuntan GÓMEZ POMAR Y GILI SALDAÑA que mediante esta jerarquía de remedios se ponía de relieve la intención del legislador de priorizar el principio de conservación de los contratos concediendo a los vendedores la posibilidad de subsanar las faltas de conformidad; según GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 1215.

¹³⁰⁴ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 1204-1205.

realizado una oferta de cumplimiento anticipado y al que se le haya notificado que el cumplimiento no es conforme con el contrato podrá hacer un nuevo ofrecimiento de cumplir con la obligación (subsanción) si es posible hacerlo antes de que la obligación venza. No obstante, en los casos en que haya vencido la obligación, el artículo 109.2 de la CESL (a diferencia del artículo 8:104 de los PECL que sólo permite subsanar cuando todavía no ha llegado el momento del cumplimiento o el retraso no constituye un incumplimiento esencial) establece que, en los casos en que haya vencido la obligación, el vendedor que haya realizado una oferta de cumplimiento que no sea conforme con el contrato podrá, sin demora indebida cuando se le notifique la falta de conformidad, ofrecer subsanarla corriendo con los gastos. Hay que tener en cuenta que la notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el ofrecimiento a subsanar el incumplimiento (artículo 109.3) y el comprador solo podrá rechazar la oferta de subsanación si: la subsanación no pueda llevarse a cabo sin demora y sin molestias importantes para el comprador; el comprador tiene un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro del vendedor; o el retraso en el cumplimiento supondría un incumplimiento esencial (artículo 109.4). El vendedor tendrá un plazo razonable para llevar a cabo la subsanación (artículo 109.5). El comprador podrá dejar en suspenso su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación, pero los derechos del comprador que sean incompatibles con permitir al vendedor un plazo para llevar a cabo la subsanación se suspenderán hasta el vencimiento de dicho plazo (artículo 109.6). A pesar de la subsanación, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños por el retraso y por cualquier perjuicio causado o que no pudo ser evitado por la subsanación (artículo 109.7).

En segundo lugar, si el vendedor no cumple una obligación, el comprador podrá exigir el cumplimiento, que incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato, pudiendo optar el comprador entre reparación o sustitución. Sin embargo, el cumplimiento no podrá reclamarse cuando resulte imposible o haya dejado de ser lícito; o sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador (artículo 110 de la CESL modificado por la enmienda 197 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014 y artículo 111 modificado por la enmienda 198). Por su parte, el vendedor también estará legitimado para exigir el pago que se le debe y a reclamar el cumplimiento de cualquier otra obligación asumida por el comprador (artículo 132 de la CESL).

En tercer lugar, dejar en suspenso el cumplimiento de sus propias obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*), de modo que la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte, o después de esta, tendrá derecho a dejar en suspenso la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. En un contrato entre un comerciante y un consumidor, podrá suspenderse el cumplimiento en su totalidad salvo que la suspensión del cumplimiento en su totalidad sea desproporcionada en relación con el incumplimiento (artículo 113 de la CESL

respecto del comprador modificado por la enmienda 200 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014; y, artículo 133 de la CESL respecto del vendedor).

En cuarto lugar, las partes tendrán derecho a resolver el contrato. El artículo 8.1 de la CESL entiende por “resolver un contrato” *“poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución”*. Es de destacar que el artículo 8.2 de la CESL, en la misma línea que el artículo 8:102 de los PECL (aunque con una redacción distinta), no impide que se solicite la resolución, aún después de haber reclamado el cumplimiento, pero sí a la inversa, al establecer que: *“Los pagos adeudados y las indemnizaciones por daños y perjuicios por cualquier incumplimiento ocurrido antes del momento de la resolución seguirán siendo vinculantes. Cuando la resolución se produzca por incumplimiento o incumplimiento anticipado, la parte que resuelva el contrato también tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento de la otra parte”*.

Las causas de resolución no son muy diferentes a las previstas en los PECL (artículos 8:106 (3), artículo 9:301 (1) y artículo 9:304, principalmente) o en el DCFR (artículo III.-3:502 y artículo III.-3:505). Si bien, la CESL contempla este remedio específicamente para incumplimientos del comprador o cliente y del vendedor o prestador del servicio. De este modo, el comprador podrá resolver el contrato (sujeto en general, en los contratos entre comerciantes, al derecho de subsanación del vendedor) y exigir la devolución de cualquier precio ya pagado, siempre que lo haga dentro de un plazo de dos meses (artículo 119 de la CESL modificado por la enmienda 201 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014¹³⁰⁵) en las siguientes circunstancias: (i) si el incumplimiento en que hubiera incurrido el vendedor en virtud del contrato es esencial (artículo 114 de la CESL); (ii) en caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable (plazo adicional denominado como *Nachfrist* en el sistema alemán), para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo (artículo 115 de la CESL)¹³⁰⁶; (iii) si el vendedor ha declarado, o

¹³⁰⁵ Es interesante observar como en la redacción original del artículo 119 de la CESL se disponía que el comprador debía notificar la resolución en un plazo razonable, mientras que la enmienda 201 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014 fija un plazo concreto de dos meses. Así, se puede observar un cambio de configuración de la versión original, más parecido a lo dispuesto en los PECL con base en la regla de la razonabilidad, al establecimiento de un plazo fijo, similar a los plazos establecidos hoy en día en la normativa de protección de los consumidores.

¹³⁰⁶ A este respecto, es de destacar que también el artículo 18.2 de la Directiva DCONSUM establece la posibilidad de que el comprador otorgue al vendedor un plazo adicional para cumplir: *“Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato”*. Si bien, dicha posibilidad no es aplicable *“a los*

queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución (artículo 116 de la CESL).

Por su parte, el vendedor podrá resolver el contrato en circunstancias similares: (i) si el incumplimiento en que hubiera incurrido el comprador en virtud del contrato es esencial (artículo 134 de la CESL); (ii) en caso de retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable (*Nachfrist*) para que se proceda al cumplimiento y el comprador no cumple su obligación en dicho plazo (artículo 135 de la CESL); (iii) si el comprador ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera esencial (artículo 136 de la CESL).

Los artículos 115 y 135 de la CESL establecen la denominada *Nachfrist*, considerándose que el plazo adicional contemplado es razonable si la parte que incumple no se opone a él sin demora indebida, estableciéndose la posibilidad de la resolución automática una vez finalizado el plazo adicional cuando así se establezca en la propia notificación. La diferencia estriba en que, en las relaciones entre un comerciante y un consumidor, el plazo adicional de cumplimiento no deberá terminar antes de un periodo de treinta días.

Como consecuencia de la resolución del contrato (o de su anulación o invalidez), cada parte estará obligada a devolver lo que dicha parte (el beneficiario) haya recibido de la otra. La restitución se realizará sin demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días desde la recepción de la notificación de anulación o resolución. Cuando el receptor sea un consumidor, se considerará que se ha cumplido el plazo cuando el consumidor haya tomado las medidas necesarias antes de la expiración del plazo de catorce días. En caso de resolución de un contrato de cumplimiento en plazos o partes, no se requerirá la devolución de lo recibido respecto de cualquier plazo (artículo 172 de la CESL, modificado por las enmiendas 223 a 228 de la Resolución de 26 de febrero de 2.014). Además, la Resolución de 26 de febrero de 2.014 añadió un nuevo artículo 172 bis a efectos de regular la devolución de los contenidos digitales y devolución de la contraprestación en caso de suministro de contenidos digitales.

En quinto lugar, cuando un comprador acepte un cumplimiento no conforme con el contrato, podrá reducir el precio. Esta reducción será proporcional a la reducción en el valor de

contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato”.

lo que se recibió en el momento del cumplimiento respecto al valor de lo que se debería haber recibido si el cumplimiento hubiera sido conforme (artículo 120 de la CESL). Por último, ambas partes podrán exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados por la otra parte (artículos 106, 131 y 159 y siguientes de la CESL).

Finalmente, el artículo 159 de la CESL establece el derecho del acreedor a percibir una indemnización por las pérdidas derivadas del incumplimiento de una obligación por parte del deudor, salvo que pueda justificarse el incumplimiento. Las pérdidas futuras que el deudor puede esperar también darán derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Conforme al principio de la reparación integral del daño, el artículo 160 de la CESL dispone que el cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o de no ser posible, en una posición lo más parecida posible. La indemnización cubrirá las pérdidas que el acreedor haya sufrido y las ganancias que haya dejado de obtener. Como criterio general para el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios, el artículo 161 de la CESL sigue la regla de la previsibilidad, al disponer que el deudor será responsable únicamente de las pérdidas que previó, o cabía esperar que previera, en el momento en que se celebró el contrato como resultado de un incumplimiento, sin tener en cuenta si tal incumplimiento se debe a un comportamiento doloso o no del deudor. Además, los artículos 162 y 163 (1) de la CESL establecen límites a la indemnización de los daños contractuales: por un lado, el primero establece que el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último haya contribuido al incumplimiento o sus efectos; por su parte, el segundo dispone que el deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables.

En definitiva, como se ha visto a lo largo de la exposición anterior de parte del contenido material de la CESL, es patente que este conjunto de normas se basó en gran medida en textos ya entonces existentes como la CVCIM, los Principios UNIDROIT, los PECL o el DCFR, conteniendo por ende muchas normas y soluciones similares a tales textos; si bien, limitando su ámbito de aplicación a contratos específicos, es decir, a los contratos de compraventa, de suministro de contenidos digitales o contratos de prestación de servicios relacionados. Por esta razón estimamos que la CESL, tal y como fue configurada la normativa, no hubiera constituido un instrumento adecuado para llevar a cabo una unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE, debido principalmente a su limitado ámbito de aplicación, la complejidad de su estructura en cuanto a la diferente aplicación de las normas en función de si es un contrato B2B o B2C, sin olvidar que no estaba clara la cuestión de si la UE tendría, de hecho, competencia para adoptar tal medida legislativa.

CAPÍTULO V: LA PROPUESTA DE UNIFICACIÓN JURÍDICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS EN LA UE

I. INTRODUCCIÓN.

La legislación comunitaria, como instrumento de integración, ha venido desarrollándose progresivamente en la UE en diferentes materias y a través de diferentes métodos; no obstante, la unificación jurídica en la UE no ha tenido lugar principalmente a través de la unificación del Derecho material, sino a través del Derecho Internacional Privado (DIPr), mediante la unificación de las normas de conflicto, como es el caso en el plano contractual del Reglamento Roma I (RRI). Si bien el propio Derecho de la UE excluye al DIPr como instrumento adecuado para potenciar el mercado interior europeo, ya que las alternativas se acercan más a la creación de un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales, mediante las normas conflictuales.

También desde el ámbito académico e institucional se han llevado a cabo ambiciosos proyectos frecuentemente impulsados por las propias Instituciones de la UE, que han aportado relevantes propuestas en la unificación del Derecho Contractual, como son los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), elaborados por la Comisión Lando y presentados en 2.001; o, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL), de 11 de octubre de 2.011. Sin embargo, dichos proyectos no han llegado a adoptarse de forma oficial por las Instituciones de la UE.

Y lo anterior unido a la intensa labor legislativa de las Instituciones de la UE que, en Derecho Contractual, ha tenido un impacto especialmente relevante en el ámbito del Derecho de Consumo, mediante un proceso de armonización jurídica a través de Directivas promulgadas por la UE. Sin embargo, este proceso de armonización ha dado lugar a ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos. Y ello, dado que la armonización comporta una aproximación de conceptos jurídicos, constituyendo una etapa intermedia entre los resultados de la comparación entre ordenamientos y la unificación propiamente dicha¹³⁰⁷. De este modo, el recurso a las Directivas y su transposición en los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, ha dado lugar a la fragmentación jurídica y consecuente incertidumbre e inseguridad jurídica (lo que requeriría de un nuevo proceso de unificación jurídica del Derecho de Consumo en la actualidad que contribuyera a eliminar la

¹³⁰⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 58.

diversidad jurídica que ha conllevado el proceso de armonización a lo largo de los años). No queremos decir con esto que este proceso de armonización jurídica no haya sido necesario, pues ha potenciado y desarrollado el Derecho de Consumo, pero el cual requiere actualmente de un nuevo enfoque de cara a su revisión, simplificación y unificación. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la armonización no es, por ende, el proceso adecuado para unificar la Teoría General de los Contratos en la UE, toda vez que se trata de eliminar la diversidad jurídica que conlleva la existencia de diversos sistemas de Derecho Contractual en la UE, pero no en el desarrollo de un nuevo sistema de protección (como es el Derecho de Consumo) que ha requerido una progresiva implantación y armonización en los distintos Estados miembros a través, principalmente, del sistema de Directivas. Además, tampoco consideramos que la armonización sería un método adecuado, por las dificultades que podría suponer armonizar conceptos principales sobre la Teoría General de los Contratos (como concepto de contrato, requisitos para su conclusión, definición de vicios del consentimiento o concepto de incumplimiento) para después transponerlo en cada ordenamiento jurídico e incluirlo, cuando proceda, en cada Código Civil. Por otro lado, no excluiría que existieran diferencias en la puesta en práctica, lo que podría obstaculizar el funcionamiento del mercado interior. Por último, hay que tener en cuenta que las Directivas buscan un objetivo concreto, por lo que su ambición no consiste en unificar el Derecho de forma global en una determinada materia, sino que regulan aquellos aspectos en los que la UE entiende que se están generando una serie de problemas. Es, por ello, que se recurre a las Directivas normalmente para resolver aspectos muy sectoriales y concretos del Derecho¹³⁰⁸. En consecuencia, se considera que las Directivas no serían un camino adecuado para la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE¹³⁰⁹.

¹³⁰⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 194.

¹³⁰⁹ Como apuntan KARSTEN y PETRI, “*The problem remains that Directives/European Framework Laws by definition have to be transposed into national law. That still gives some leeway to the national legislator in the transposition process and in reality allows for more than just nuances in difference between national transpositions*” (“*El problema sigue siendo que las Directivas/Leyes Marco Europeas, por definición, tienen que ser transpuestas a la legislación nacional. Eso sigue dando cierto margen al legislador nacional en el proceso de transposición y en realidad permite algo más que matices en la diferencia entre las transposiciones nacionales*” –traducción propia a efectos informativos–); según KARSTEN, J.; PETRI, G., 2005, *Op. Cit.*, pág. 34.

También HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS sostuvieron que “*Only directives can be adopted pursuant to Article 94 EC. Since directives must be transposed into national legal systems, this does not seem to be suitable measure for adopting an optional instrument. This makes Article 94 EC unattractive as a legal basis*” (“*Sólo pueden adoptarse directivas en virtud del artículo 94 TCE [ahora artículo 115 del TFUE]. Dado que las Directivas deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales, no parece una medida adecuada para adoptar un instrumento facultativo. Esto hace que el artículo 94 TCE TCE [ahora artículo 115 del TFUE] sea poco atractivo como base jurídica*” –traducción propia a efectos informativos–); según HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 31.

Por tanto, la situación a día de hoy sigue siendo la misma: una UE, como un ordenamiento jurídico supranacional; formada, a su vez, por veintisiete Estados miembros, con veintisiete ordenamientos jurídicos distintos, iguales en mínimos comunes como consecuencia de la transposición de las Directivas europeas a los ordenamientos jurídicos. Y ello, unido a la proliferación de leyes especiales aplicables a determinadas materias, produciendo la denominada “inflación legislativa” que conduce a una mayor complejidad de la realidad jurídica. Es, por ello, por lo que la situación actual requiere de una propuesta que permita seguir avanzando en la integración, eliminando la actual incertidumbre jurídica por el desconocimiento que supone la aplicación de una ley extranjera y simplificando un sistema que cada día se torna más complejo. Así las cosas, aquí proponemos –de forma un tanto atrevida– la unificación jurídica como el método adecuado para solucionar esta situación; y, sobre una materia fundamental para canalizar y ordenar jurídicamente la autonomía privada y las transacciones entre partes situadas en distintos países de la UE, esto es, la Teoría General de los Contratos en la UE. Y ello, dado que la unificación requiere la existencia de un texto común para los operadores jurídicos que resulta de directa aplicación, constituyendo una garantía eficaz de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, toda vez que los veintisiete Estados miembros contarían con un texto común cuyo objeto sería regular la Teoría General de los Contratos en la UE.

Si bien, hay que añadir que no todo son diferencias, sino que los distintos ordenamientos jurídicos también cuentan con una serie de criterios comunes que facilitarían la labor para llegar a un acuerdo de unificación, y que, en definitiva, y en palabras de DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, se pudiera contar con “*una infraestructura jurídica básica*”¹³¹⁰ que sirviera de soporte al Derecho Contractual e impulsara el progreso de los sistemas nacionales, incluyendo los temas centrales del mismo como, entre otros: el concepto de contrato, formación e incumplimiento, con una terminología común. Dicha compilación podría reforzar la seguridad jurídica en la UE y facilitar las transacciones entre partes situadas en distintos Estados miembros. Así, una empresa que deseara realizar operaciones en distintos Estados miembros, sólo tendría que tener en cuenta este texto común para formalizar y ejecutar sus contratos; además, por supuesto, de la legislación aplicable a la materia según las circunstancias.

Llegados a este punto, cabe preguntarse ¿cómo podría llevarse a cabo la unificación la Teoría General de los Contratos en la UE? Siguiendo lo expuesto en el Apartado II del Capítulo I de esta Tesis, dicha unificación jurídica se articularía como un cuerpo de normas generales, consistente, coherente y sistemático que aclare la regulación de la Teoría General de los Contratos en la UE, en un momento dado, siendo necesario al mismo tiempo que dicha unificación facilite el cambio de sus normas con flexibilidad de forma que pueda ir adaptándose

¹³¹⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 77.

a los cambios sociales, económicos, políticos y, sobre todo, jurídicos, en cada momento y siguiendo las pautas dadas por la interpretación de la doctrina y jurisprudencia. Dicho cuerpo no tiene necesariamente que reemplazar la legislación nacional existente (*hard-law*), sino que puede constituirse como una alternativa más (*soft-law*) a las que las partes puedan recurrir, de forma que facilite y simplifique la aplicación de las normas.

Tras el análisis de los PECL y CESL, estimamos que un instrumento que incluyera un contenido basado en tales textos (así como, entre otros, en los Principios UNIDROIT, CVCIM o *Restatements of Contracts* estadounidenses) podría influir de manera positiva a la hora de negociar y concluir contratos en el ámbito de la UE. Y, además, se consideran cuerpos de normas que tienen en cuenta los propios valores comunitarios, los principios imperantes en el ordenamiento jurídico de la UE, así como constituyen el resultado de búsqueda de normas comunes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, junto con la configuración de una regulación moderna, y adaptada a las necesidades de todos los operadores jurídicos en la UE, con independencia de su nacionalidad.

Así, como destaca PALAO MORENO, los PECL constituyen un decisivo referente para cualquier reflexión o iniciativa que se emprenda en el futuro respecto a la unificación del Derecho Contractual en Europa, siendo un trabajo de una gran valía, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. De esta manera, apunta este autor, al partir de un exhaustivo estudio comparativo y perseguir la elaboración de soluciones eficientes y coherentes con el buen funcionamiento del mercado interior, los PECL no sólo pueden servir como modelo por los prácticos a la hora de redactar sus contratos internacionales, así como a modo de “uso del comercio internacional” en la práctica del Arbitraje Comercial Internacional, sino que igualmente constituyen un buen punto de partida para la confección de un eventual marco normativo de carácter opcional, con respecto a un sector clave para la consolidación del mercado interior de la UE¹³¹¹.

De esta manera, siguiendo a CARTWRIGHT, los instrumentos analizados son en sí mismos muy valiosos, dado que cristalizan modelos de Derecho Contractual que podrían funcionar como sistemas jurídicos independientes y ofrecer ideas acerca de un Derecho Contractual modelo. En este sentido, pueden funcionar como una “caja de herramientas” para un mayor desarrollo de los sistemas nacionales dentro del ámbito europeo¹³¹². Estos textos, y en particular los PECL, ya han sido influyentes en otras propuestas de reformas, por ejemplo, en la reforma

¹³¹¹ PALAO MORENO, G., “Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo)””, *Revista Española de Derecho Internacional*, 55, 2, 2003, pág. 1149.

¹³¹² CARTWRIGHT, J., “Proyectos de armonización: ¿Lecciones de la experiencia europea?”, *Latin American Legal Studies*, 2, 2018, pág. 14.

de 2.001 del Derecho Contractual alemán a raíz de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones del BGB alemán; en la reforma del Derecho Contractual que fue promulgada en Francia en 2.016 y 2.018; o, en el propio caso español, en la PMCC de 2.009 o en la PCC-APDC de 2.018. Afirman BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que los legisladores nacionales, al reformar el Derecho Contractual, se inspiran cada vez más en lo que se ha hecho en el extranjero, así como en las normas transnacionales. Además, los instrumentos (como los PECL) han proporcionado orientación para la evolución convergente de los Derechos Contractuales nacionales¹³¹³.

Y no sólo eso, sino que los PECL han tenido gran influencia en la jurisprudencia europea. En concreto, la jurisprudencia española es muy activa en la cita de los textos claves de la moderna contratación y, en concreto, de los PECL. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2.008¹³¹⁴, llegó a afirmar que “*el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil*”¹³¹⁵ (reiterada posteriormente en su Sentencia de 18 de julio de 2.013¹³¹⁶). Asimismo, destaca JIMÉNEZ BUENDÍA que es curioso observar como el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de enero de 2.013¹³¹⁷, transcribe literalmente, sin citarlo, el principio de vinculación contractual contenido en el artículo 6:111 de los PECL. Según JIMÉNEZ BUENDÍA, lo anterior supone una forma de utilización indirecta de las reglas de los PECL por la doctrina jurisprudencial española, en su cometido de complementar el ordenamiento jurídico, al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho). No aplica como vinculante el artículo 6:111 (1) de los PECL, al no ser éstos fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico español; pero, en su interpretación, el Tribunal Supremo complementa el ordenamiento jurídico con la expresión literal de una regla de los PECL¹³¹⁸. Así lo afirma también el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de enero de 2.019¹³¹⁹ (con cita asimismo de la Sentencia de 17 de diciembre de 2.008): “*Aunque los*

¹³¹³ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 139.

¹³¹⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1180/2008, de 17 de diciembre. Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamento Jurídico Tercero.

¹³¹⁵ Si bien, el Tribunal Supremo también ha precisado en alguna ocasión que los PECL “*no son normativa vigente y no pueden motivar un recurso de casación, por más que sean ilustrativos*”; según Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 309/2013, de 26 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz, Fundamento Jurídico Segundo.

¹³¹⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 511/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo.

¹³¹⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Quinto; Tribunal Supremo. Sentencia núm. 626/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Noveno.

¹³¹⁸ JIMÉNEZ BUENDÍA, J.A., 2014, *Op. Cit.*, pág. 149 – 150.

¹³¹⁹ Tribunal Supremo. Sentencia núm. 5/2019, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la jurisprudencia de esta sala los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno". Y ello, tal y como se observa en la numerosa serie de Sentencias en las que el Tribunal Supremo cita como referencia los PECL en su labor de interpretación de diferentes aspectos como, entre otros, la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 1:201 de los PECL)¹³²⁰, los vicios del consentimiento (sobre el error, artículo 4:103 de los PECL¹³²¹; sobre el dolo, artículo 4:107 de los PECL¹³²²; sobre el beneficio excesivo o ventaja injusta, artículo 4:109 de los PECL¹³²³; sobre el ejercicio de la acción de nulidad, artículo 4:113 de los PECL¹³²⁴); la formación del contrato (artículo 2:101 de los PECL)¹³²⁵; la revocación de la oferta (artículo 2:202 de los PECL)¹³²⁶; el momento de conclusión del contrato (artículo 2:205 de los PECL)¹³²⁷; la definición de incumplimiento esencial (artículo 8:103 de los PECL)¹³²⁸; las causas de resolución de los contratos (artículo

¹³²⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia de 4 de julio de 2006, Recurso de Casación núm. 2421/1999. Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamento Jurídico Sexto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 872/2011, de 12 de diciembre. Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías. Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 840/2013, de 12 de diciembre de 2014. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. Fundamento Jurídico Sexto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. José Vela Torres. Fundamento Jurídico Quinto. Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 260/2018, de 26 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Fundamento Jurídico Cuarto.

¹³²¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 23/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 24/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Noveno; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 67/2017, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 120/2017, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero.

¹³²² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 505/2015, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 2548/2017. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena. Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Auto de 3 de noviembre de 2021, Rec. 3763/2019. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg. Fundamento Jurídico Primero.

¹³²³ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2010, *Cit.*, Fundamentos Jurídicos Tercero y Cuarto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 505/2015, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

¹³²⁴ Tribunal Supremo español. Auto de 30 de marzo de 2022, Rec. 6647/2019, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Auto de 9 de febrero de 2022, Rec. 5594/2019, *Cit.*, Fundamento Jurídico tercero.

¹³²⁵ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 362/2011, *Cit.*, Fundamento Jurídico Quinto.

¹³²⁶ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 506/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo.

¹³²⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 552/2010, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero.

¹³²⁸ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 305/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 526/2012, *Cit.* Fundamento Jurídico Séptimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 511/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 592/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 348/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Sexto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 671/2016, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

9:301 de los PECL)¹³²⁹; el derecho del perjudicado a solicitar una indemnización por daños y perjuicios (artículo 9:501 de los PECL)¹³³⁰; la indemnización del daño moral¹³³¹; la *exceptio non adimpleti contractus* (artículo 9:201 de los PECL)¹³³²; o, la cláusula *rebus sic stantibus* (artículo 6:111 de los PECL)¹³³³.

En este sentido, según OLIVA BLÁZQUEZ, los PECL han adquirido con el paso de los años una indudable *auctoritas*, derivada tanto de la positiva valoración que del mismo ha hecho la doctrina jurídica más prestigiosa, como de su elevada aplicación por nuestros Jueces y Tribunales, que recurren a los mismos con una asiduidad más que notable, en cuanto expresión moderna de la nueva realidad social en la que se asienta el Derecho de Obligaciones y Contratos. De esta forma, la jurisprudencia está llevando a cabo una importante tarea de modernización, con efectos paralelamente armonizadores, de este sector del Derecho Civil de vital importancia para el correcto funcionamiento del tráfico económico¹³³⁴.

O bien, JANSEN quien puntualiza que “*the PECL have achieved a remarkably high degree of academic and even legal authority; they can be seen as the basis of a genuine European contract law. They have been taken as authoritative by European legislators; they have been used by European courts; and they are understood, even by traditional national lawyers, as a “source of law”*” (“Los PECL han alcanzado un grado notablemente elevado de autoridad académica e incluso jurídica; pueden considerarse como la base de un auténtico Derecho Contractual europeo. Han sido considerados como fuente fidedigna por los legisladores europeos; han sido utilizados por los Tribunales europeos; y son entendidos, incluso por los

¹³²⁹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 526/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 537/2012, *Cit.* Fundamento Jurídico Tercero.

¹³³⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 532/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 193/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Cuarto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 305/2012, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo; Tribunal Supremo español. Sentencia núm.121/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 48/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

¹³³¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 561/2021, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

¹³³² Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Sexto.

¹³³³ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 820/2013, *Cit.*, Fundamento jurídico Tercero; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, *Cit.*, Fundamento jurídico Quinto; Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 626/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Noveno; Tribunal Supremo. Sentencia núm. 5/2019, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo.

¹³³⁴ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Prólogo”, en PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pág.19.

abogados nacionales tradicionales, como una "fuente de derecho" –traducción propia a efectos informativos–)¹³³⁵.

De este modo, afirma BERNAD que, aunque los PECL no hayan sido oficializados, se puede señalar que han trascendido del mundo académico y se han convertido en un punto de referencia en el proceso de armonización del Derecho Contractual europeo, representando un texto base con el que contrastar los distintos Derechos nacionales, logrando penetrar en la jurisprudencia y legislación de los Estados miembros de la UE y configurándose como un instrumento básico de trabajo y argumentación¹³³⁶.

No obstante, también hay autores, como PALAZÓN GARRIDO, que no ven tan positivo el recurso a textos como los PECL, por cuanto supone disfrazar un cambio legislativo como operaciones de interpretación, pues lo primero es objetivo que compete tan sólo al legislador. Por consiguiente, la apelación a este tipo de propuestas carece de otro valor distinto que el de poner de manifiesto el prestigio o la consistencia de estos trabajos, y sirve únicamente para adornar la interpretación jurisprudencial en torno a una institución, como es el incumplimiento esencial, que si bien no está recogida en el Código Civil, estaba ya amparada por una sólida jurisprudencia¹³³⁷.

Por su parte, la CESL también ha merecido varios elogios. Así MESA MARRERO sostiene que el valor técnico de la CESL es incuestionable, pues aglutina, en buena medida, las reglas y principios fundamentales contenidos en los PECL y el DCFR¹³³⁸. O, ZURITA MARTÍN, al afirmar que *“no puede desconocerse, pues, que la Propuesta de Reglamento 2.011 es un toda medida heredera de un iter intelectual y legislativo –no podemos olvidar las diversas Directivas en materia de protección de los consumidores o sobre la morosidad en las operaciones comerciales– difícilmente despreciable”*¹³³⁹. Si bien, no hay que perder de vista que, como apunta WULF, la CESL fue recibida con cierto escepticismo, principalmente por su ámbito material y la cuestión de si la UE tendría, de hecho, competencia para adoptar tal medida legislativa¹³⁴⁰.

¹³³⁵ JANSEN, N., 2008, *Op. Cit.*, pág. 3.

¹³³⁶ BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág. 224.

¹³³⁷ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo.15.

¹³³⁸ MESA MARRERO, C., 2015, *Op. Cit.* pág. 32.

¹³³⁹ ZURITA MARTÍN, I. “La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 90 (745), 2014, pág. 2350.

¹³⁴⁰ WULF, A.J., 2014, *Op. Cit.*, pág. 140.

Por tanto, la propuesta para una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE debe tener en cuenta como punto de partida el contenido de los PECL, junto con el ejemplo de la CESL, para continuar el camino comenzado por éstos. Como dijo LANDO allá en el año 2.000, “*In the year 2.020 there may not yet be a European Civil Code covering the entire law of contract, torts, restitution and moveable property. If the European Union prefers a piecemeal unification of the civil law there may be a European Code of Contract, and the other parts of the Civil Code will then be enacted later*”¹³⁴¹ (“*En el año 2.020 puede que no haya un Código Civil que abarque todo el Derecho de los Contratos, daños, restitución y bienes muebles. Si la Unión Europea prefiriera una unificación fragmentada del Derecho Civil, podría haber un Código Europeo de Contratos y las otras partes del Código Civil serían promulgadas más tarde*” –traducción propia a efectos informativos–).

Además, la formulación de nuestra propuesta de unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos requiere de una decisión previa sobre el método idóneo para llevar a cabo la unificación jurídica, pues la misma no puede alcanzarse sin un procedimiento coordinado. Una vez establecido el método idóneo para la unificación jurídica, vamos a determinar su ámbito de aplicación (personal, material y territorial), así como las primeras bases del contenido de tal propuesta agrupando una serie de normas que se consideren mejores que las existentes (*better rules*).

II. MÉTODO PARA LA UNIFICACIÓN JURÍDICA.

La unificación jurídica no puede alcanzarse sin establecer previamente una metodología concreta y un procedimiento coordinado de todos los sujetos actuantes en el mismo, pues el cuerpo de normas que queremos proponer debe atenerse a un método y ser norma¹³⁴². Dicho cuerpo no tiene necesariamente que reemplazar la legislación nacional existente (*hard-law*), sino que puede constituirse como una alternativa más (*soft-law*) a la que las partes puedan recurrir, de forma que facilite y simplifique la aplicación de las normas.

En este sentido, y en aras a que podamos considerar una posible vía de unificación, coherente y de acuerdo con las condiciones actuales, hay que considerar las propias opciones que la Comisión ya planteó en 2.001¹³⁴³ y 2.010¹³⁴⁴ desde la no actuación hasta la adopción de un instrumento oficial vinculante. De este modo, descartando la opción de no actuación (puesto

¹³⁴¹ LANDO, O., 2000, *Op. Cit.*, pág. 401.

¹³⁴² CLAVERO SALVADOR, B., 1979, *Op. Cit.*, pág. 3-4.

¹³⁴³ COM (2001) 398 final, *Cit.*

¹³⁴⁴ COM (2010) 348 final, *Cit.*

que ya se ha expuesto anteriormente la necesidad de actuar en este ámbito), se podrían considerar las siguientes opciones como posibles vías para la unificación.

2.1. Unificación jurídica mediante un instrumento de aplicación obligatoria.

Esta primera opción plantea el recurso a un instrumento que sustituya la combinación de normas de conflicto y Derecho material de cada Estado miembro, sustituyéndola por una regulación material uniforme para toda la UE¹³⁴⁵ (opción *hard-law*). Como hemos adelantado, la Directiva como instrumento de armonización se ha descartado como el método idóneo en materia de una Teoría General de los Contratos en la UE, toda vez que no conllevaría la implantación de un cuerpo de normas unificado, sino la transposición en los Estados miembros de normas de máximos o mínimos, lo que conlleva el riesgo de no acabar con la diversidad jurídica que precisamente tratamos de reducir con la adopción de un instrumento de unificación.

Así las cosas, esta primera opción tendría cabida con base en un Reglamento, como acto legislativo vinculante. Los Reglamentos deben aplicarse en su integridad en toda la UE. Optar por un Reglamento reduciría el margen de disposición de los Estados miembros para incorporar las disposiciones comunitarias a sus sistemas jurídicos nacionales; pero, por otro lado, garantizaría una mayor uniformidad y transparencia de las condiciones en las que operan los agentes económicos en el mercado interior.

Merece la pena destacar el Informe al Presidente de la Comisión Europea, sobre “Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y la sociedad de Europa”, elaborado por MONTI, con fecha 9 de mayo de 2010. Este Informe puso de manifiesto los desafíos a los que se enfrentaba el mercado único, englobando iniciativas destinadas a construir un mercado único *más fuerte*, destinadas a crear *consenso* sobre un mercado único más fuerte y a *lograr* un mercado único más fuerte¹³⁴⁶. Esta última iniciativa –“lograr un mercado único más fuerte”– englobaba el objetivo, en opinión del autor del Informe, de “regular el mercado, pero no demasiado”. En este sentido, aludía al problema de los modos de regulación y los métodos de adopción de normas más adecuados para regular el mercado único, puntualizando que cada vez hay más motivos para elegir los Reglamentos en vez de las Directivas como la técnica jurídica preferida, habida cuenta de su claridad, previsibilidad y eficacia. Asimismo, los Reglamentos establecen una igualdad de condiciones para los ciudadanos y las empresas e implican una mayor facilidad de recurso a los Tribunales por parte de los particulares. Sin embargo, el uso de los Reglamentos sólo es adecuado si se cumplen determinadas condiciones previas jurídicas y sustanciales. De esta manera, el Informe establecía que el recurso al

¹³⁴⁵ ARENAS GARCÍA, R., 2019, *Op. Cit.*, pág. 45.

¹³⁴⁶ MONTI, M., 2010, *Op. Cit.* pág. 6-12.

Reglamento podría ser lo más adecuado para regular nuevos sectores partiendo de cero; en otros casos, merecía la pena examinar la idea de un vigésimo octavo régimen, un marco de la UE alternativo a, pero no sustitutivo de las normas nacionales, cuya ventaja estriba en incrementar las opciones para las empresas y los ciudadanos que operan en el mercado único, dado que si éste es su principal ámbito de actividad pueden optar por un marco jurídico estándar válido en todos los Estados miembros, mientras que si actúan fundamentalmente a escala nacional, se atenderán al régimen nacional. Asimismo, el Informe puntualizaba que para adoptar una regulación inteligente es preciso tener en cuenta tanto los métodos de adopción de normas, como las técnicas jurídicas. En este sentido, la regulación inteligente supone una normativa basada en un conocimiento exacto de los factores en juego y en una gran conciliación de su posible repercusión en la economía, el contexto social y el medio ambiente¹³⁴⁷.

Sin perjuicio de las afirmaciones de MONTI y de que el Derecho uniforme, mediante un Reglamento, se configura como la técnica de reglamentación óptima para las transacciones internacionales, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos¹³⁴⁸, se considera que, atendiendo a las circunstancias actuales y al difícil proceso de negociación que conlleva el Derecho uniforme, no sería la opción óptima actualmente, sino que es preciso buscar fórmulas más flexibles para actuar en el ámbito de la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE.

Además, la capacidad de las Instituciones europeas para actuar en dicho ámbito tiene sus límites, ya que toda medida, en primer lugar, debe contar con una base jurídica adecuada; y, en segundo lugar, respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹³⁴⁹. Según jurisprudencia reiterada del TJUE, la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto¹³⁵⁰. Por su parte, el principio de subsidiariedad (artículo 5.3 del TUE) sirve de guía para determinar cómo se deben ejercer los poderes de la UE a nivel europeo. La subsidiariedad implica que la UE actúe dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. De este modo, en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la UE intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por

¹³⁴⁷ MONTI, M., 2010, *Op. Cit.* pág. 95-97.

¹³⁴⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2011, *Op. Cit.*, pág. 62-64.

¹³⁴⁹ MICKLITZ, H-W.; REICH, N., 2012, *Op. Cit.*, pág. 8.

¹³⁵⁰ TJUE. As. 301/06. Irlanda vs. Parlamento Europeo y Consejo de la UE. Sentencia de 10 de febrero de 2009, Apdo. 60; TJCE. As. 440/05. Comisión de las Comunidades Europeas vs. Consejo de la UE. Sentencia de 23 de octubre de 2007, Apdo. 61.

los Estados miembros, sino que puedan alcanzarse mejor a escala de la UE. Se trata de un concepto dinámico, y cuando las circunstancias así lo requieren, permite ampliar la acción de la UE dentro de los límites de sus competencias. Según la jurisprudencia del TJUE¹³⁵¹, el principio de subsidiariedad permite al legislador de la UE un amplio margen de discreción. El principio de proporcionalidad (artículo 5.4 del TUE), por su parte, exige que las medidas adoptadas por las Instituciones comunitarias no excedan de lo apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión; es decir, cuando existe la opción entre varias medidas apropiadas debe recurrirse a la menos onerosa, y los inconvenientes causados no pueden ser desproporcionados respecto al objetivo perseguido¹³⁵². De esta forma, el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la Institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida¹³⁵³. Como apuntan REICH y MICKLITZ, la cuestión de si una propuesta cumple los criterios de proporcionalidad puede ser más compleja que el cumplimiento del principio de subsidiariedad, dada la requerida prueba de “necesidad” relativa al “contenido y la forma” de la concreta acción de la UE. De este modo, la jurisprudencia¹³⁵⁴ exige una prueba relativamente estricta para impugnar y evaluar la legalidad de, por ejemplo, las Directivas comunitarias¹³⁵⁵.

¹³⁵¹ TJUE. As. 58/08. Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd vs. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Sentencia de 8 de junio de 2012, Apdo. 20.

¹³⁵² TJCE. As. 137/85. Maizena GmbH y otros contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM). Sentencia de 18 de noviembre de 1987. Apdo. 15; TJCE. As. 339/92. ADM Ölmühlen GmbH y Ölwerke Spyck contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. Sentencia de 7 de diciembre de 1993. Apdo. 15; TJCE. As. 133/93, 300/93 y 362/93. Antonio Crispoltoni contra Fattoria Autonoma Tabacchi y Giuseppe Natale y Antonio Pontillo contra Donatab Srl. Sentencia de 5 de octubre de 1994. Apdo. 41; TJCE. As. 157/96. The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd y Vian Exports Ltd. Sentencia de 5 de mayo de 1998. Apdo. 60; TJCE. As. 210/00. Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Sentencia de 11 de julio de 2002. Apdo. 59; TJCE. As. 491/00, British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd. Sentencia de 10 de diciembre de 2002. Apdo. 122; TJCE. As. 210/03. The Queen, a instancia de Swedish Match AB y Swedish Match UK Ltd contra Secretary of State for Health. Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Apdo. 47.

¹³⁵³ TJCE. As. 84/94. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 12 de noviembre de 1996. Apdo. 58; TJCE. As. 233/94. República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 13 de mayo de 1997. Apdo. 55, 56; TJCE. As. 157/96. Sentencia de 5 de mayo de 1998, *Cit.*, Apdo. 61; TJCE. As. 491/01, The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd., Sentencia de 10 de diciembre de 2002, Apdo. 123; TJCE. As. 210/03. Sentencia de 14 de diciembre de 2004, *Op. Cit.*, Apdo. 48.

¹³⁵⁴ TJCE. As. 491/01, Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Cit.*, Apdo. 123.

¹³⁵⁵ MICKLITZ, H-W.; REICH, N., 2012, *Op. Cit.*, pág. 8-9.

A este respecto, siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, la idea de una codificación europea, completa, coherente y estructurada, ha sido fuente de fuertes críticas, no sólo porque encarna la tradición del *Civil Law* en detrimento del *Common Law*, sino también porque excede el alcance de las competencias de la UE. Como se ha expuesto, el sistema europeo de atribución de competencias implica el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, y los argumentos presentados regularmente por la Comisión, que se han centrado en el marco jurídico fragmentado en materia de Derecho Contractual y sus obstáculos al comercio transfronterizo, no se han considerado suficientes para conferir las competencias necesarias a la Comisión¹³⁵⁶. Además, el Tratado de Lisboa no otorga una competencia específica a las Instituciones para la armonización y/o unificación jurídica en materia de Derecho Privado, por lo que se dificulta la adopción de medidas generales en esta materia¹³⁵⁷ y, en particular, de Derecho Contractual¹³⁵⁸. De esta forma, sostiene LEIBLE que, de adoptar un instrumento sobre una base jurídica poco sólida, se estaría adoptando un instrumento débil, sin fundamento adecuado y que no garantizaría la solidez del proceso de unificación jurídica en la UE¹³⁵⁹.

Por consiguiente, se considera que, si bien un Reglamento podría acabar, o al menos mitigar, la fragmentación jurídica en materia de Derecho Contractual, podría provocar problemas delicados de atribución de competencia, de subsidiariedad y sobre todo de proporcionalidad. Sustituir la pluralidad de legislaciones nacionales, especialmente si se cubren también los contratos nacionales, por un conjunto único de normas podría no contar con una base jurídica sólida y no ser una medida adecuada a nivel de la UE. Además, tal opción –incluso como sistema adicional y no sustitutivo de los ordenamientos jurídicos nacionales– se considera poco realista, principalmente por los obstáculos políticos para llevar a cabo tal proyecto.

2.2. Unificación jurídica a través de reglas no vinculantes.

Una opción más flexible que la anterior sería recurrir al *soft-law*, esto es, elaborar un conjunto normativo que carezca de fuerza vinculante, cuyo objetivo sería conseguir una progresiva unificación entre los distintos ordenamientos jurídicos. Tales normas podrían ser de utilidad a las partes contratantes en la fase de redacción de nuevos contratos y para la ejecución de los mismos. También podrían ser útiles para los Tribunales e Instancias Arbitrales que tengan que decidir sobre cuestiones jurídicas –referidas sobre todo a casos transfronterizos– que no

¹³⁵⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 142;

¹³⁵⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., 2005, *Op. Cit.*, pág. 22; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H.C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; AND ZIMMERMANN, R., 2008, *Op. Cit.*, pág. 3.

¹³⁵⁸ LOW, G., 2012, *Op. Cit.*, pág. 135-136.

¹³⁵⁹ LEIBLE, S., 2006, *Op. Cit.* pág. 1596-1597.

estuvieran cubiertas plenamente por normas nacionales vinculantes o respecto a las cuales no existiese ninguna disposición legislativa. Al mismo tiempo, estas normas comunes podrían contribuir a que los Tribunales nacionales que deban aplicar una normativa extranjera comprendieran los aspectos básicos de los principios generales del Derecho subyacentes. Los Estados miembros o la UE podrían respetar, en la medida de lo posible, este conjunto normativo sobre la Teoría General de los Contratos a la hora de promulgar nueva legislación o modificar la existente en el ámbito del Derecho Contractual nacional. Precisamente, aquí se incluyen tanto los PECL como los Principios UNIDROIT.

Algunos autores se han pronunciado a favor de esta opción. Por ejemplo, WULF apoyaría la opción publicar un Derecho Contractual europeo facultativo sin respaldo a nivel de la UE. Esto garantizaría que este Derecho facultativo no obtuviera una ventaja competitiva frente a otros códigos de Derecho Contractual facultativos de elaboración privada (como los PECL o los Principios UNIDROIT) por tener una forma jurídica diferente. Es decir, sostiene este autor que la publicación de un Derecho Contractual facultativo a través de un instrumento jurídicamente vinculante podría tener efectos negativos, ya que obtendría una clara ventaja competitiva en comparación con otros conjuntos existentes de Derecho Contractual¹³⁶⁰.

Afirma BERNAD, por su parte, que unificar el Derecho Contractual a través de la sola actuación del legislador puede resultar cuestionable, toda vez que el recurso a la legislación como remedio a la disparidad legislativa de la UE acarrea el riesgo de depender de la voluntad política del momento. Por ello, defiende la utilidad de los principios (PECL) como vía de unificación, dado que es un texto emanado de la doctrina jurídica que, por su valía, puede ser tomado en consideración, no sólo como referencia por las partes que contratan, sino también por los legisladores de los distintos Estados implicados. Eso sí, apunta este autor –y compartimos su opinión–, la técnica de los principios comunes no parece como una etapa final en el camino, sino más bien como una fase intermedia, no por ello menos útil y necesaria¹³⁶¹.

En este sentido, los PECL comenzaron lo que podríamos considerar como una primera etapa de la unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE. Hoy en día se empieza a conocer el proyecto y en cierto modo se está consiguiendo un progresivo acercamiento entre los distintos sistemas jurídicos gracias a este conjunto de *better rules*, una modernización e interpretación jurisprudencial basada en su contenido y su aplicación como parte de la *Lex*

¹³⁶⁰ WULF, A.J., 2014, *Op. Cit.*, pág. 156.

¹³⁶¹ BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág. 230, 235.

Mercatoria. Si bien es cierto que habría que seguir profundizando para conseguir un cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos que pudiera ser aplicable en la UE¹³⁶².

Además, para que los principios pudieran ser eficaces, deberían ser ampliamente difundidos entre aquellos que deban aplicarlos, a fin de garantizar una puesta en práctica uniforme y coherente, y ser aplicados continuamente por un grupo suficientemente numeroso de profesionales de la justicia y de legisladores nacionales y comunitarios, para conseguir aumentar la convergencia en el ámbito del Derecho Contractual europeo. Sin embargo, es patente que los PECL no han sido tan ampliamente aplicados y difundidos y que, después de veinte años desde su primera publicación, tampoco han logrado la eficacia y convergencia deseada entre los distintos ordenamientos jurídicos de la UE. De este modo, consideramos esta opción como una medida previa de cara a una unificación de la Teoría General de los Contratos en la UE, esto es, un análisis de la regulación vigente en los Estados miembros a efectos de compilar unos principios comunes, para después crear una Teoría General de los Contratos común sobre la base de tales principios.

Por tanto, esta opción *soft-law* ha constituido un primer paso ya puesta en práctica por los PECL, difundida a través de la jurisprudencia, enseñanza y práctica, caracterizándose por ser menos invasiva de los Derechos nacionales. Si bien, en nuestra opinión, si no se tomase ninguna medida legislativa al cabo del tiempo, es muy probable que su aplicación no se generalice más allá de la interpretación y estudio académico.

2.3. Unificación jurídica a través reglas vinculantes de aplicación voluntaria.

La alternativa a un cuerpo de normas jurídicamente vinculantes y de aplicación obligatoria (como sería un Reglamento) es, por tanto, un conjunto de reglas que pudiera ser adoptado oficialmente en la UE y ser aplicado de forma voluntaria. Alternativa por la que, cabe adelantar, aquí nos vamos a decantar. Si bien, hay varios caminos que se podrían seguir para conseguir dicho conjunto de reglas de aplicación voluntaria, como: (i) modificar el RRI de forma que se permitiera seleccionar las reglas o principios no vinculantes como ley aplicable a los contratos europeos; (ii) seguir un modelo como el de la CESL, es decir, que la UE adoptara un conjunto de reglas como un segundo ordenamiento jurídico nacional; (iii) que la UE adoptara el conjunto

¹³⁶² Como apuntó HESSELINK ya en 2.009, “*what the Europeanisation of private law desperately needs as normative guidance at this stage is not a mere set of values or abstract principles but rather a coherent set of private law rules that sets an example and provides answers to hundreds of specific questions of private law*” (“*lo que la europeización del Derecho Privado necesita desesperadamente como orientación normativa en esta etapa no es un mero conjunto de valores o principios abstractos, sino más bien un conjunto coherente de normas de Derecho Privado que sirva de ejemplo y dé respuesta a cientos de cuestiones específicas de Derecho Privado*” –traducción propia a efectos informativos–); según HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 945.

de normas como un ordenamiento adicional a los existentes en la UE (como se concibió en un primer momento la CESL); o, (iv) que se propusiera mediante una Recomendación (artículo 192 y 288, última frase, del TFUE) el conjunto de normas sobre la Teoría General de los Contratos para ser adoptado oficialmente por aquellos Estados miembros que estuvieran de acuerdo en poner a disposición de los operadores y ciudadanos tal conjunto de normas –opción que la Comisión ya planteó en 2.010–. Todas estas opciones entrarían dentro de lo que HESSELINK denomina como perspectiva dualista, esto es, cada Estado miembro tendría dos sistemas: el nacional y el europeo. Si bien, la diferencia de las anteriores propuestas con la perspectiva de HESSELINK es que estos dos sistemas serían alternativos, es decir, cada Estado miembro tendría su propio Derecho Contractual y, además, podrían compartir un sistema común sobre la Teoría General de los Contratos que podrían aplicar en lugar del Derecho nacional¹³⁶³.

Respecto a la primera opción, la Comisión ya propuso y discutió esta alternativa en su Comunicación sobre “Un Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro” en 2.004¹³⁶⁴. Sin embargo, debido a los obstáculos políticos y a la oposición de los Estados miembros, no fue posible implementar esta opción cuando el Convenio de Roma de 1.980 se convirtió en el RRI¹³⁶⁵.

Por otro lado, previos estudios doctrinales –y, asimismo, ha sido analizado durante la presente investigación¹³⁶⁶– consideraron las posibles bases jurídicas adecuadas a efectos de adoptar un instrumento de Derecho Contractual de carácter facultativo, a saber: el artículo 114 o el artículo 352 del TFUE. Como se ha expuesto anteriormente, la Propuesta de Reglamento CESL se basó en el artículo 114 del TFUE, lo que fue ampliamente discutido, sosteniéndose por varios autores que debería haberse basado en el artículo 352 del TFUE, habida cuenta que bajo el artículo 114 del TFUE no podría promulgarse un instrumento opcional de Derecho Contractual europeo, pues el mismo no tendría por objeto la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros, sino la creación de un nuevo sistema jurídico alternativo¹³⁶⁷. En este sentido, el artículo 352 del TFUE podría proporcionar el fundamento más adecuado, toda vez que un nuevo instrumento sobre la Teoría General de los Contratos en la UE perseguiría los

¹³⁶³ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 932-937.

¹³⁶⁴ COM (2004) 651 final, *Cit.*, Anexo II.

¹³⁶⁵ WULF, A.J., 2014, *Op. Cit.*, pág. 157.

¹³⁶⁶ COSTA DE MAZARREDO, A., 2016, *Op. Cit.*

¹³⁶⁷ KUIPERS, J. J., 2011, *Op. Cit.*, pág. 545-564; ; GUTMAN, K., 2011, *Op. Cit.*, pág. 156; HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 38.

objetivos establecidos por el Tratado¹³⁶⁸, considerando que el mismo tendría trascendencia relevante para el mercado interior y promovería el modelo europeo de justicia como expresión concreta de la idea de una economía social de mercado¹³⁶⁹. Asimismo, este instrumento crearía una nueva figura jurídica, esto es, un contrato europeo, que conviviría de forma paralela con los contratos nacionales, por lo que no se trataría de una aproximación de legislaciones regulada por el artículo 114 del TFUE. Como contrapartida, el procedimiento que establece el artículo 352 del TFUE requeriría unanimidad en el Consejo, lo que supondría un fuerte compromiso político en orden a la eventual aprobación de este instrumento¹³⁷⁰. Además, la jurisprudencia del TJUE¹³⁷¹ ha considerado que sólo está justificado recurrir al artículo 352 del TFUE como base jurídica de un acto, cuando ninguna otra disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptarlo¹³⁷².

En cuanto al tipo de instrumento, como advierten HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS, el artículo 352 del TFUE se refiere a “disposiciones adecuadas”, aunque no especifica de qué tipo de disposiciones se trata. Generalmente, se acepta que este precepto no excluye *per se* ningún tipo de medida legislativa incluida en el artículo 288 del TFUE. En particular, dependiendo de las circunstancias, podría ser adecuado un Reglamento o una Recomendación¹³⁷³.

De este modo, teniendo en cuenta las dificultades con las que se enfrentó la Propuesta de Reglamento CESL y la complejidad de definir una base jurídica adecuada para este tipo de instrumento, consideramos que la opción (iv) –esto es, la adopción de una Recomendación que abarcara un conjunto de normas sobre la Teoría General de los Contratos– podría constituir un nuevo enfoque que se podría denominar como “enfoque dualista alternativo voluntario”, de forma que el instrumento fuera capaz de beneficiar a todos los Estados miembros, pero que sólo

¹³⁶⁸ La Declaración número 41 relativa al artículo 352 del TFUE dispuso que la referencia que hace el apartado 1 del artículo 352 del TFUE a los objetivos de la UE remite a los objetivos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 3 del TUE y a los objetivos enunciados en el apartado 5 del artículo 3 de dicho Tratado, relativo a la acción exterior. Por consiguiente, una acción basada en el artículo 352 del TFUE no podrá perseguir únicamente los objetivos contemplados en el apartado 1 del artículo 3 del TUE.

¹³⁶⁹ HESSELINK, M.W., “The case for a common European sales law in an age of rising nationalism. *European Review of Contract Law*”, *European Review of Contract Law*, 8 (3), 2012, pág. 17.

¹³⁷⁰ COSTA DE MAZARREDO, A., 2016, *Op. Cit.*, pág. 652.

¹³⁷¹ TJUE. As. 436/03. Sentencia de 2 de mayo de 2006, *Cit.*, Apdo. 36; TJCE. As. 350/92. Reino de España contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 13 de julio de 1995, Apdo. 26.

¹³⁷² Hay que tener en cuenta también que la Declaración número 42 relativa al artículo 352 del TFUE dispone que este precepto no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la UE más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen las funciones y acciones de la UE.

¹³⁷³ HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 33.

los que estuvieran interesados en su adopción lo pusieran a disposición de las empresas y ciudadanos para ser utilizado como un segundo régimen en materia de la Teoría General de los Contratos; y ello, sobre unos principios europeos previamente definidos. Como destacan FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS, “*The optional instrument method allows for pluralism and national laws to be respected, while providing the unity required to form a coherent and autonomous European legal system. The optional instrument does not replace the national law but complements it, offering a choice between two separate legal systems, the one provided by a particular national law, and the optional European system. National legislation is therefore not changed*”¹³⁷⁴ (“*El método del instrumento facultativo permite respetar el pluralismo y los Derechos nacionales, al tiempo que proporciona la unidad necesaria para formar un sistema jurídico europeo coherente y autónomo. El instrumento facultativo no sustituye a la legislación nacional, sino que la complementa, ofreciendo la posibilidad de elegir entre dos sistemas jurídicos distintos, el que proporciona una determinada legislación nacional y el sistema europeo facultativo. Por lo tanto, la legislación nacional no se modifica*” – traducción propia a efectos informativos–).

El propio instrumento debería prever que las partes puedan elegir aplicar sus normas (considerando 14 del RRI). Se estima que podría considerarse una medida adecuada efectos de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad¹³⁷⁵, con base en el artículo 352 del TFUE, pues se trataría de una Recomendación no vinculante para la adopción de un cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos de carácter opcional; que no supondría la sustitución de los Derechos nacionales, constituiría una medida apropiada para avanzar en la integración comunitaria y perseguiría los objetivos establecidos por los Tratados. Así, al tratarse de una medida no vinculante y siendo una invitación para la adopción de un cuerpo de normas, los Estados miembros podrían estar más dispuestos a adoptar tal Recomendación. En concreto, HESSELINK, RUTGERS, DE BOOYS sostuvieron que el artículo 352 del TFUE podría proporcionar una base jurídica adecuada para un instrumento opcional en la medida en que dicho instrumento contuviera reglas relevantes para el desarrollo del mercado interior y contribuyese a la

¹³⁷⁴ FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 29.

¹³⁷⁵ A este respecto, FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS afirmaron que “*On the legal front, optional instruments have the double advantage of being, on the surface, in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality (Article 5 TFEU) since they do not replace national laws and must be freely chosen to apply (a) and of allowing the Union to adopt a body of coherent rules, which form a complete set (b)*” (“*Desde el punto de vista jurídico, los instrumentos facultativos tienen la doble ventaja de ser, en apariencia, conformes a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (artículo 5 del TFUE), ya que no sustituyen a las legislaciones nacionales y su aplicación debe elegirse libremente (a), y permiten a la Unión adoptar un conjunto de normas coherentes, que forman un conjunto completo (b)*” – traducción propia a efectos informativos–); según FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 34.

consecución de los objetivos establecidos en los artículos 2 y 3 del TUE¹³⁷⁶, entre los cuales, cabe destacar la consecución de un espacio de justicia sin fronteras interiores y el establecimiento del mercado interior, obrando en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en una economía social de mercado altamente competitiva (artículo 3.2 y 3 del TUE).

Una vez aprobada la Recomendación, si tan sólo la mitad de Estados miembros de la UE adoptara el cuerpo de normas propuesto, los costes legales que generan las transacciones transnacionales podrían reducirse significativamente. Siguiendo a FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS, la ventaja de un instrumento opcional estriba en que se trata de una opción europea que complementa las leyes nacionales, sin modificarlas. Concilian el espíritu europeo y la soberanía nacional¹³⁷⁷. Así, esta opción simplificaría la aspiración de poner a disposición de todos los Estados miembros un cuerpo de normas sobre Derecho Contractual, siendo opcional que los Estados miembros adoptasen el mismo como parte de su ordenamiento jurídico para que las partes tuvieran la opción de elegir este instrumento como ley aplicable a su contrato¹³⁷⁸. Es decir, a diferencia de la Propuesta de Reglamento CESL –cuyo Reglamento hubiera entrado en vigor y sería aplicable a todos los Estados miembros, siendo la CESL de aplicación voluntaria cuando las partes así lo decidieran–, se trataría de un instrumento opcional tanto para las partes como para los Estados miembros.

Además, este tipo de instrumento opcional no perturbaría los ordenamientos nacionales y podría aportar claras ventajas como: mayor previsibilidad de las soluciones jurídicas; mayor seguridad jurídica gracias a su efecto uniforme; podría simplificar las relaciones transnacionales, al ofrecer a las partes la posibilidad de elegir una ley neutral aplicable a su relación jurídica; las PYMEs podrían beneficiarse significativamente de un conjunto de normas

¹³⁷⁶ HESSELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., 2008, *Op. Cit.*, pág. 34, 38.

¹³⁷⁷ FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 384.

¹³⁷⁸ Es interesante, a este respecto, traer a colación la perspectiva de HESSELINK respecto a la posible aplicación del DCFR como un instrumento de carácter voluntario, por cuanto “*In the nationalist perception, the DCFR will probably be perceived as a further attack on the national legal system. The strategy towards the DCFR is likely to be formal: the DCFR is not binding law so it can be ignored. In contrast, in the Europeanist perception, a CFR that guides us through a process of progressive gradual convergence is exactly what we need at this moment. The strategy will be to emphasise its substantive quality and the need to go beyond constitutional and other formal limits towards the further Europeanisation of private law*” (“*En la percepción nacionalista, el DCFR será probablemente percibido como un nuevo ataque al sistema jurídico nacional. Es probable que la estrategia hacia el DCFR sea formal: el DCFR no es una ley vinculante, por lo que puede ser ignorada. Por el contrario, en la percepción europeísta, un CFR que nos guíe a través de un proceso de convergencia gradual progresiva es exactamente lo que necesitamos en este momento. La estrategia consistirá en destacar su calidad sustantiva y la necesidad de ir más allá de los límites constitucionales y otros límites formales hacia una mayor europeización del Derecho Privado*” –traducción propia a efectos informativos–); según HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 934.

uniforme en las transacciones transfronterizas¹³⁷⁹; supondría que los Jueces y profesionales del Derecho no tendrían la necesidad de familiarizarse o analizar el contenido de legislaciones extranjeras; el carácter práctico del instrumento facultativo para las partes activas a nivel internacional; sería una buena demostración del sentido europeo de pertenencia actual, a una nación por un lado y a Europa por otro, es decir, el instrumento opcional sería un medio excelente para aumentar la conciencia entre la comunidad jurídica europea de que todos somos nacionales de un Estado miembro concreto y tenemos nuestra propia tradición jurídica, pero que al mismo tiempo somos europeos, con una auténtica identidad europea¹³⁸⁰; y, además, este tipo de instrumento respetaría la relación de competencia entre los Derechos Contractuales de los distintos Estados miembros. De este modo, la diversidad jurídica seguiría fomentando la innovación legal y, por tanto, contribuyendo positivamente al desarrollo del Derecho Contractual europeo¹³⁸¹.

¹³⁷⁹ De hecho, BEALE afirma que *“It is true that in many countries, parties to a cross-border sales contract can use the CISG. The CISG offers many of the same advantages as did the CESL. It provides a neutral, internationally-accepted law that is translated into many languages. But elements that are crucial for SMEs –validity and the control of unfair terms– are not covered by the CISG. They are to be determined by the otherwise-applicable law of the contract. And that brings us back to the problem of knowledge. Unless it is familiar with the otherwise-applicable law of the contract, an SME which is offered a contract to which the CISG will apply but which is on standard terms will not know whether it would be able to challenge one of those terms if it is unfair; it will not know whether the other party has a duty of disclosure; it will not know whether it might have a remedy if it finds that it has made a fundamental mistake; it may have enormous difficulty in knowing to what extent it will have protection if the other party behaves badly. All that will depend on what the law that governs these issues provides. And the position is made even more complex by the fact that in some laws, the protections that apply to domestic contracts do not apply to “international”, i.e. cross-border, contracts”* (“Es cierto que en muchos países, las partes en un contrato transfronterizo pueden utilizar la CVCIM. La CVCIM ofrece muchas de las mismas ventajas que la CESL. Ofrece una ley neutral, aceptada internacionalmente y traducida a muchos idiomas. Pero los elementos que son cruciales para las PYMEs -la validez y el control de las cláusulas abusivas- no están contemplados en la CVCIM. Deberán ser determinados por la ley que sería aplicable al contrato. Y esto nos lleva de nuevo al problema del conocimiento. A menos que conozca la ley que sería aplicable al contrato, una PYME a la que se le ofrezca un contrato al que se aplique la CVCIM pero que esté sujeto a cláusulas estándar no sabrá si podrá impugnar una de esas cláusulas si es abusiva; no sabrá si la otra parte tiene un deber de información; no sabrá si puede tener remedios si descubre que ha cometido un error fundamental; puede tener enormes dificultades para saber en qué medida tendrá protección si la otra parte tiene un comportamiento inaceptable. Todo ello dependerá de lo que disponga la ley que rige estas cuestiones. Y la situación se complica aún más por el hecho de que en algunas leyes, las protecciones que se aplican a los contratos nacionales no se aplican a los contratos “internacionales”, es decir, transfronterizos” –traducción propia a efectos informativos–); según BEALE, H., 2016, *Op. Cit.*, pág. 18.

¹³⁸⁰ Resumen de las respuestas de los Estados miembros incluido en el análisis de FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS; en FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 348-349, 357.

¹³⁸¹ Y ello, considerando las dudas que se generaron en torno a la Propuesta de Reglamento CESL en cuanto a que podría haber debilitado la competencia entre los ordenamientos jurídicos y, en última instancia, desalentado la innovación jurídica; según WULF, A.J., 2014, *Op. Cit.*, pág. 141, 157, 158.

Si bien, está claro que esta opción exigiría invertir tiempo en la preparación del cuerpo de normas, es decir, sería necesario continuar con el estudio y profundizar sobre el conocimiento existente del Derecho Contractual de cada uno de los Estados miembros a nivel general¹³⁸². FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS destacan, además, que cuanto mayor fuera la autonomía del instrumento facultativo con respecto al Derecho nacional y más completo fuera, mayores serían sus posibilidades de éxito —es decir, cualquier necesidad de referirse al Derecho nacional podría suponer un fracaso—¹³⁸³. En consecuencia, habría que evaluar si es adecuado y razonable que, como consecuencia de la elección del instrumento opcional, las partes pudieran apartarse de las normas imperativas; es decir, para que un instrumento opcional aportase valor añadido, sería necesario que las normas nacionales imperativas quedasen sin efecto. No obstante, habría que tener en cuenta que tales normas se establecen para proteger a una de las partes (normalmente la parte que se considera más débil)¹³⁸⁴, por lo que sería preciso un estudio de este aspecto, de forma que las partes no perdieran su nivel de protección que sí tendrían conforme a las normas nacionales; y que, al mismo tiempo, no requiriera la aplicación del Derecho nacional de modo suplementario.

Además, a la hora de implantar un instrumento opcional proponemos tener en cuenta los siguientes factores: sería esencial una campaña de sensibilización exitosa; la elección del instrumento opcional sólo sería real si esta elección fuera clara; habría que analizar las dificultades existentes por la existencia de diferentes versiones lingüísticas del instrumento; sería necesario aclarar la relación entre el instrumento opcional y el RRI; y, el instrumento debería tener un carácter flexible, de forma que pudiera ir actualizándose su contenido a nivel supranacional¹³⁸⁵ incluyendo la normativa que la propia UE fuera promulgando a través de las Directivas y Reglamentos y que tuvieran incidencia en la Teoría General de los Contratos, de

¹³⁸² En este sentido, ZIMMERMANN apunta que el largo tiempo que ha requerido la preparación de las codificaciones nacionales es uno de los factores que han contribuido a su éxito, así como el hecho de que las mismas hayan sido facilitadas por la existencia de una doctrina jurídica bien establecida y documentada. Por el contrario, la CESL se elaboró con gran premura (en apenas un año y medio) y se basó, además, en la CVCIM y en conjuntos de normas modelo (como, entre otros, los PECL, Principios de UNIDROIT o el DCFR) que se han publicado hace relativamente poco tiempo y que, hasta ahora, no se han sometido a un examen riguroso desde el punto de vista académico o práctico; según ZIMMERMANN, R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 392-393.

¹³⁸³ FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 26, 32.

¹³⁸⁴ Resumen de las respuestas de los Estados miembros incluido en el análisis de FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS; en FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 349, 358.

¹³⁸⁵ Como destaca WARBURTON “*It is preferable that amendments be either adopted by all Member States, or none at all, as this avoids the fragmentation that is present in the US system*” (“*Es preferible que las enmiendas sean adoptadas por todos los Estados Miembros, o por ninguno, ya que así se evita la fragmentación que existe en el sistema estadounidense*” —traducción propia a efectos informativos—); según WARBURTON, J. M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 253.

modo que constituyera un corpus actualizado y coherente que los Estados que así lo decidan pudieran utilizar¹³⁸⁶.

Como contrapartida, debemos considerar que la anterior solución podría aportar complejidad al sistema ya existente. Como en su día comentó DORALT, podría ser que las empresas sólo pudieran someter una parte de sus contratos al nuevo instrumento, lo que supondría tener que lidiar con un nuevo régimen jurídico, haciendo poco atractivo entonces la aplicación de la Teoría General de los Contratos a nivel de la UE. Sin embargo, creemos que nuestra propuesta podría conllevar indudables ventajas para partes situadas en distintos Estados miembros; pues con el régimen actual, en muchas ocasiones, la legislación aplicable al contrato es desconocida para una de las partes, con la incertidumbre jurídica que ello implica, lo que igualmente conlleva lidiar con un nuevo régimen jurídico. La ventaja de contar con un régimen común residiría, por tanto, en no tener que analizar la legislación extranjera en cada transacción, sino en aplicar una legislación común para ambas partes..

Así las cosas, siguiendo a FAUVARQUE-COSSON y BEHAR-TOUCHAIS, las cuatro reglas para crear un instrumento facultativo de éxito son de sentido común: valor añadido, comunicación, autonomía e integridad y seguridad jurídica¹³⁸⁷. En este sentido, entendemos que un instrumento opcional sobre la Teoría General de los Contratos debería cumplir con tales reglas, por cuanto: (i) aportaría valor añadido, pues sería un instrumento que podría ser más útil para las partes contratantes en sus relaciones transnacionales dentro de la UE que los instrumentos existentes a día de hoy, dando opción a las partes para elegir un instrumento neutro, de forma que ninguna se favoreciera de la aplicación de su ley nacional, que podría ser desconocida para la otra parte; (ii) sería necesaria una gran comunicación del nuevo instrumento, de forma que; por un lado, los Estados miembros conocieran su adopción y ventajas, pudiendo escoger la opción de adoptarlo dentro de su ordenamiento jurídico; y, por otro, de ser adoptado por los Estados miembros, las partes contratantes pudieran acceder fácilmente a su contenido, informarse, y decidir regular sus contratos conforme a la nueva legislación; (iii) debería tratarse de un instrumento lo más autónomo y completo posible, con las menores referencias posibles a la legislación nacional; y, (iv) debería buscarse una solución para que la seguridad jurídica no se viera comprometida, asegurando una aplicación e interpretación uniforme en los Estados miembros que adoptasen el instrumento opcional.

¹³⁸⁶ A este respecto, WARBURTON considera que un instrumento opcional es preferible a efectos de fomentar la innovación jurídica. En concreto, sostiene que “*in order to encourage legal innovation and to disincentivize behaviors detrimental to other states, an optional instrument is preferable*” (“*para fomentar la innovación jurídica y desincentivar los comportamientos perjudiciales para otros Estados, es preferible un instrumento opcional*” –traducción propia a efectos informativos–); según WARBURTON, J. M., 2016, *Op. Cit.*, pág. 247.

¹³⁸⁷ FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., 2012, *Op. Cit.*, pág. 386.

Visto lo cual, consideramos necesario continuar el camino hacia la unificación del Derecho Contractual en la UE, en concreto sobre la Teoría General de los Contratos, teniendo en cuenta también los obstáculos jurídicos, técnicos y políticos que se podrían presentar a la hora de plantearse la adopción de un conjunto de reglas de aplicación voluntaria, objetivo que podría conseguirse a través de varias alternativas, decantándonos aquí por una Recomendación teniendo como base jurídica el artículo 352 del TFUE. Se trataría de un instrumento con carácter voluntario, tanto en lo que se refiere a su adopción por los Estados miembros, como a la hora de ser elegido por las partes como ley aplicable sus contratos. De este modo, el principal objetivo a corto plazo constituiría conseguir una unificación probablemente parcial, pero que sólo la aplicación uniforme, promoción, desarrollo y actualización posterior del instrumento podrían decidir su éxito a largo plazo y su posible adopción como instrumento vinculante.

No hay que olvidar aquí que el estudio de la interpretación jurisprudencial de las normas unificadas es particularmente importante, dado que sin un intérprete común, no puede haber unidad jurídica. En relación con este aspecto, apunta ARENAS GARCÍA que las posibilidades en este sentido son varias, aunque deben darse pasos para la integración de organizaciones judiciales o para la creación de una jurisdicción europea que interactuaría con las jurisdicciones nacionales y que podría servir para profundizar en la confianza mutua entre organizaciones jurisdiccionales¹³⁸⁸. HESSELINK, por su parte, consideró que “*Community private law should be subject to a new European method that should apply to Community law in the same way in all the member states and with the ECJ as its highest authority*” (“*El Derecho Privado comunitario debe ser objeto de un nuevo método europeo que se aplique al Derecho comunitario de la misma manera en todos los Estados miembros y con el TJCE como su máxima autoridad*” – traducción propia a efectos informativos”–)¹³⁸⁹. DORALT también llamó la atención sobre esta necesidad “*The introduction of an optional contract law should be accompanied by a plan for the judiciary, securing an efficient resolution of disputes and allowing a rapid development of case law. The Court of First Instance and the Court of Justice of the European Union are likely to need additional resources. This seems difficult to estimate in advance. But courts both on a national and on the European level would inevitably have to work with an additional regime*” (“*La introducción de un Derecho Contractual facultativo debería ir acompañada de un plan para el poder judicial, que asegure una solución eficiente de las controversias y permita un rápido desarrollo de la jurisprudencia. Es probable que el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea necesiten recursos adicionales. Esto parece difícil de estimar de antemano. Pero los Tribunales tanto a nivel nacional como europeo tendrían inevitablemente que trabajar con un régimen adicional*” – traducción propia a efectos

¹³⁸⁸ ARENAS GARCÍA, R., 2019, *Op. Cit.*, pág. 48.

¹³⁸⁹ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 937.

informativos–)¹³⁹⁰. O bien, ZIMMERMANN, quien destacó que “*A fundamental reform of the European court structure would thus appear to be necessary for a comprehensive act of legislation in the field of private law to stand any chance of success*” (“*Así pues, parece necesaria una reforma fundamental de la estructura judicial europea para que un cuerpo normativo completo en el ámbito del Derecho Privado tenga alguna posibilidad de éxito*” – traducción propia a efectos informativos–)¹³⁹¹.

Sin perjuicio de que este particular extremo no ha sido objeto de estudio en la presente Tesis dada su extensión y especial complejidad, una posible solución que podríamos considerar sería la instauración de un “Tribunal Supremo” a nivel Europeo, es decir, otorgarle poderes al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) a efectos de interpretar el cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos en la UE. De esta forma, los conflictos entre las partes se podrían someter a los Tribunales de los Estados miembros, en Primera y Segunda Instancia, siendo la Tercera Instancia el TJUE. Otra posibilidad sería la creación de un Tribunal especializado de acuerdo con el artículo 257 del TFUE¹³⁹², encargado de conocer en Primera Instancia de recursos relativos al Derecho Contractual europeo.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Una vez establecido el método idóneo para la unificación jurídica, nos preguntaríamos cuál es el ámbito de aplicación al que vamos a dirigir nuestra propuesta, esto es, el ámbito de aplicación personal, material y territorial, así como las primeras bases del contenido de tal propuesta agrupando una serie de normas que se consideren mejores que las existentes (*better rules*), precisamente tomando como punto de partida, entre otros, textos como los PECL. Ello no obsta a que sea necesaria una labor de búsqueda de normas comunes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, considerando asimismo la necesidad de establecer una regulación moderna, y adaptada a las necesidades de todos los operadores jurídicos en la UE, con independencia de su nacionalidad, a efectos de contribuir a facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, proponiendo a los contratantes concluir sus contratos sobre una base común.

Como destacó HESSELINK en su momento, a efectos de seguridad jurídica, es esencial formular con la mayor claridad y precisión posible cuál sería el alcance del instrumento que abordaría una unificación jurídica¹³⁹³.

¹³⁹⁰ DORALT, W., 2011, *Op. Cit.*, pág. 5.

¹³⁹¹ ZIMMERMANN, R., 2012, *Op. Cit.*, pág. 395.

¹³⁹² BASEDOW, J., 2010, *Op. Cit.*, pág. 192.

¹³⁹³ HESSELINK, M.W., 2010, *Op. Cit.*, pág. 11.

En cuanto al ámbito de aplicación personal, hay que tener en cuenta la existencia actualmente de normas aplicables a los contratos entre empresas, como a los contratos concluidos entre empresas y consumidores. En este sentido, la mayoría de los ordenamientos jurídicos cuentan con una regulación general del Derecho Contractual en el Código Civil, junto con leyes especiales que regulan las normas aplicables a los consumidores, fruto de la transposición de las Directivas europeas. No obstante, esta diferente regulación y distinción entre normas generales de Derecho Contractual y normas especiales da lugar a la diversidad jurídica, toda vez que, por ejemplo, el comerciante no sólo tiene que contemplar la Directiva, sino la forma en que cada país la ha transpuesto. Y ello, debido a que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento Roma I (RRI), siempre que un comerciante haya dirigido sus actividades a consumidores en otro Estado miembro, debe cumplir el Derecho Contractual de ese Estado miembro. En caso de que las partes hayan elegido otra ley aplicable y que las disposiciones obligatorias de protección de los consumidores del Estado miembro del consumidor prevean un nivel de protección más elevado, deben respetarse estas disposiciones obligatorias. Así, los comerciantes han de saber de antemano si la ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor ofrece un mayor nivel de protección y asegurarse de que su contrato cumpla los requisitos que en ella se establecen.

Por consiguiente, consideramos que para definir el ámbito de aplicación habría que tener en cuenta la existencia de normas aplicables a todos los contratos entre empresas (B2B – *Business to Business*)¹³⁹⁴ y normas generales sobre Derecho Contractual de Consumo (B2C – *Business to Consumers*). Como indicó REICH, “*Functioning consumer markets have two partners, namely business and consumers, and both need protection of their specific economic interests*” (“*Los mercados de consumo en funcionamiento tienen dos socios, a saber, las empresas y los consumidores, y ambos necesitan protección de sus específicos intereses económicos*” –traducción propia a efectos informativos–)¹³⁹⁵. En este sentido, sostiene FENOY PICÓN que la incorporación del núcleo del Derecho Contractual con consumidores al Código Civil permitiría un más fácil manejo de la legislación de las obligaciones y contratos en general

¹³⁹⁴ BEALE consideró que “*I believe that to leave B2B contracts entirely to one side would be to miss a real opportunity to provide a simple system by which traders may make simple online purchases without having to worry about withdrawal rights, inadequate information or unfair terms. This would make it significantly easier for traders, particularly SMEs, to do business with each other across borders, and thus would contribute to the development of the Internal Market*” (“*Creo que dejar los contratos B2B totalmente de lado sería perder una verdadera oportunidad de ofrecer un sistema sencillo por el cual los comerciantes puedan hacer compras sencillas en línea sin tener que preocuparse por los derechos de desistimiento, la información inadecuada o las cláusulas abusivas. Esto facilitaría considerablemente a los comerciantes, en particular a las PYMEs, hacer negocios entre sí a través de las fronteras, y contribuiría así al desarrollo del mercado interior*” –traducción propia a efectos informativos–); según BEALE, H., 2016, *Op. Cit.*, pág. 16.

¹³⁹⁵ REICH, N., 2005, *Op. Cit.*, pág. 395.

y de la legislación de la contratación con consumidores¹³⁹⁶. Frente a tal afirmación, apunta SÁNCHEZ LORENZO, por su parte, que las normas protectoras de los contratos de consumo no encajan fácilmente en los contratos comerciales, ni siquiera con las PYME. De hecho, afirma este autor que si se separan ambos ámbitos de las transacciones, podrían encontrarse propuestas más razonables y eficaces para lograr una verdadera revitalización de los contratos internacionales¹³⁹⁷.

Así las cosas, convendría estudiar el modelo que sería preferible seguir: en primer lugar, podría plantearse seguir el enfoque de la Propuesta de Reglamento CESL (en su redacción original), es decir, un conjunto normativo que contuviera reglas aplicables en general en los contratos entre empresas, junto con un conjunto de reglas que otorgaran mayor protección a consumidores y PYMEs. Así, se ha considerado que la diferencia entre las normas aplicables a las relaciones B2B frente a las relaciones B2C deben también tener en cuenta la posición de las PYMEs¹³⁹⁸, toda vez que muchas veces pueden ser tan vulnerables como los consumidores, en

¹³⁹⁶ FENOY PICÓN, N., 2015, *Op. Cit.*, pág. 1006-1008, 1069.

¹³⁹⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S., 2013(I), *Op. Cit.*, pág. 216.

¹³⁹⁸ En este sentido, BEALE afirma lo siguiente: “*Larger businesses may actually not sell across borders: they may open a subsidiary in the buyers’ country. Secondly, larger businesses are more likely to have the expertise to deal with foreign laws. Thirdly, they are likely to be entering larger transactions with higher values, when the cost of obtaining legal advice about foreign law will be relatively much lower than with a small transaction. SMEs are often not so sophisticated and they will not think the cost of taking expert advice can be justified. So if they were to make cross-border contracts they would have to take the legal risk. And that brings us to another difference. I strongly suspect that smaller businesses are generally more risk averse than larger ones. Putting it simply, they cannot afford to take the same risks. I suspect many are simply put off from trying cross-border selling. It is SMEs that we need to target*” (“*Las grandes empresas pueden no realizar ventas transfronterizas: pueden abrir una filial en el país del comprador. En segundo lugar, es más probable que las grandes empresas tengan la experiencia necesaria para tratar con leyes extranjeras. En tercer lugar, es probable que realicen transacciones de mayor envergadura y mayor valor, cuando el coste de obtener asesoramiento jurídico sobre la legislación extranjera sea relativamente mucho menor que en el caso de una transacción pequeña. Las PYMEs no suelen ser tan sofisticadas y no pensarán que el coste de obtener asesoramiento de expertos pueda justificarse. Por lo tanto, si tuvieran que concluir contratos transfronterizos, tendrían que asumir el riesgo jurídico. Y eso nos lleva a otra diferencia. Sospecho firmemente que las empresas más pequeñas suelen tener más aversión al riesgo que las grandes. En pocas palabras, no pueden permitirse asumir los mismos riesgos. Sospecho que muchos simplemente están desanimados para intentar la venta transfronteriza. Es a las PYMES a las que debemos dirigirnos*” –traducción propia a efectos informativos); según BEALE, H., 2016, *Op. Cit.*, pág. 16.

O bien ROPPO, quien alude al factor de asimetría como motivo por el cual un cliente (no necesariamente un consumidor) necesita protección legal, afirmando que: “*Generalmente, la asimetría de mercado hace del cliente la parte que necesita protección legal, por el hecho de que el cliente es el destinatario de la prestación característica del contrato, mientras que la otra parte es el proveedor; y porque de frente a dicha prestación, el cliente, en la mayoría de casos, es un outsider, sin la información específica y sin la posibilidad de controlar a la parte que, en calidad de insider, ejecuta la prestación*”. Así, sostiene que “*Las normas que se basan en una política de protección al cliente tienen que ver con contratos comerciales, en los que una parte (el proveedor) es necesariamente una empresa, pero son neutras con*

lo que respecta a la falta de información, la inexperiencia y la dependencia¹³⁹⁹. En este sentido, podemos observar como el legislador europeo ya tuvo en cuenta tal circunstancia, por ejemplo, en la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2.005), en cuyo considerando 8 alude a que *“Existen, indudablemente, otras prácticas comerciales que, aunque no perjudican al consumidor, pueden dañar a los competidores y a los clientes de las empresas”*. O bien, la Comisión Europea en el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (2.006) en el cual se alude específicamente a que *“debemos asegurarnos de que las empresas, en particular las PYME, puedan beneficiarse de un entorno regulador más predecible y unas normas europeas simplificadas, al objeto de disminuir sus gastos derivados de la puesta en conformidad y, de manera más general, facilitar sus intercambios comerciales en la UE, independientemente de donde estén establecidas”*. También el RRI tuvo en cuenta la posición de la parte débil del contrato, no teniendo que ser necesariamente un consumidor, en su considerando 23: *“En cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales”*.

Si bien, entendemos que este enfoque requeriría de una concreta definición única de cada tipo de parte contractual, es decir, debería quedar claramente delimitado cuando una empresa

respecto al estatus de la otra parte (el cliente). Éstas, entonces, incluyen tanto los contratos B2C como los B2B”; según ROPPO, V., 2011, *Op. Cit.*, pág. 189.

¹³⁹⁹ HESSELINK, M.W., 2009, *Op. Cit.*, pág. 967.

se considera PYME¹⁴⁰⁰ y la definición de consumidor¹⁴⁰¹; o bien, como proponen REICH y MICKLITZ, extender la noción de consumidor a aquellas empresas necesitadas de protección¹⁴⁰². No obstante, habría que tener en cuenta también el hecho de que las definiciones existentes pueden variar entre los distintos instrumentos jurídicos y, asimismo, entre las normativas nacionales. Lo anterior podría suponer un inconveniente a la hora de decantarse por una definición u otra y, además, considerar que, junto con la definición que determinara un texto común sobre la Teoría General de los Contratos en la UE, ésta coexistiría con diversas definiciones contenidas ya en los instrumentos comunitarios y en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, lo que podría aumentar la complejidad e inseguridad jurídica.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que sería preferible, en términos de seguridad y certidumbre jurídica, adoptar un texto que no diferenciara entre categorías de distintos actores

¹⁴⁰⁰ A este respecto, se puede considerar la definición de “empresa” y “PYME” contenida en el Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE núm. 187/1, de 26 de junio de 2014), en cuyo Anexo I dispone como definición de “empresa” (artículo 1): “*Se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, así como las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular*”; y, como definición de “PYME”: “*1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR. 2. En la categoría de las PYME, se define pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones EUR. 3. En la categoría de las PYME, se define microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones EUR*”. A este respecto, ya la Propuesta de Reglamento CESL incluyó una definición similar de PYME (artículo 7.2): “*A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que: (a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y (b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país*”.

¹⁴⁰¹ Es interesante considerar las definiciones de “consumidor” que se pueden encontrar en los distintos instrumentos. Así, la Directiva DCONSUM (2.011) define al consumidor como “*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*”, pudiéndose encontrar la misma definición en otras Directivas europeas como las recientes Directivas CCB y CSCD (2.019) o en la Propuesta de Reglamento (CESL). Frente a esta definición, el DCFR incluye un matiz al considerar “consumidor” como “*toda persona física que actúe principalmente con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa o profesión*”, donde “principalmente” otorga un carácter más flexible al concepto de consumidor que el contenido en las Directivas y en la Propuesta de Reglamento CESL.

¹⁴⁰² Estos autores cuestionaban al enfoque que había adoptado la CESL (en su versión original) de extender el ámbito de aplicación a los contratos B2B; si bien, estaban de acuerdo en que había una necesidad de buscar medidas legislativas apropiadas para la protección de las PYMEs, partiendo de la base de que podría ser más sencillo extender la noción de consumidor que introducir una nueva categoría de “empresa necesitada de protección”; según MICKLITZ, H-W.; REICH, N., 2012, *Op. Cit.*, pág. 13.

que pueden ser partes de un contrato (como grandes empresas, PYMEs, consumidores, particulares), es decir, que sólo se refiriera genéricamente a las partes del contrato (como los PECL) o al comprador / vendedor (como la CVCIM). Y ello, dado que evitaría la complejidad jurídica, en un texto de carácter general, de tener que definir cada una de las partes contratantes, las normas generales para cada una de estas categorías y los tipos de contrato y simplificaría el conjunto normativo (en comparación con la complejidad que, por ejemplo, hubiera conllevado la aplicación de la CESL¹⁴⁰³). También hay que considerar que un texto común sobre la Teoría General de los Contratos en la UE tendría que contener normas de consumo que proporcionara un nivel similar o mayor de protección a los consumidores que el existente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, con la complejidad adicional de que el nivel puede variar de país a país, y podría ser que en algún país el consumidor pudiera perder inevitablemente parte de su protección como consecuencia de la aplicación del nuevo texto. Y, más teniendo en cuenta que se trataría de un texto de carácter general, no destinado a regular contratos o relaciones específicas, esto es, de la regulación de la Teoría General de los Contratos en la UE¹⁴⁰⁴.

Por tanto, debería tratarse de un marco general aplicable a todo tipo de contratos: tanto a las transacciones entre empresas, como a las transacciones entre empresas y consumidores o PYMEs y transacciones entre particulares. También hay que tener en cuenta que, como bien afirma VALPUESTA GASTAMINZA, muchas de las normas enunciadas hasta ahora sólo para consumidores, son más bien reglas generales propias de una contratación que responda a los principios de transparencia y buena fe, de una contratación sometida a los principios del mercado¹⁴⁰⁵, por lo que no se debería descartar adoptar normas con carácter general hasta ahora sólo contenidas en el Derecho de Consumo.

¹⁴⁰³ Además, se sostenía que no estaba claro que la elección de la CESL pudiera tener el efecto de desplazar las normas imperativas nacionales cuando estas fueran más favorables para el consumidor; según ARROYO I AMAYUELAS, E., 2014, *Op. Cit.*, pág. 218-220..

¹⁴⁰⁴ Como HESSELINK apuntó en 2010 respecto a la posibilidad con contar con un vigésimo octavo régimen de Derecho Contractual en la UE: “*even if the optional instrument will contain consumer protection of a very high level it is unlikely that the 28th regime, compared to all other 27, will consistently provide the highest level protection on all subjects. Therefore, for some consumers a choice for an optional instrument will inevitably lead to some loss of protection on at least some subjects. The degree will differ from country to country*” (“*Aunque el instrumento facultativo contenga una protección del consumidor de muy alto nivel, es poco probable que el 28º régimen, en comparación con los otros 27, ofrezca sistemáticamente el nivel de protección más alto en todos los aspectos. Por consiguiente, para algunos consumidores la elección de un instrumento facultativo conducirá inevitablemente a cierta pérdida de protección en al menos algunas materias. El grado será diferente de un país a otro*” – traducción propia a efectos informativos–); según HESSELINK, M.W., 2010, *Op. Cit.*, pág. 16.

¹⁴⁰⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2013, *Op. Cit.*, pág. 210-211.

Estimamos, además, que dicho texto común sobre la Teoría General de los Contratos debería convivir con un texto común de similares características aplicable a las relaciones de consumo, que recogiera aquellas normas específicas aplicables a las relaciones de consumo, que supusiera la simplificación del marco normativo en este ámbito e incluyera normas protectoras que fueran iguales en todos los países de la UE (proyecto que no es objeto de análisis de esta Tesis pero que se estima que debería considerarse de forma paralela a la adopción de un texto común general sobre la Teoría General de los Contratos). Ambos textos deberían estar coordinados, de forma que su aplicación se realizara de forma coherente, simplificando a la par que impulsando las transacciones transfronterizas en la UE. La ventaja más importante que conllevaría la implantación de este marco normativo para las empresas que operan en varios Estados miembros sería el poder contar con dos sistemas diferenciados establecidos a nivel de la UE, sin tener que especializarse en el Derecho Contractual y de Consumo de distintos Estados. Para estas empresas, esta ventaja podría ser tan importante que, aunque el del texto común sobre el Derecho de Consumo contuviera un nivel de protección del consumidor más elevado que las leyes de algunos de los Estados Miembros en los que operan, seguirían ganando más con la reducción de los costes asociados a un solo régimen que con el hecho de no optar por el texto común en un Estado Miembro no tan favorable al consumidor¹⁴⁰⁶.

En cuanto al ámbito de aplicación material, en nuestra opinión, el instrumento debería contener normas aplicables a todo tipo de contratos, tanto en línea como a distancia, dando particular relevancia al ámbito digital del Derecho Contractual a efectos de impulsar y colmar las lagunas del comercio electrónico transfronterizo. En una segunda fase, podría analizarse si una regulación de contratos en particular (compraventa, distribución, arrendamiento, préstamo, etc.) podría ser beneficioso a efectos de reducir la incertidumbre jurídica y las divergencias entre los distintos Estados miembros. No obstante, estimamos como prioritaria la creación de una compilación de normas generales sobre la Teoría General de los Contratos en la UE.

Ahora bien, no habría que perder de vista las críticas que surgieron en torno a la CESL, pues tal compilación no regulaba todas las materias aplicables al ciclo de vida de un contrato. Ello podría suponer una complejidad adicional, dado que se estaría regulando una parte del contrato conforme al nuevo instrumento y otra conforme al Derecho nacional. De esta forma, idealmente, habría que configurar un ámbito material de aplicación que abarque todos los ámbitos, en la medida de lo posible, afectados por la relación contractual. No obstante, lo anterior se torna complicado, porque supondría incluir, entre otras, cuestiones que afectasen a la capacidad, representación, etc., a los que las partes podrían no estar dispuestas a renunciar y querer seguir rigiéndose por su Derecho interno. Si bien, podría pensarse en un sistema por el

¹⁴⁰⁶ HESSELINK, M.W., 2010, *Op. Cit.*, pág. 16

que las partes excluyesen aquellas materias en las que prefirieran regirse por sus Derechos nacionales.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación territorial, un texto común sobre la Teoría General de los Contratos se aplicaría precisamente a las relaciones contractuales que tengan lugar dentro de la UE. Bajo esta premisa, un contrato sería calificado como “comunitario” cuando alguno de sus elementos objetivos (lugar de celebración y ejecución del contrato, lugar de situación del bien, lugar de entrega de la cosa, domicilio social de las partes, etc.) se encontrase conectado con dos o más ordenamientos jurídicos presentes en la UE. Si bien, ello no obstaría a que dicha regulación pudiese aplicarse también a los contratos cuyos elementos estuviesen ubicados en un único Estado miembro. Lo anterior sería preferible, toda vez que, como ya consideró DORALT, *“Limiting a new contract law that is introduced to overcome legal fragmentation in Europe can therefore hardly be limited to cross-border trade: It would result in a division of markets in Europe. The result would not be one European market but a local national market for national businesses and a market dealing with cross-border transactions”* (“Por consiguiente, la limitación de un nuevo Derecho Contractual que se introduce para superar la fragmentación jurídica en Europa difícilmente puede limitarse al comercio transfronterizo: daría lugar a una división de los mercados en Europa. El resultado no sería un mercado europeo sino un mercado nacional local para las empresas nacionales y un mercado que se ocupara de las transacciones transfronterizas” –traducción propia a efectos informativos–)¹⁴⁰⁷. También FUCHS afirmó que *“For the optional instrument, it would be preferable if it were not limited to cross-border contracts. A consumer who is looking on the Internet for a good deal should be in the position to press the “blue button” irrespective of whether the seller has its seat in the same or in another Member State. Only then will the parties be convinced that the optional instrument is not another foreign law, but part of their own legal system”* (“En el caso del instrumento facultativo, sería preferible que no se limitara a los contratos transfronterizos. Un consumidor que busca en Internet una buena oferta debería estar en condiciones de pulsar el “botón azul”, independientemente de que el vendedor tenga su sede en el mismo o en otro Estado miembro. Sólo entonces se convencerá a las partes de que el instrumento facultativo no es otro Derecho extranjero, sino parte de su propio sistema jurídico” –traducción propia a efectos informativos–)¹⁴⁰⁸.

Por tanto, un conjunto de reglas de aplicación voluntaria debería ser aplicable a todo tipo de contratos, desde el punto de vista de aplicación material y personal, es decir, sin diferenciar el tipo de contratante al que dichas reglas se dirigieran (ya se tratara de particulares, consumidores, PYMEs o grandes empresas) y que abarcara el ciclo de vida de un contrato con

¹⁴⁰⁷ DORALT, W., 2011, *Op. Cit.*, pág. 16.

¹⁴⁰⁸ FUCHS, A., "European contract law: the way forward", *ERA Forum*, 12, 1, 2011, pág. 5.

carácter general, tanto en línea como a distancia. Por último, desde el punto de vista territorial, este conjunto de normas sería aplicable a las relaciones contractuales que tengan lugar dentro de la UE, tanto si las partes están ubicadas en distintos Estados miembros, como se encuentran en el mismo.

IV. *BETTER RULES*

El objetivo, por ende, de un texto común sobre la Teoría General de los Contratos en la UE estribaría en conseguir un conjunto de –como lo denominaría ya en su día la Comisión Lando– *Better rules*, es decir, crear una normativa mejor. De este modo, y de acuerdo con ARENAS GARCÍA, la determinación según el DIPr de cuál fuera el Derecho europeo aplicable tendría una importancia menor dada la existencia de elementos comunes en todos ellos¹⁴⁰⁹. Si bien, es necesaria en esta etapa una labor de búsqueda de normas comunes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, así como una labor de comparación en cuanto a las diferencias legislativas existentes en cada uno de los ordenamientos, teniendo en cuenta también la regulación contenida en las modernas propuestas de unificación. Y ello, a efectos de establecer una regulación moderna, y adaptada a las necesidades de todos los operadores jurídicos en la UE, con independencia de su nacionalidad, para contribuir a facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, proponiendo a los contratantes concluir sus contratos sobre una base común. Por consiguiente, se expone a continuación dicha labor de búsqueda y comparación centrada en el análisis de los principales elementos que componen la Teoría General de los Contratos en los ordenamientos ya analizados en la presente Tesis (español, francés, italiano, alemán e inglés), así como en las propuestas de unificación estudiadas (los PECL y la CESL).

4.1. Concepto de contrato.

Respecto al concepto de contrato habría que considerar las distintas opciones que abarcan tanto las propuestas de unificación, como los propios ordenamientos jurídicos. Es importante destacar que todos los sistemas jurídicos continentales parten de que las partes son libres de concluir o no un contrato, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad. Así, cada uno de los ordenamientos cuenta con una determinada noción de contrato –aunque no siempre similar y definida específicamente– con base principalmente en el acuerdo o encuentro de dos o más voluntades (en este sentido, artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil español; artículo 1.101 del Código Civil francés; artículo 1.321 del Código Civil italiano; § 311 del BGB) y en los principios de autonomía de la voluntad, libertad contractual (artículo 1.255 del Código Civil español, artículo 1.102 del Código Civil francés, artículo 1.322 del Código Civil italiano,

¹⁴⁰⁹ ARENAS GARCÍA, R., 2019, *Op. Cit.*, pág. 25

artículo 2.1 de la Ley Fundamental Alemana) y relatividad de los contratos –*privity of contract* en Derecho inglés– (artículo 1.257 del Código Civil español, artículo 1.103 del Código Civil francés, artículo 1.372 del Código Civil italiano), aunque este último principio cuenta con cierta flexibilización en el Derecho alemán como consecuencia del reconocimiento de los deberes de protección que pueden surgir no sólo entre las partes contratantes, sino también frente a terceros.

Es interesante observar como el concepto de contrato del Código Civil italiano abarca tanto el efecto constitutivo de la relación jurídica contractual como el normativo, no incluido actualmente en los Códigos Civiles español y francés. Sin embargo, sí se observa un acercamiento en las propuestas de modernización del Código Civil español, incluyendo un concepto de contrato similar al italiano.

Por su parte, el Derecho inglés concibe el contrato como la asunción voluntaria por las partes de obligaciones respecto de la otra parte, es decir, concibe al contrato como un intercambio de promesas entre las partes. No obstante, una voluntad unilateral que obliga sin necesidad de aceptación no se considera como fuente de las obligaciones en algunos ordenamientos (como en el Derecho español, artículo 1.089 del Código Civil) o sólo se considera fuente de obligaciones en los casos expresamente establecidos por la ley (como en el Derecho italiano, artículo 1.987 del Código Civil). En cambio, el Derecho francés sí que se muestra a favor de la fuerza obligatoria o la eficacia de la promesa unilateral, al igual que la fuerza obligatoria y eficacia del pacto de preferencia (artículos 1.123 y 1.124 del Código Civil)¹⁴¹⁰. Por su parte, el Derecho inglés también admite la promesa unilateral como fuente de las obligaciones, toda vez que aunque una sola de las partes se obligue a llevar a cabo una prestación, del contrato debe inferirse para ella una ventaja de contenido económico¹⁴¹¹. El BGB alemán, asimismo, admite expresamente la validez de las promesas unilaterales sin aceptación cuando así se ha declarado en la promesa o se desprende de su naturaleza; de modo que sólo la promesa aceptada puede constituir un contrato, pero si no es aceptada puede existir una promesa unilateral vinculante o *pollicitatio*¹⁴¹². Según lo anterior, es patente como algunos ordenamientos jurídicos no admiten las promesas gratuitas (sin contraprestación), mientras que otros sí las aceptan; pero, aclaran LANDO y BEALE, sólo si se declaran de manera solemne o si tratan de cumplir con un objetivo socialmente deseable que no podría lograrse de otra manera. Estos autores opinan que no parece fundado el temor a que, al admitir las promesas gratuitas, vayan a producirse resultados socialmente no deseables, cumpliendo muchas de estas promesas objetivos comerciales legítimos. Asimismo, apuntan que tampoco se necesita averiguar la

¹⁴¹⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., Capítulo I.5, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 18.

¹⁴¹¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

¹⁴¹² MALO VALENZUELA, M. A., 2008, *Op. Cit.*, pág. 1746.

conveniencia social de la promesa si se ha hecho de manera sincera, demostrando la experiencia que los ordenamientos jurídicos que admiten las promesas sin contraprestación no se han enfrentado a especiales problemas. Por su parte, los ordenamientos que no regulan las promesas sin contraprestación se enfrentan con problemas cuando se revocan promesas formuladas de manera sincera. Tales problemas no surgen únicamente cuando el que recibe la promesa confía y actúa en función de la misma, en cuyo caso sólo se hará justicia ejecutando dicha promesa, sino también en otras situaciones; por lo que LANDO y BEALE consideran que deberían admitirse estas promesas¹⁴¹³.

A este respecto, y como indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, en la definición del concepto de contrato podría surgir alguna dificultad adicional por lo que se refiere a los sistemas de transmisión de la propiedad que en la tradición del Derecho europeo continental es difícil situar en el Derecho de Contratos o, en lo denominado por estos autores, Derecho de cosas. En este sentido, sería muy complicado estructurar un Derecho Contractual sin referirse al problema relativo de la transmisión de la propiedad, pues no puede olvidarse que es criterio necesario para definir el cumplimiento de la obligación del vendedor en el contrato de compraventa¹⁴¹⁴.

Así, en unos ordenamientos jurídicos (como el español), se ha optado por considerar que el contrato sólo tiene eficacia obligacional. De este modo, en los casos en que el contrato implica la transmisión de la propiedad o de otro derecho real, será necesario otro elemento, esto es, la *traditio* o entrega de la cosa, para considerar que la propiedad ha sido efectivamente transmitida. Es decir, el negocio causal y el real son independientes entre sí, pero ambos son necesarios para la transmisión de la propiedad. Lo mismo ocurre en el Derecho alemán con base en los principios de separación y abstracción, mediante los cuales la transmisión de la propiedad se encuentra desligada del contrato obligacional que justifica dicha transmisión. En cambio, en otros sistemas jurídicos (como el francés, italiano e inglés) la propiedad se considera transmitida una vez tenga lugar el acuerdo de voluntades entre las partes, sin necesidad de ningún otro acto. Apuntan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que este último tipo de sistemas de transmisión de la propiedad se ven, sin embargo, obligados a fusionar los criterios de transferencia de propiedad en el debate sobre el alcance de las obligaciones contractuales de las partes. El Derecho inglés, por ejemplo, atribuye diferentes consecuencias en materia de propiedad a diferentes tipos de errores contractuales. Por el contrario, la transferencia de propiedad en el Derecho alemán no se ve afectada por el mero hecho de que una o ambas partes hayan celebrado el contrato bajo algún tipo de error. La existencia del principio de abstracción

¹⁴¹³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 186-187.

¹⁴¹⁴ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 123, 127.

puede explicar por qué el Derecho alemán puede permitirse ser bastante generoso al aceptar que los errores anulen un contrato, mientras que el Derecho inglés adopta una doctrina de error mucho más estricta¹⁴¹⁵. De este modo, considerando las diferencias existentes entre los distintos sistemas europeos sobre transmisión de la propiedad, sería necesario un estudio sobre las consecuencias para el Derecho Contractual que tiene contar con un sistema u otro.

Como en todos los sistemas jurídicos fruto de este análisis, el texto común sobre la Teoría General de los Contratos debe pivotar sobre el principio de libertad para contratar, es decir, las partes son libres para contratar y determinar el contenido de su contrato, aunque siempre respetando las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables. No obstante, puede haber diferencias en el momento de enunciar el principio de libertad contractual. Así, los PECL y la CESL establecen una regulación muy parecida, indicando que las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, sin perjuicio de las normas imperativas. También disponen que las partes tienen el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 1:102 (1) y artículo 1:201 de los PECL y artículo 1.1 y artículo 2.1 de la CESL). Es decir, la buena fe y las normas imperativas constituyen el límite para el principio de libertad contractual. Por su parte, los ordenamientos jurídicos expresan la libertad de contratación y sus límites de diferentes modos. Así, en el ordenamiento jurídico español se establece que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, dentro de los límites de la ley, la moral y el orden público (artículo 1.255 del Código Civil). El principio de libertad contractual se encuentra también recogido en el artículo 1.102 del Código Civil francés el cual indica que: “*Toda persona es libre de contratar o no contratar, de escoger a la otra parte contratante y de determinar el contenido y la forma del contrato dentro de los límites establecidos por la ley*”. Y añade: “*La libertad contractual no permite derogar las normas que interesan al orden público*”. El artículo 1.322 del Código Civil italiano dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley, así como dentro de los límites de los usos, la equidad (artículo 1.374) y la buena fe (artículo 1.375). El Derecho inglés, por su parte, suele distinguir entre aquellos contratos que son contrarios a las leyes y normas imperativas (*statutory illegality*) y aquellos que son contrarios al interés público que emana de los principios generales del *Common Law*, categoría que comprendería los supuestos de violación del orden público o de las buenas costumbres (*illegality on grounds of public policy*)¹⁴¹⁶.

Es decir, se puede observar que cada conjunto normativo recurre a diferentes categorías, cuya función es limitar la libertad de contratación de forma que se respete la ley, la moral, el

¹⁴¹⁵ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 333.

¹⁴¹⁶ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 15.

orden público, la equidad o la buena fe. Considera GARCÍA PÉREZ que la indeterminación de algunos de los conceptos que se agrupan bajo el paraguas de la ilicitud (moral, buenas costumbres, orden público); su estrecha vinculación a cada sistema jurídico, dada su conexión con la protección de intereses generales, y en menor medida con los particulares de las partes contratantes; así como la diversidad de categorías, supuestos y efectos otorgados por los ordenamientos nacionales al contrato que vulnera exigencias imperativas, morales o intereses públicos; confieren a la materia cierta complejidad a efectos de su análisis comparativo, así como en orden a los ensayos unificación del Derecho Contractual, cuyas propuestas más recientes han incorporado una reglamentación de la cuestión. Según la citada autora, la vaguedad e incertidumbre que acompaña a las nociones de moral, buenas costumbres y orden público, así como su carácter dinámico en el tiempo y relativo en el espacio, ha otorgado a los Jueces y Tribunales un amplio poder en el enjuiciamiento del contenido contractual y de la finalidad perseguida por las partes, pese a la inexistencia de infracción de una norma legal imperativa o prohibitiva concreta¹⁴¹⁷.

En particular, y respecto al principio de buena fe, LANDO y BEALE apuntan que en todos los Estados miembros se reconoce dicho principio o, al menos, se contempla como un principio básico de comportamiento (artículo 1.258 del Código Civil español, artículo 1.104 del Código Civil francés, artículo 1.375 del Código Civil italiano, § 242 del BGB). No obstante, indican estos autores que existe una diferencia considerable en cuanto a la extensión y peso que tiene el principio de buena fe en cada ordenamiento jurídico. En uno de los extremos de la comparación se encuentra el Derecho alemán, cuyo Derecho Contractual se ha visto enormemente influenciado por este principio y que ha aportado una especial caracterización a sus leyes. En el otro extremo se encontraría el Derecho inglés, que no reconoce la obligación general de las partes de actuar según las reglas de la buena fe, pero que, en muchas ocasiones, llega a los mismos resultados a través de normas específicas. Los demás ordenamientos de la UE se encuentran a caballo entre ambos extremos¹⁴¹⁸.

En definitiva, como parte de la propuesta de unificación que aquí exponemos, entendemos que debería partirse de los elementos comunes contenidos en los distintos ordenamientos jurídicos y textos de unificación para configurar el concepto de contrato como el acuerdo o encuentro de dos o más voluntades destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica preexistente y establecer su regulación, con base en el principio de autonomía de la voluntad, de buena fe y dentro de los límites que impone la ley y el orden público.

¹⁴¹⁷ GARCÍA PÉREZ, R.M., Capítulo II.21., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3, 4.

¹⁴¹⁸ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 152-153.

De esta definición se infiere el principio de libertad contractual presente en los distintos sistemas de Derecho Contractual, pero también que dicha libertad tiene sus límites definidos de forma general en la ley y el orden público, por lo que tendrían cabida los límites establecidos a efectos de proteger a la parte débil en un contrato, como sucede en la normativa de protección de los consumidores.

El principio de buena fe debe entenderse como el equilibrio adecuado de los intereses de las partes, de forma que valores tales como, entre otros, la lealtad, moralidad, cooperación o equidad gobiernen las relaciones contractuales, siendo todo expresión de una misma virtud que es la justicia y evitando referirnos a los distintos valores, cuya definición e interpretación podría conllevar mayor complejidad en el régimen contractual.

Entendemos que hasta aquí podría haber una confluencia y base común entre los distintos ordenamientos e instrumentos analizados. En nuestra opinión, para la convergencia hacia una unificación en torno a la regulación de las cuestiones que difieren en los distintos sistemas e instrumentos jurídicos –sin perjuicio de que sería necesario un análisis de profundidad de la materia–, se podrían considerar alguna de las siguientes propuestas: (i) entendemos que debería acentuarse el carácter objetivo de la relación contractual, es decir, como el encuentro de dos o más voluntades admitidas por la ley que expresen la intención de las partes de obligarse jurídicamente conforme al contenido de su declaración; (ii) en cuanto a las promesas unilaterales, aquí se entiende que las mismas no deberían considerarse un contrato si no son aceptadas, lo que no obsta a que se regule de manera específica la promesa gratuita como categoría jurídica independiente; (iii) en relación con los efectos que sobre terceros puedan tener los términos de un contrato, se considera que, en línea con la regulación alemana, la protección contractual del tercero también debería poder activarse si el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de la prestación principal; y, (iv) por último, y no por ello menos importante, debería constituirse un único régimen de transmisión de la propiedad, creemos que con base en los modelos basados en el sistema del título y el modo, pues conlleva la existencia de dos negocios jurídicos distintos que contribuye a la protección de uno de los negocios en caso de que el otro sea nulo; aunque, si bien se estima que el sistema mediante el cual el efecto traslativo de la propiedad se produce por el mero consentimiento de las partes, podría contribuir a la simplificación de las diferentes categorías de contratos, así como de los requisitos que se exigen en unas y otras categorías para entender concluido un contrato.

4.2. Requisitos del contrato.

Tanto los PECL como la CESL establecen que el contrato se entiende concluido si las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y han llegado a un acuerdo suficiente, sin necesidad de ningún otro requisito, de la misma manera que el Derecho inglés o el alemán.

Como indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS Y MORALES, lo anterior se traduce claramente una idea de fomento y facilitación de la contratación¹⁴¹⁹, en contraste con los requisitos que exigen otros ordenamientos jurídicos nacionales; si bien, en todos los ordenamientos jurídicos, la intención de una parte de obligarse jurídicamente es una condición para la formación de los contratos. Incluso, indican LANDO y BEALE, cuando una parte en su fuero interno no tuviera intención de obligarse jurídicamente, la mayoría de los ordenamientos mantienen que resultará obligado cuando la parte a quien se dirigía la declaración o la conducta tuviera razones para entender que el primero quería obligarse. Que ello sea o no el caso debe decidirse conforme a las reglas de la interpretación¹⁴²⁰.

Así, en los sistemas civiles continentales se exige, en general, que el acuerdo contenga todos los elementos esenciales necesarios (consentimiento, objeto y causa en el artículo 1.261 del Código Civil español; consentimiento, capacidad, contenido lícito y cierto en el artículo 1.128 del Código Civil francés; acuerdo de las partes, la causa, objeto y forma cuando sea necesaria por ley en el artículo 1.325 del Código Civil italiano; § 154 (1) del BGB), siendo el consentimiento de las partes el elemento que constituye la base del Derecho Contractual moderno¹⁴²¹. No obstante lo anterior, en el Derecho alemán no se habla de causa, ni siquiera de objeto, como elemento esencial del negocio jurídico. En la mayoría de los ordenamientos se exige, de una forma u otra, la determinación del contenido contractual (artículos 1.271 – 1.273 del Código Civil español, artículo 1.163 del Código Civil francés, artículo 1.346 del Código Civil italiano). Mientras, el Derecho inglés sólo exige la intención de las partes de celebrar tal contrato, la intención de crear una relación jurídica (*the intention to create a legal relation*), la contraprestación (*consideration*) y que el acuerdo sea suficientemente preciso (*certainty*), es decir, no hay en el *Common Law* una regulación pormenorizada sobre el contenido mínimo que ha de fijarse en un acuerdo, ni sobre lo que se conoce como el “objeto” del contrato propio del *Civil Law*. Es suficiente, por tanto, que el convenio pueda ser ejecutado y, en su caso, pueda dar fundamento a una reclamación judicial¹⁴²². Por su parte, en el sistema del BGB, lo único importante es la “voluntad declarada”, lo demás son puntos sobre los que las partes han de ponerse de acuerdo y que deben concurrir para entender celebrado el contrato, aunque se presume que el contrato puede existir pese a la ausencia de acuerdo sobre alguno de los elementos esenciales en el caso de que el contrato se hubiera celebrado igualmente sin la inclusión de tal elemento (§ 154 (1) del BGB y § 155 del BGB).

¹⁴¹⁹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 89.

¹⁴²⁰ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 198.

¹⁴²¹ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

¹⁴²² SÁNCHEZ LERÍA, R., 2014, *Op. Cit.*, pág. 7-8.

Indican DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que el propósito perseguido por los ordenamientos jurídicos en que se exige la existencia de objeto como elemento esencial del contrato, es impedir que puedan ser considerados como contratos aquellos en que una de las partes pueda arbitrariamente fijar el contenido de su obligación o de la obligación de la otra parte. Asimismo, supone una base normativa para establecer la nulidad de los contratos por imposibilidad originaria o por ilicitud del objeto, aunque añaden estos autores que la prohibición de los contratos sobre objetos ilícitos no añade prácticamente nada a las normas sobre causa ilícita y a aquellas otras en que la ley imperativa constituye un límite insuperable para la autonomía de la voluntad (como dice el artículo 1.255 del Código Civil español, los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público)¹⁴²³. De hecho, destaca MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS que la desaparición del objeto como elemento esencial se viene reclamando desde hace tiempo por su imposibilidad de sistematizar los diversos supuestos y de proporcionar una regla para su explicación, lo que se traduce en que los diversos textos solamente mantengan los requisitos de posibilidad, licitud y determinación que deben definir aquello que se debe entregar o hacer. Los PECL no incluyen una referencia específica al objeto del contrato y a sus requisitos, al considerar que dicha inclusión solamente persigue satisfacer las normales exigencias de precisión del objeto o de previsión de las consecuencias derivadas de su imposibilidad, objetivos que los PECL satisfacen por otras vías¹⁴²⁴. Tampoco, en el caso de las propuestas españolas, la PMCC y la PCC-APDC incluyen referencia alguna al objeto.

Por su parte, LASARTE sostiene que la distinción entre objeto y contenido contractual debe mantenerse, al entender que el contenido contractual es un concepto amplio, que abarca desde las prestaciones contractuales (en sentido técnico) y también cualesquiera poderes, prerrogativas o derechos de cualesquiera de las partes; mientras que el concepto de objeto es distinto, refiriéndose a las cosas, derechos o servicios sobre los que recae el acuerdo contractual¹⁴²⁵.

Por otro lado, en algunos ordenamientos, un contrato cuyo cumplimiento sea imposible sin saberlo las partes, por ejemplo, por faltar su objeto o porque el vendedor no tenía poder de disposición sobre los bienes que pretendía vender, puede resultar ineficaz o nulo. De este modo, estos ordenamientos exigen la posibilidad inicial u originaria del contrato, como el español (artículo 1.272 del Código Civil), francés (artículo 1.163 del Código Civil), italiano (artículo 1.346 del Código Civil) o inglés. Frente a la línea seguida por los anteriores, hay otros ordenamientos que consideran válido el contrato, a pesar de que el contrato sea imposible

¹⁴²³ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 174.

¹⁴²⁴ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 5-6.

¹⁴²⁵ LASARTE, C., 2021, *Op. Cit.*, pág. 98.

inicialmente, como es el caso del ordenamiento alemán (§ 311^a del BGB), y de los textos de unificación, como los PECL (artículo 4:102) y la CESL (artículo 110), por lo que es clara la tendencia a flexibilizar las condiciones en la regulación de la imposibilidad inicial del contrato, para asimilarla a la imposibilidad sobrevenida, y con las consecuencias del incumplimiento contractual y no de la nulidad.

Los ordenamientos suelen exigir que el objeto o contenido del contrato sea determinado. Como apuntan afirman BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, “*In all the systems the point seems to be that the agreement will not be treated as a contract unless the parties have agreed on enough of the elements of the contract, and have done so in sufficiently certain terms, so that the court can enforce it*” (“*En todos los sistemas parece ser que el acuerdo no se considerará un contrato a menos que las partes hayan acordado suficientemente los elementos del contrato, y lo hayan hecho en términos suficientemente seguros, de modo que el Tribunal pueda hacerlo cumplir*” (–traducción propia a efectos informativos–)¹⁴²⁶.

En particular, y por lo que se refiere a la determinación del precio, es interesante señalar la evolución en la regulación de esta materia camino de una mayor flexibilidad. Así, el Código Civil español exige un precio cierto que bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, pero no admite que su señalamiento pueda dejarse al arbitrio de una de las partes. No obstante, si dicha persona no quiere o no puede determinar el precio, el contrato deviene ineficaz (artículo 1.445, artículo 1.447 y artículo 1.256 del Código Civil español). También el Derecho francés exige que el precio sea determinado como requisito para entender perfeccionado el contrato, deviniendo ineficaz el contrato si el precio debería ser determinado por un tercero y éste no quisiera o no pudiera (artículo 1.583, artículo 1.591 y artículo 1.592 del Código Civil francés). Frente a esta rigidez, los PECL se basaron en parte en el régimen contenido en los §§ 315 a 319 del BGB o en el artículo 8 de la *Sale of Goods Act* 1.979 respecto a la determinación del contenido contractual, simplificando e incorporando una regla más flexible; por ejemplo, el artículo 6:104 de los PECL permite, en los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, entender que las partes han pactado un precio razonable (en el caso del Derecho italiano, el artículo 1.474 del Código Civil presume que las partes tenían la intención de referirse al precio que normalmente cobra el vendedor). Asimismo, se puede dejar la determinación del precio o de cualquier otro elemento en manos de una de las partes; no obstante, si tal determinación resulta irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable (artículo 6:105 de los PECL). Por último, los PECL permiten que, si la determinación del precio se ha dejado en manos de un tercero, se presuma que las partes han otorgado al Juez o Tribunal poder para designar a otra persona. También el Derecho italiano contempla la posibilidad de

¹⁴²⁶ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 295.

que el Tribunal, a petición de las partes, pueda nombrar a otra persona (artículo 1.473 del Código Civil italiano). Lo anterior parece mucho más conforme con el principio de conservación del contrato y con las tendencias actuales de contratación, de modo que el precio no determinado o determinado de forma irrazonable, siempre se reconduce a su determinación conforme al principio de razonabilidad, de forma que se evita que el contrato devenga ineficaz o nulo (como si ocurriría por ejemplo en el caso del ordenamiento jurídico español). Regulación que, de forma parecida, también ha sido incluida en los artículos 73 a 75 de la CESL.

Según MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, las soluciones anteriores potencian el principio de conservación de los contratos y se favorece el tráfico económico y su celeridad. Sin embargo, tal favor y apoyo deben tener límites, como lo es la determinación de la oferta y sus elementos, en aras de la seguridad del mismo tráfico. Las soluciones que recurren a la razonabilidad del precio, sostiene este autor, suponen un peligro en aquellos mercados no suficientemente eficientes y demasiado rígidos, en los que la formación de los precios depende, en gran medida, de las decisiones de los diversos operadores, que en ocasiones, gestionan la política de precios de manera casi oligopolística, mermando los derechos y las posibilidades de la parte débil. Con ello, la admisión de la razonabilidad, puede suponer no solo la fijación cuasi-unilateral del precio, sino incluso su desconocimiento hasta momentos posteriores¹⁴²⁷.

Por su parte, la causa no se considera de la misma forma en los distintos ordenamientos jurídicos que la contemplan como un elemento de validez de los contratos (como el español y el italiano). Así, el Derecho Contractual español entiende que la causa constituye la función económico-social del contrato que justifica que un negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, no teniendo cabida la causa ilícita. Se trata así de un concepto objetivo de causa, que no incluye los motivos o razones de las partes para concluir el contrato. Sostiene SÁNCHEZ LORENZO que la concepción objetiva de la causa se muestra así mucho más acorde con la concepción social del contrato, característica de los sistemas continentales, y actúa como un instrumento funcional de la tipicidad de los contratos. Sin embargo, dentro de la propia doctrina española existen corrientes tanto a favor como en contra de la exigencia de la causa para considerar que un contrato es válido. Así, estas últimas corrientes anti-causalistas sostienen, principalmente, que la función de la causa para valorar la legalidad y moralidad de un contrato puede ser desempeñada igualmente mediante el contenido y los propósitos conocidos para concluir el contrato, por lo que podría ser suprimida (INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, MORALES MORENO), como así se ha hecho en el Derecho francés con la reforma de 2.016 a efectos de facilitar el diálogo en el marco de armonización europea e internacional. Sostiene SÁNCHEZ LORENZO que la concepción subjetivista de la causa atiende esencialmente a la motivación o intención concreta de las partes (*causa finalis* o próxima), y busca

¹⁴²⁷ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., 2013, *Op. Cit.*, pág. 11.

esencialmente responder a las exigencias de moralidad o licitud del contrato. La dificultad de este planteamiento consiste en distinguir la causa de los motivos psicológicos (*causa impulsiva* o remota), pues estos últimos, además de incognoscibles, no son jurídicamente relevantes. La causa, en este sentido, trata de evitar las críticas anti-causalistas apuntando a la finalidad determinante o inmediata de las partes, lo que acaba aproximando a esta tesis del modelo objetivista que atiende a la finalidad económica del contrato, si bien determinada de forma singular¹⁴²⁸.

En el Derecho italiano la causa se consideró también, en un principio, como la función económico-social del contrato. Sin embargo, la jurisprudencia actual¹⁴²⁹ considera la causa como la proporcionalidad entre las prestaciones –en los contratos sinalagmáticos–, entendida como función de la específica negociación –más allá del tipo o modelo abstracto utilizado–, o síntesis de los específicos intereses que ese concreto contrato está llamado a realizar en relación con los medios utilizados para alcanzarlos: es decir, el objetivo común a las partes de un contrato, más allá de los motivos individuales de cada una (causa en concreto).

Por otra parte, señala SÁNCHEZ LORENZO que para muchos autores la comparación de la causa continental y la *consideration* del *Common Law* puede inducir a engaño, pues ambas doctrinas surgieron con diversas motivaciones. Mientras que en la doctrina continental permitía identificar las razones, esencialmente morales, por las que, en principio o teóricamente, un contrato debía ser cumplido, la *consideration* se concibió en el *Common Law* como una pura herramienta para limitar la obligatoriedad de una promesa –singularmente gratuita–, muy vinculada al criterio muchas veces intuitivo de la jurisprudencia. Sin embargo, considera este autor que la doctrina actual, ya sea partidaria tanto de una concepción objetivista de la causa, que implica un juicio de valor objetivo ético o socio-económico acerca de la funcionalidad del contrato, ya de una concepción subjetivista inspirada en criterios de equilibrio sinalagmático, en realidad se aleja del concepto mucho más subjetivo y mercantilista de la *consideration* en su concepción teórica, que parte de la necesidad de que el contrato suponga un intercambio de beneficios mesurables en términos económicos, aunque no necesariamente equivalentes. Para muchos autores, como MARKESINIS, la *consideration*, unida a otras instituciones como el orden público, el error, la frustración del contrato, la ilegalidad o el enriquecimiento injusto, finalmente acaba desplegando la misma función de la causa continental. Con una posición parecida a la de MARKESINIS, VON MEHREN decanta esa misma funcionalidad a favor de la mayor efectividad tanto del modelo continental de la causa como del sistema abstracto alemán, con sus correctivos peculiares. En definitiva, estos autores no afirman en realidad la identidad

¹⁴²⁸ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo II.20, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

¹⁴²⁹ Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4628, *Cit.*; Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10490, *Cit.*

entre *causa* y *consideration*, sino la identidad de soluciones tanto en sistemas causalistas como abstractos a través de instituciones y fórmulas diferentes. Dicho de otra forma, los sistemas jurídicos llegan a soluciones muy semejantes a través de caminos diversos. Aisladamente, apunta SÁNCHEZ LORENZO, sin embargo, la *causa* y la *consideration*, por sí solas, no llevan al mismo resultado¹⁴³⁰.

No obstante, la supresión de la *causa* y *consideration* como condición de validez del contrato en los textos unificadores del Derecho Contractual, tanto europeo como universal, es una buena muestra de lo irritante de estas doctrinas, en realidad innecesarias para justificar la fuerza vinculante del contrato si se parte de una teoría pura del valor de las declaraciones de voluntad¹⁴³¹. De hecho, CANNATA y BERNAD consideran que la supresión de la *consideration* representaría el medio más seguro de perder el auténtico elemento unificador de los dos sistemas¹⁴³².

Por otro lado, la libertad de forma es la regla general en los ordenamientos jurídicos analizados (artículo 1.278 del Código Civil español, artículo 1.109 del Código Civil francés, artículo 1.325 del Código Civil italiano), aunque se establecen en ocasiones ciertas excepciones en el caso de que la ley (por ejemplo, en el Derecho alemán se distinguen cinco tipos de formas legales –forma textual, forma electrónica, forma escrita, certificación notarial y escritura pública, §§ 126 a 129 del BGB–) o las partes exijan determinada forma (por ejemplo, el otorgamiento de una escritura en la constitución de una hipoteca). Sostiene SOTO MOYA que el Código Civil italiano, si se compara con otros códigos, como el francés, español o alemán, es el que presenta una tendencia formalista más acusada ya que: a) existen un gran número de contratos que requieren la forma como condición de validez; b) además del importante número de contratos solemnes, también son abundantes los que requieren la forma escrita *ad probationem*; y, c) existen una serie de negocios preparatorios de negocios solemnes en los que se cuestiona si también deben constar por escrito bajo pena de nulidad, aunque la ley no lo prevea así. No obstante lo anterior, siguiendo a SOTO MOYA, a pesar de la similitud existente entre los distintos ordenamientos jurídicos, existen diferencias relevantes en cuanto al tipo y función que cumple la forma cuando es requerida. En consecuencia, el incumplimiento afectará en algunos casos a la validez, en otros a la eficacia y en otros a la prueba del contrato. Esta cuestión influye en la determinación de la sanción que se debe imponer. Por eso, esta autora

¹⁴³⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo II.20, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 15 y 18; MARKESINIS, B. S., “Cause and consideration: A Study in Parallel”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 37, no 1, 1978, pág. 53-75; VON MEHREN, A.T., *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, The Harvard Law Review Association, 1959, pág. 1009-1078.

¹⁴³¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 16.

¹⁴³² PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., 2006, *Op. Cit.*, pág. 244; CANNATA, C.A., 1997, *Op. Cit.*, pág. 7; BERNAD, R., 2018, *Op. Cit.*, pág.171.

sostiene que no se puede generalizar, y habrá que estar a lo que se prescribe en cada ordenamiento jurídico para sancionar el incumplimiento de una determinada formalidad cuando esta es requerida¹⁴³³. Como destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, entender un contrato concluido por consenso (sin necesidad de ninguna forma especial) es rápido y simple. Sin embargo, la desventaja es que una parte puede dar su consentimiento sin considerar plenamente las consecuencias de su participación en el contrato. Por el contrario, el formalismo proporciona cierta seguridad ya que obliga a las partes a tomarse su tiempo y sopesar sus opciones antes de comprometerse¹⁴³⁴.

De este modo, como indica SCHULZE, cabe destacar la actual tendencia e influencia que tienen textos como los PECL o la CESL en el Derecho Contractual moderno¹⁴³⁵, precisamente en un aspecto tan importante como los requisitos necesarios para entender concluido un contrato –destacando en especial la supresión de la causa como requisito para concluir un contrato en el Código Civil francés tras la reforma de 2.016–. Sostiene SÁNCHEZ LORENZO, que la exigencia de causa o *consideration* como condición de validez del contrato no parece acomodarse con un principio de eficiencia, habida cuenta de la oscuridad y complejidad que comparten ambas doctrinas. La eliminación de la causa como condición de validez del contrato no impide en modo alguno la consideración de la causa en la dinámica del contrato. La causa y la intención de las partes no es únicamente un elemento importante en la interpretación del contrato, sino esencial a la hora de determinar el alcance de aspectos tan relevantes como los supuestos de incumplimiento justificado o incumplimiento esencial. De este modo, textos como los PECL y la CESL, acreditan que es posible un régimen contractual eficiente sin necesidad de recurrir a las doctrinas de la causa y de la *consideration* como condición de validez del contrato. Sostiene este autor que, además, la diversidad comparada de las doctrinas en este punto obliga a prescindir de la causa y de la *consideration* si en verdad se pretende un texto neutral que no se decante por ninguna familia jurídica y resulte fácilmente aplicable en cualquier jurisdicción¹⁴³⁶.

A este respecto, siguiendo a DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, lo anterior se traduce en una decisión de política jurídica en cuanto a si se quiere que celebrar un contrato sea más sencillo o más complicado, es decir, decidir si lo que las partes han hecho se reconoce como contrato válido o se considera como contrato pero nulo, o ni siquiera se considera que ha llegado a ser un contrato¹⁴³⁷.

¹⁴³³ SOTO MOYA, M., Capítulo II.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 9, 13.

¹⁴³⁴ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 801.

¹⁴³⁵ SCHULZE, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 17, 22.

¹⁴³⁶ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo II.20, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 30.

¹⁴³⁷ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 89-90.

Como se ha visto a lo largo de los Capítulos III y IV, es común tanto en los PECL como en todos los ordenamientos sancionar la ilegalidad y la inmoralidad –aunque, si bien, en la CESL no se incluyó tal regulación, remitiéndose a tales efectos a la normativa nacional de aplicación (considerando 27)–. Por un lado, todos los ordenamientos disponen consecuencias menos severas para los contratos que infringen las leyes imperativas o prohibitivas, salvo que se establezca expresamente la nulidad del contrato. En cambio, los contratos inmorales y contrarios al orden público siempre reciben la sanción de la nulidad radical. La única diferencia se encuentra en la aproximación histórica al tema. Los sistemas causalistas lo hacen a través del expediente de la causa en función del concepto de “causa ilícita”, así como a través del objeto del contrato; mientras que los sistemas germánicos y anglosajones aplican los conceptos de contrariedad a la moral, al orden público y a las leyes prohibitivas. Por su parte, los PECL optan por distinguir dos tipos de contratos ilegales: aquellos que contravengan principios fundamentales y los que infrinjan normas imperativas (artículo 15:101 y artículo 15:102 de los PECL). Apuntan INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ que la ilicitud y la inmoralidad deben evaluarse en un contexto social e histórico determinado. En este sentido, hay una gran coincidencia de supuestos comunes en los países europeos, pero también existen algunos que son valorados como inmorales o ilegales en algunos Estados y no en otros¹⁴³⁸. Asimismo, GARCÍA PÉREZ afirma que los sistemas jurídicos llegan a soluciones muy semejantes a través de expedientes diversos. La amplitud y riqueza de la realidad contractual conducen a que no puedan preverse todas las formas posibles de vulneración de normas positivas de carácter imperativo, por lo que se acaban adoptando conceptos amplios que permitan prevenir formas de infracción que el legislador no tuvo ocasión de prohibir expresamente. Esta imprecisión, continúa esta autora, caracteriza también la regulación de los PECL, toda vez que sus conceptos permiten incorporar valoraciones comprensivas de la inmoralidad, contrariedad a las buenas costumbres o al orden público y conferir facultades de discrecionalidad a Jueces y Tribunales para apreciar la ilicitud¹⁴³⁹.

Siguiendo a BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, los Jueces continentales reciben poca ayuda de la regulación de la ilegalidad y la inmoralidad contenida de los Códigos Civiles. En la mayoría de los casos, los Códigos simplemente establecen que los contratos que infringen una prohibición legal o el orden público son nulos (§ 138 del BGB) o de efecto nulo o limitado. Principalmente, la razón por la que el contrato es inadmisibles es que su cumplimiento perjudicaría a un tercero o a la sociedad en general. En ocasiones, sin embargo, se considera que los contratos son contrarios al orden público porque el contrato implica alguna forma de explotación de una parte por la otra. El vínculo entre ambos se muestra

¹⁴³⁸ INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 49.

¹⁴³⁹ GARCÍA PÉREZ, R.M., Capítulo II.21, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25-27.

claramente en el BGB, en el que los dos aspectos se tratan en los dos párrafos del § 138 del BGB¹⁴⁴⁰.

Finalmente, en general, los ordenamientos reconocen que cuando las partes concluyen un contrato aparente (contrato simulado) que encubre su verdadero acuerdo (contrato disimulado), prevalecerá éste último entre las partes (artículo 1.275 del Código Civil español; artículo 1.201 del Código Civil francés; artículo 1.414 del Código Civil italiano; § 117 (2) del BGB), aunque cabe señalar que la ausencia de una noción legal sobre lo que debe entenderse por simulación de un contrato en el Derecho Civil es un hecho compartido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Los PECL también contemplan una regulación similar (artículo 6:103), aunque sin embargo no regulan los efectos de la simulación contra tercero; pues, indican sus autores, las soluciones nacionales son demasiado diferentes entre sí¹⁴⁴¹.

Pues bien, en nuestra opinión, la propuesta sobre una Teoría General de los Contratos en la UE debería configurarse como un régimen contractual eficiente, cuyo objetivo sea facilitar la contratación e interpretación de los contratos, y que no exija la concurrencia de ciertos elementos que, en realidad, están implícitos en la relación contractual. Por ello, entendemos que un texto sobre la Teoría General de los Contratos en la UE debería seguir las modernas tendencias actuales y, en determinados casos, prescindir de los complicados elementos que se exigen en algunos ordenamientos jurídicos nacionales para entender concluido un contrato.

Así, la propuesta parte de considerar que el contrato existe desde que las partes, siendo capaces para ello, otorgan su consentimiento, tienen intención de vincularse jurídicamente y determinan el contenido y objeto del contrato. Es importante destacar que las partes deben ser capaces de prestar su consentimiento, con base en el principio de libertad contractual. De modo que, cuando un contratante no ha consentido de forma libre o se ha visto manipulado de algún modo para concluir un contrato, diremos que el consentimiento adolece de un vicio y, como consecuencia, el contrato podrá ser privado de toda eficacia, con base en la regulación de los vicios del consentimiento.

La regla general debe ser la libertad de forma (incluyendo la electrónica, conforme a las modernas técnicas de contratación actuales), lo que no obsta (como ocurre en los ordenamientos jurídicos analizados) para que se exija determinada forma en ciertos tipos de transacciones. El contenido contractual debe referirse a las prerrogativas y pactos que las partes plasman en el

¹⁴⁴⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1204-1205.

¹⁴⁴¹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 444-445.

contrato para conseguir el objeto contractual, esto es, el vínculo obligatorio que las partes han decidido establecer para definir sus derechos y obligaciones. Y, por su parte, el objeto debe referirse al propósito del contrato, esto es, a la relación jurídica que se quiere establecer sobre las cosas, derechos o servicios sobre los que recae el acuerdo contractual. El objeto debe ser lícito, posible y determinado o determinable. Es decir, el objeto debe ser conforme con el ordenamiento jurídico, entendiendo la “ilicitud” en sentido amplio, esto es, permitiendo incorporar la inmoralidad, irracionalidad, inequidad, contrariedad a las buenas costumbres, al orden público o a la sociedad en general. El objeto debe ser posible, lo que no excluye que el contrato se refiera a una cosa futura o a que sea imposible en el presente y sea posible en el futuro (como una cosa destruida que se reconstruye), es decir, no debe descartarse que el contrato pueda resultar imposible *ab initio*. Y debe ser determinado o determinable, esto es, suficiente para que el contrato pueda ejecutarse. En particular, el precio debe quedar determinado, o bien dejarse a la estimación de un tercero. Si bien, en nuestra opinión y a efectos de potenciar el principio de conservación de los contratos, el contrato no debería ser ineficaz en caso de que el precio no haya quedado determinado, sino que debería intentar recurrirse, siempre que sea posible, a normas más flexibles, como la contenida en el Código Civil italiano que se refiere al precio que normalmente cobra el vendedor; o a la determinación del precio razonable, conforme a los usos del comercio y a las circunstancias particulares del caso; así como a la determinación judicial si así es solicitada por las partes.

Asumimos, por ende, en nuestra propuesta que no debería ser necesaria la referencia a otros requisitos, como es la causa (o *consideration* propia del *Common Law*), para entender concluido un contrato, ya que en nuestra opinión tanto el objeto, como el contenido contractual y las relaciones subyacentes al contrato (esto es, derivadas de la relación contractual y no específicamente plasmadas en el mismo) sirven a este fin, siempre que sean lícitos y conforme a la moral y al orden público. Además, entendemos que la causa es un concepto jurídico indeterminado, que ha dado lugar a una gran confusión y debate doctrinal a lo largo del tiempo en diversos ordenamientos jurídicos, sin que se pueda decir que haya una doctrina pacífica sobre tal concepto. Por ello, las tendencias actuales se inclinan por prescindir de la causa y más aún cuando se trata de textos unificadores a nivel supranacional, pues carece de sentido imponer la causa como un elemento esencial del contrato en una unificación aplicable a nivel supranacional, toda vez que el propio concepto de causa puede ser desconocido en los distintos ordenamientos y puede dar lugar a varias interpretaciones en aquellos ordenamientos donde sí se acepta la causa como elemento esencial del contrato (como el español). Así las cosas, una propuesta sobre la Teoría General de los Contratos en la UE debe considerar redirigir las funciones que se entiende que cumple la causa hacia otros elementos del contrato. Por ejemplo, INFANTE RUIZ y OLIVA BLÁZQUEZ, sostienen que “*la supresión técnica de la causa es perfectamente posible, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del contrato considerado en su globalidad (contenido y propósitos conocidos), e incluso recomendable, ya que de esta*

*manera se dotaría de mayor seguridad jurídica y claridad al sistema*¹⁴⁴². O bien, MORALES MORENO quien considera que “*la causa en este caso no es un elemento del contrato diferenciable de la voluntad, sino un contenido de la voluntad contractual, que muchas veces queda oculto (no se explicita en una cláusula del contrato), pero relevante para el Derecho, por su posible ilicitud*” y que “*la causa concreta no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que deben ser sometidos al control de licitud*”¹⁴⁴³. DíEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES argumentan, por su parte, como los problemas reconducidos a través del concepto de causa (como la eficacia de las normas imperativas, los contratos inmorales o contra bonos mores, o aquellas situaciones en las que la ilegalidad o la inmoralidad no se encuentren expresadas en el contrato) se podrían resolver sin necesidad de contar específicamente con el concepto técnico de causa¹⁴⁴⁴.

Incluso la definición de la causa como la función económico-social del contrato se podría entender cubierta por el propio objeto, esto es, el propósito del contrato de carácter lícito y moral; y, el contenido contractual, el vínculo obligatorio de carácter lícito y moral que las partes han decidido establecer para definir sus derechos y obligaciones, ha de existir y ser verdadero. Como vemos, no es en principio necesario referirnos al concepto de causa para proclamar la existencia y veracidad de un contrato, así como su ilicitud e inmoralidad, pues el contrato será ilícito o inmoral cuando su objeto o su contenido contractual no sea conforme al ordenamiento jurídico o a los límites éticos y, por tanto, no producirá efecto alguno; ni tampoco para delimitar la tipificación contractual, pues podremos delimitar los tipos de contrato según su propio objeto. Asimismo, cualquier acto contrario a normas imperativas será nulo de pleno Derecho por la propia eficacia de tales normas, por lo que tampoco el concepto de causa sería necesario en este sentido.

Por consiguiente, los requisitos que deben exigirse para entender celebrado un contrato deben simplificarse en la propuesta, a efectos de reducir la inseguridad jurídica que conlleva su indefinición, de simplificar la propia concepción del contrato según sus requisitos para entenderlo concluido y de impulsar una unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos a nivel supranacional. Y ello, siguiendo la tendencia iniciada por los textos de unificación europea e internacional y seguida por la reforma francesa.

¹⁴⁴² INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., 2009, *Op. Cit.*, pág. 32.

¹⁴⁴³ MORALES MORENO, A.M., 2011, *Op. Cit.*, pág. 470.

¹⁴⁴⁴ DíEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 175-176.

4.3. Los vicios del consentimiento

Es común a los distintos ordenamientos jurídicos considerar la ineficacia del contrato cuando un contratante no ha gozado de libertad a la hora de concluir un contrato, o cuando no ha procedido de modo consciente y deliberado, es decir, cuando el contrato adolece de un vicio del consentimiento. Así, el artículo 1.265 del Código Civil español establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo; los artículos 1.130 y 1.131 del Código Civil francés disponen que el error, el dolo y la violencia constituyen vicios del consentimiento cuando son de tal naturaleza que, sin ellos, una de las partes no habría contratado o lo habría contratado en condiciones sustancialmente diferentes, siendo una causa de nulidad relativa del contrato; el artículo 1.427 del Código Civil italiano dispone que los vicios del consentimiento son causas de anulabilidad del contrato, entendidos como aquellos supuestos en que la voluntad de una de las partes ha sido declarada por error o emitida como consecuencia de violencia o dolo de la otra parte. Por su parte, los vicios de la voluntad recogidos en el BGB son el error (§ 119 del BGB), el dolo (§ 123 del BGB) y la intimidación (§ 123 del BGB). La declaración de voluntad por ellos afectada puede ser impugnada y con ello se puede lograr la ineficacia *ex tunc* de todo el negocio jurídico. Y, por último, el Derecho inglés también considera como vicios del consentimiento: el error, dolo, violencia, intimidación e influencia indebida.

4.3.1. Error

Un punto común en los diferentes sistemas consiste en conceder relevancia al error únicamente cuando el conocimiento de la realidad verdadera habría determinado y supuesto la no celebración del contrato. Así, la parte que pretende anular el contrato debe demostrar en general que: (i) el error ha sido de entidad suficiente como para afirmar que, de haber sabido la verdad, no habría celebrado el contrato en los términos pactados; y, (ii) la otra parte sabía o hubiera debido saber que el asunto era importante para la parte que ha sufrido el error (por ejemplo, artículo 1.433 del Código Civil italiano); pero, en general, los ordenamientos más tradicionales no exigen que la parte que no ha sufrido el error supiera que existía ese error, ni que haya contribuido a ocasionarlo (por ejemplo, el § 119 (1) del BGB cubre los casos de errores en los actos o en la declaración, de manera que un mero error de expresión puede hacer que la parte que ha sufrido el engaño anule el contrato, no exigiéndose que la otra parte supiera o hubiera debido saber que había un error). De ahí que los ordenamientos señalen las diferencias con los casos de dolo, en los que la parte inocente puede anular el contrato en todo caso. Por su parte, el artículo 4:103 de los PECL permite la anulación del contrato sólo cuando el error haya sido causado por la otra parte o cuando lo supiera o hubiera debido saberlo. Además, generalmente se niega la protección en caso de error cuando la parte que lo ha sufrido sea la principal culpable del mismo, es decir, se denegará la protección si el error de la parte

equivocada era inexcusable. Ello se justifica por la necesidad de seguridad en las transacciones; no cabe obligar a la otra parte a que investigue todos los posibles errores de percepción de su contraparte; al menos debe poder ignorar aquellos que sólo puedan derivar de un enorme descuido. Si bien, por ejemplo, el Derecho alemán considera irrelevante la culpa de la parte equivocada. No obstante, exige en ocasiones que la parte que ha sufrido el error y que anula el contrato compense a la parte que no había sufrido el error (§ 122 del BGB)¹⁴⁴⁵.

Apunta ESTEBAN DE LA ROSA que la diferencia entre los diferentes regímenes se aprecia en la valoración en torno a si el contrato habría sido celebrado o no puede tener lugar de una forma más subjetiva y concreta, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias del contrato actual (como es el caso español, artículo 1.266 del Código Civil, aunque la doctrina ha ido incorporado elementos objetivos; italiano, artículo 1.429 del Código Civil; o inglés), o bien de una forma objetiva, esto es, teniendo en cuenta más bien la consideración que respecto de la situación habría hecho una persona razonable si se hubiera encontrado en tal caso (como en el caso alemán, § 119 (1) del BGB), prescindiendo por tanto de la situación propia de la persona que ha contratado en el caso actual. Siguiendo al citado autor, la acuñación del criterio objetivo encuentra explicación en el carácter profesional de los contratantes en el comercio internacional así como en la necesidad de infundir seguridad en las relaciones contractuales, toda vez que evita la anulación de un contrato basada, sólo y exclusivamente, en consideraciones que fueran meramente subjetivas, al ser necesario que estas consideraciones subjetivas, para ser tenidas en cuenta, guarden relación con hechos o circunstancias que normalmente sean tomadas en cuenta en el tráfico. El inconveniente de este sistema radica en que la anulación del contrato podrá tener lugar por razones que pueden resultar ajenas a la dinámica del propio contrato. De este modo, junto a las versiones subjetiva y objetiva, también hay ejemplos de sistemas que conceden relieve a ambas en una suerte de modelo mixto (como el sistema francés, artículo 1.130 del Código Civil; el artículo 4:103 (1) (b) de los PECL; o, el artículo 48 de la CESL)¹⁴⁴⁶.

Otro aspecto interesante en la regulación del error en los diferentes sistemas jurídicos constituye la diferenciación entre error vicio y error obstativo (error en la declaración), clasificación que está tendiendo a ser superada actualmente. Esta distinción puede apreciarse en varios sistemas, como el español, francés o alemán. Sostiene ESTEBAN DE LA ROSA que el problema de los sistemas que distinguen estas dos categorías radica en que, en el caso del error obstativo, se impide por completo la posibilidad de tener en cuenta, en el tratamiento del error, factores distintos respecto de la referida discordancia entre la voluntad interna y la manifestación de la misma. Producida la discordancia entre voluntad y declaración deja de

¹⁴⁴⁵ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 334, 337, 339, 344, 348, 349.

¹⁴⁴⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, F., Capítulo II.22, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 23-26.

resultar relevante el hecho de que la contraparte haya sido capaz de conocer la existencia del error en la declaración, o el hecho de que el error haya sido causado por la parte que lo sufrió, o haya sido provocado por la contraparte. De este modo, estas dificultades han llevado a conducir al régimen del error hacia modelos más flexibles, donde quepa tener en cuenta consideraciones relacionadas con la teoría del riesgo, bajo cuyo amparo lo importante no sería tanto saber en qué momento se produjo el error sino si quien hizo la oferta asumió el riesgo de que el precio fuera calculado correctamente; o si, de otro modo, podría ser considerado como contrario a la buena fe permitir a la otra parte pedir el cumplimiento del contrato. Este sería el caso, por ejemplo, del Derecho italiano, el cual equipara el error obstativo al error vicio. La misma tendencia han seguido las propuestas de unificación, como el artículo 4:104 de los PECL o el 48.3 de la CESL. Apunta ESTEBAN DE LA ROSA que esta tendencia supone la asignación de un deber especial de diligencia a quien hace una declaración contractual, pues sólo se podrá desdecir, obteniendo la anulación del contrato, mediante la aplicación de las normas generales sobre el error. Por otra parte, estos sistemas logran evitar la necesidad de realizar complejas averiguaciones en torno al momento en que tuvo lugar el error, para darle relevancia al momento en que se hizo la declaración (por ejemplo, al marcar el precio) y no cuando el error se produjo con anterioridad¹⁴⁴⁷.

Además, destacan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que hay diferencias aún mayores entre las doctrinas del *Civil Law* y el *Common Law*. Las doctrinas de error en el Derecho inglés tienen una aplicación mucho más estrecha. Mientras que las normas inglesas relativas a los errores y malentendidos sobre cuáles son los términos del contrato (*declaration mistakes*) se aplican de manera razonablemente amplia; en relación con otros errores, como los errores sobre las cualidades del objeto o las circunstancias que rodean al contrato, las doctrinas se limitan a los casos en los que el error fue común (*common mistake*), es decir, compartido por las partes. Sin embargo, el Derecho inglés tiene una doctrina muy desarrollada sobre la *misrepresentation*. Se trata de un desarrollo de la doctrina del fraude y permite a una parte anular un contrato cuando ha sido engañada por lo que la otra parte le ha dicho, incluso si la otra parte ha actuado sin culpa. En la práctica, esto abarca muchos de los casos que en el *Civil Law* se tratan como un error¹⁴⁴⁸. Por ejemplo, cuando el vendedor de un terreno ha facilitado información incorrecta al comprador sin que haya dolo por su parte, el *Civil Law* tratará el supuesto por la vía del error; mientras que, en el *Common Law*, la parte que ha sufrido el error podrá anular el contrato basándose en la confusión de los hechos¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁷ ROSA, F., Capítulo II.22, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 27-28.

¹⁴⁴⁸ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 936.

¹⁴⁴⁹ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 333.

4.3.2. Dolo

Junto con el error, el dolo constituye otra categoría de vicio del consentimiento, basado en una falsa representación de la realidad, como consecuencia de la utilización de una información incorrecta; no obstante, en el caso del dolo, dicha falsa representación es consecuencia del engaño de una de las partes contratantes, por lo que el dolo, en general, es exigible también en el caso de que la parte perjudicada haya sido ingenua o poco diligente (como apunta el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 26 de octubre de 1.981¹⁴⁵⁰, o la jurisprudencia inglesa¹⁴⁵¹; o se cómo refiere literalmente el Código Civil francés, en su artículo 1.139, el error que resulta de un fraude siempre es excusable; o como afirman los autores de los PECL, no existe motivo alguno para proteger los intereses de la parte que ha incurrido en dolo en lo que respecta a la vigencia del contrato). Siguiendo a PALAZÓN GARRIDO, suele decirse que el dolo es el error provocado por la mala fe del otro contratante, el llamado *animus decipiendi*. La razón por la que se protege al contratante que padece el dolo no es la falta de voluntad, sino la ilicitud de la conducta del otro contratante. De este modo, para que un contrato quede viciado por dolo no es preciso que el error sea esencial, basta con que sea determinante de la prestación del consentimiento, aunque en sí mismo no sea relevante. Asimismo, los efectos del error y el dolo son diferentes, pues mientras que las consecuencias del error se agotan en la anulación del contrato, el dolo puede fundamentar también una acción de indemnización de daños¹⁴⁵². Del análisis de los distintos ordenamientos e instrumentos, se extrae que el dolo está presente en todos ellos. Así, en España, artículo 1.269 y artículo 1.270 del Código Civil; Francia, artículos 1.137 a 1.139 del Código Civil; Italia, artículos 1.439 a 1.440 del Código Civil; Alemania, § 123 del BGB; Inglaterra, en cuyo ordenamiento se configura como la categoría de *fraudulent misrepresentation*; así como en los PECL, artículo 4:107; y, CESL, artículo 49.

Sin embargo, se aprecian diferencias en la amplitud de la definición de dolo en las distintas regulaciones. Así, en el caso español, se contempla una definición amplia de dolo, que permite englobar todos los supuestos en que ha habido mala fe en la conclusión del contrato, ya se hayan utilizado engaños, ya imposiciones o captación de la voluntad. Así, la actuación dolosa entendida de forma amplia también cubre el abuso de debilidad o dependencia, que en otros ordenamientos tiene tratamiento como vicio aparte. También en Francia se aprecia una noción amplia de dolo, incluyéndose dentro del concepto las maquinaciones y mentiras, así como la ocultación de información a sabiendas de su carácter relevante para la otra parte contratante. Del mismo modo, los PECL y CESL señalan que la conducta dolosa puede producirse de modo

¹⁴⁵⁰ Tribunal Supremo español. Sentencia de 26 de octubre de 1981, *Cit.*.

¹⁴⁵¹ *Laurence v. Lexcourt Holdings Ltd* (1978), 1 WLR 1128, *Cit.*; *Nocton v. Ashburton* (1914), AC 932, *Cit.*

¹⁴⁵² PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 2-4, 28.

activo, por palabras o por actos, o de modo pasivo, a través del silencio acerca de la información que la buena fe y la lealtad negocial exige descubrir¹⁴⁵³, destacando el tratamiento del dolo omisivo, que también se encuentra regulado en el artículo 1.137 del Código Civil francés y es admitido por la jurisprudencia española¹⁴⁵⁴. En el Derecho alemán e italiano si existe el deber de informar sobre alguna cosa y se guarda silencio, la conducta puede considerarse dolosa conforme al § 123 del BGB o artículos 1.337 y 1.338 junto con el artículo 1.439 del Código Civil italiano, respectivamente. Y todo ello, frente al Derecho inglés el cual no establece una obligación de revelar los hechos conocidos por una parte y desconocidos por la otra (*duty of disclosure*), por lo que ocultar los vicios del producto no genera anulabilidad o responsabilidad contractual.

Además, algunos sistemas prevén el concepto del llamado dolo incidental (*dolus incidens*), para aquellos casos en los que la parte perjudicada sí que habría celebrado el contrato de haber conocido el engaño, pero en términos diferentes. Este concepto se encuentra recogido en el artículo 1.270 del Código Civil español, artículo 1.440 del italiano y ha sido acogido por la jurisprudencia francesa¹⁴⁵⁵, estableciendo que en tales casos sólo habrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios. En cambio, el Derecho alemán considera que la víctima podrá anular el contrato, incluso en caso de dolo incidental, por lo que la distinción de dolo incidental carece de efectos y ha sido rechazada por un sector doctrinal, que la considera oscura e inútil¹⁴⁵⁶.

4.3.3. Violencia

La violencia, como vicio del consentimiento, puede encontrarse en algunos sistemas jurídicos cercanos al español, el cual distingue entre violencia física y violencia moral (intimidación). No obstante, otros ordenamientos no distinguen el tipo de violencia, integrando dichas situaciones bajo una denominación más genérica, como ocurre en el caso italiano (artículos 1.434-1.437 del Código Civil), en el alemán (§ 123 del BGB), en el francés (1.140-

¹⁴⁵³ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7, 9, 11.

¹⁴⁵⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 2798/2007, *Cit.* Apunta esta Sentencia que: “Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (STS 15-6-95, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SSTS 23-7 y 31-12-98), de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (STS 19-7-06)”.

Es interesante el Auto del Tribunal Supremo español, de 5 de febrero de 2020. Rec. 2548/2017, *Cit.*, Fundamento Jurídico Segundo, en el que interpreta el artículo 1.269 del Código Civil según el artículo 4:107 de los PECL.

¹⁴⁵⁵ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 30 de marzo de 2016, *Cit.*

¹⁴⁵⁶ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 35.

1.143 del Código Civil), o en el inglés bajo la figura de la *duress*, en la que una parte se ve forzada o amenazada para concluir un contrato, por lo que éste no puede considerarse válido en estas circunstancias. Por su parte, el artículo 4:108 de los PECL o el artículo 50 de la CESL ni siquiera mencionan ya la “violencia” dentro de su articulado, refiriéndose a la concurrencia de una amenaza inminente. Siguiendo a RUIZ SUTIL, la posibilidad de la presión sometida al otro contratante mediante amenazas con fuerza irresistible queda amparada por el concepto amplio de intimidación, mientras que la violencia física que le priva totalmente de libertad determina la nulidad del contrato. Opina esta autora que la fórmula poco precisa utilizada para la intimidación en las propuestas de unificación no favorece la seguridad jurídica; sin embargo, puede ayudar a dar solución a los problemas de validez por vicios del consentimiento que surgen en el comercio internacional. Sin perjuicio de lo anterior, esta autora también considera que sea cual sea la formulación dentro de cada sistema, se llega a una misma coincidencia, esto es, el violentado no decide desde una posición de libertad. De este modo, RUIZ SUTIL considera que, si se admite esta equivalencia conceptual, se podría abrir la puerta para lograr algunas ventajas, entre ellas, la de armonizar los requisitos que debe tener la calificación de intimidación¹⁴⁵⁷.

Señala PALAZÓN GARRIDO que es posible que el consentimiento de uno de los contratantes no se haya formado con total libertad, y no porque haya incurrido en error ni haya sido engañado (dolo), o coaccionado (violencia), sino porque su especial situación de debilidad, necesidad, dependencia o la relación de confianza que mantiene con la otra parte, le haya impelido a aceptar unas condiciones contractuales que, en otras circunstancias, no habría aceptado. En la mayoría de los sistemas jurídicos se ha contemplado la necesidad de dar solución a estos casos en que el contratante beneficiado no crea las condiciones de abuso (como sucede en los vicios de dolo o intimidación), pero sí las aprovecha para obtener la perfección de un contrato en condiciones ventajosas. Sin embargo, apunta esta autora, del análisis comparado se puede extraer una gran disparidad en los mecanismos, unas veces jurisprudenciales y otras positivos, con que los distintos ordenamientos dan respuesta al problema¹⁴⁵⁸. Del mismo modo, sostienen DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, en línea con los autores de los PECL, que no es tan fácil encontrar un acuerdo de principio sobre Derecho europeo comparado en este punto¹⁴⁵⁹. En primer lugar, el Derecho inglés contempla estos casos bajo la figura de la influencia indebida (*undue influence*), definida como aquella situación en que una de las partes se prevale de su situación de superioridad, confianza o ventaja, y se aprovecha paralelamente de la debilidad, estado de necesidad o dependencia de la otra parte para incitarla a celebrar el contrato¹⁴⁶⁰. No

¹⁴⁵⁷ RUIZ SUTIL, C., Capítulo II.25., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 10, 28.

¹⁴⁵⁸ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.26., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 1, 23.

¹⁴⁵⁹ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 233.

¹⁴⁶⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 24.

obstante, siguiendo a PALAZÓN GARRIDO, en ningún ordenamiento continental es posible encontrar una doctrina tan desarrollada sobre el abuso de debilidad, dependencia o confianza como la anglosajona, ni tampoco un cuerpo de jurisprudencia tan rico, que permita extraer principios generales capaces de resolver supuestos de hechos dispares; aunque si se puede afirmar que en la mayoría de los ordenamientos europeos se contienen normas sobre la cuestión, si bien dispares, a excepción de algunos sistemas como España, donde ha sido la jurisprudencia¹⁴⁶¹ la que se ha ocupado de dar solución al problema al tratar estas situaciones dentro del concepto de dolo. Así, en Francia se incluye el abuso de dependencia como una forma de violencia en el artículo 1.143 del Código Civil, cuya concurrencia da lugar a la nulidad del contrato. En el caso italiano, en este tipo de situaciones se recurre a la rescisión del contrato en estado de peligro (artículo 1.447) y rescisión del contrato celebrado en estado de necesidad o resolución por lesión (artículo 1.448), acercándose su régimen jurídico más al de la resolución, a pesar de ser considerado un defecto genético y no uno funcional, a diferencia de la resolución¹⁴⁶². En el sistema alemán estas situaciones se regulan como límite a la autonomía contractual en el § 138 (2) del BGB, dando lugar a la nulidad del contrato. El artículo 4:109 de los PECL, por su parte, ha seguido la postura que sus autores consideraron como mayoritaria dentro de los ordenamientos jurídicos europeos, permitiendo que la parte que ha sufrido un contrato abusivo pida su anulación cuando la otra parte se hubiera aprovechado de las especiales limitaciones de la primera¹⁴⁶³; posibilidad que también se encuentra recogida en el artículo 51 de la CESL.

En la tradición de los Códigos Civiles, la posible intervención de terceras personas en la causación de los vicios de voluntad es, por regla general, tenida en cuenta, tanto en los ordenamientos jurídicos como en los textos de unificación (artículo 4:111 de los PECL). Así, en el caso alemán, el contrato será anulable cuando el dolo o una amenaza contraria a Derecho son utilizados por un tercero y la parte beneficiada por ello conocía el engaño o debía haberlo conocido (§ 123 (2) del BGB). Lo mismo ocurre en el caso del artículo 1.434 del Código Civil italiano respecto a la violencia. Además, el artículo 1.439, párrafo segundo del Código Civil italiano establece una regulación similar a la alemana pero prescindiendo del supuesto en que el contratante beneficiado por el engaño debía haberlo conocido. Destaca PALAZÓN GARRIDO que, ante el conflicto de intereses suscitado en tales casos, el legislador italiano opta por proteger al contratante negligente, en vez de al contratante engañado, estatuyendo a favor del

¹⁴⁶¹ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 658/2011, *Cit.*; Tribunal Supremo español. Sentencia de 27 de febrero de 1989, *Cit.*

¹⁴⁶² CARO GÁNDARA, R., Capítulo I.7, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 26.

¹⁴⁶³ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 382.

primero la validez del contrato¹⁴⁶⁴. También se puede encontrar la misma regulación en la tradición anglosajona; o, en el artículo 1.142 del Código Civil francés respecto a la violencia, o en el 1.138 del mismo Código, al permitir la anulabilidad del contrato cuando un engaño lo cometa un tercero en connivencia. Por su parte, el Código Civil español contiene una regulación diferente frente a la contenida en otros ordenamientos, toda vez que exige que el dolo provenga de la otra parte contratante para que anule el consentimiento, de modo que el dolo empleado por un tercero, no es causa de nulidad del contrato. Y ello precisamente frente a la regulación establecida para la violencia e intimidación, que producen el mismo efecto si son causadas por una de las partes contratantes o por terceras personas (artículo 1.268 del Código Civil).

Por otro lado, en la mayoría de los sistemas jurídicos continentales, la acción de anulación es una acción judicial y se entiende que sólo los Tribunales están facultados para establecer la nulidad del contrato (sería el caso del ordenamiento jurídico español, italiano y francés; aunque, en este último caso, el Código Civil permite establecer la nulidad de mutuo acuerdo). En este sentido, DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES señalan que en la tradición de estos sistemas jurídicos continentales no se conoce un ejercicio de la acción de anulación que se produzca extrajudicialmente, aunque se puede pensar que, de la misma forma que la jurisprudencia española y la de otros países realizaron el recorrido necesario para trasladar las acciones de resolución del contrato originariamente judiciales, a un posible ejercicio extrajudicial, ningún inconveniente debería existir para que lo mismo ocurra en materia de anulación, siendo éste el punto de vista que adoptan los PECL en el artículo 4:112¹⁴⁶⁵, así como el ordenamiento jurídico alemán (§ 143 (1) del BGB) o inglés, en el que la impugnación es una mera declaración de voluntad recepticia y no requiere ninguna forma específica. Además, los PECL (artículo 4:119) y la CESL (artículo 57) van un paso más allá al permitir a la parte perjudicada recurrir, además de a la acción de nulidad del contrato, a los remedios previstos para los casos de incumplimiento contractual.

Ahora bien, como llama la atención YÁÑEZ VIVERO, el principal problema que plantea el ejercicio extrajudicial de esta facultad de anulación es lo relativo a la notificación de la parte legitimada a la otra parte para poner en marcha el procedimiento de anulación; por lo que, para evitar incertidumbre e inseguridad, se debe exigir una declaración expresa por escrito de querer anular el contrato en la que se motive la razón de la anulación y, además, se debe establecer un plazo para ejercer dicha facultad de anulación¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶⁴ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo II.24., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 65.

¹⁴⁶⁵ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 238.

¹⁴⁶⁶ YÁÑEZ VIVERO, F., 2019, *Op. Cit.*, pág. 98.

En cuanto a la posibilidad de confirmación del contrato anulable, apuntan DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES que ciertamente es una idea generalizada que adoptó el Derecho comparado. Por ejemplo, se pueden ver similitudes entre la regulación contenida en el Código Civil español y el artículo 4:114 de los PECL, estableciendo este último la posibilidad de confirmación de los contratos anulables y las reglas a que están sometidos, señalando dos requisitos que, según estos autores, no son difíciles de concordar con las reglas del Derecho comparado. Así, el artículo 1.311 del Código Civil español dispone que la confirmación ha de hacerse con conocimiento de causa de anulación y, habiendo ésta cesado; que es básicamente lo mismo que establece el artículo 4:111 de los PECL¹⁴⁶⁷, pudiendo ser la confirmación tácita o expresa. También ofrecen esta posibilidad expresamente el ordenamiento francés (artículo 1.181 del Código Civil), alemán (§ 144 del BGB) e italiano (artículo 1.444 del Código Civil) o la CESL (artículo 53).

La regulación de los efectos de la anulación también es generalmente admitida y no plantea problemas especiales. De este modo, anulado un contrato, las cosas deben ser colocadas en la misma situación que tenían antes de que el contrato hubiese sido celebrado, puesto que el contrato no constituye causa de justificación de ninguna atribución patrimonial que por virtud del contrato se haya realizado. Así, la regla del artículo 1.303 del Código Civil español es que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses; o, en el caso del ordenamiento jurídico alemán, que dispone que la declaración de voluntad afectada por un vicio del consentimiento puede ser impugnada y con ello se puede lograr la ineficacia *ex tunc* de todo el negocio jurídico (§ 142 del BGB). De la misma forma, el artículo 4:115 de los PECL establece que, tras la anulación del contrato, cada parte puede reclamar la restitución de lo que hubiera prestado en ejecución del contrato siempre que se produzca una simultánea restitución de lo que hubiera recibido. Por último, en cuanto a la regulación de aquellos supuestos en que la restitución *in natura* no es posible, la regla del artículo 1.307 del Código Civil español es que se restituye el valor de las cosas cuando éstas se perdieron. Por su parte, el artículo 4:115 de los PECL se limita a establecer la restitución del valor, pero sin otra referencia que la idea de que el valor que se toma en consideración es un valor razonablemente establecido¹⁴⁶⁸.

Por último, por regla general, la responsabilidad exigible cuando se anula un contrato se limita al interés negativo, de forma que la parte perjudicada reciba una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato. Tal regla se incluye expresamente en el 1.178 del Código Civil francés, artículo 1.338 del Código Civil italiano, artículo 4.117 de los PECL y en el artículo 55

¹⁴⁶⁷ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 240.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, pág. 242.

de la CESL. Dicho lo cual, sí que pueden encontrarse algunas limitaciones en algunos sistemas jurídicos, como es el caso del § 122 del BGB que limita la indemnización al del interés que la parte perjudicada tenía en la validez de la declaración nula o anulable.

En definitiva, se observa que todos los sistemas jurídicos cuentan con mecanismos para garantizar que el consentimiento contractual constituya una declaración libre y consciente; de modo que, si no es tal el caso, el contratante perjudicado puede recurrir a las acciones necesarias para desvincularse del contrato. Cabe destacar que, si bien las categorías que pueden viciar el consentimiento son similares, su definición y requisitos pueden variar de un ordenamiento a otro –por ejemplo, las situaciones de *misrepresentation* en el Derecho inglés pueden entenderse como error o dolo, dependiendo si se trata de *innocent misrepresentation* o *fraudulent misrepresentation*–, e incluso algunos de esos conceptos y requisitos estar desarrollados por interpretación jurisprudencial –como la exigencia de error excusable en el ordenamiento jurídico español–. Asimismo, el remedio por excelencia en caso de concurrencia de un vicio del consentimiento es la acción de anulación, aunque se observan algunos regímenes en que la regulación de su ejercicio es más flexible, permitiéndose ejercer dicha acción extrajudicialmente (como en los PECL, en el sistema alemán o en el inglés); o bien, permitiendo a la parte perjudicada acudir a los remedios propios del incumplimiento contractual (como el artículo 4:119 de los PECL o el artículo 57 de la CESL). De este modo, se llega a la conclusión que esta materia, aunque a primera vista pudiera resultar similar en los sistemas nacionales en cuanto a conceptos y remedios, luego se puede observar que habrá que acudir a la interpretación jurisprudencial para poder tener un conocimiento efectivo de la misma.

Pues bien, en nuestra opinión, la regulación del error, que en todo caso debe ser esencial y excusable, debe tender a una apreciación objetiva, a efectos de incrementar la seguridad en las transacciones y evitar la anulación de contratos con base en razones de carácter subjetivo, excepto aquellas razones que guarden relación con la dinámica del propio contrato. Por otra parte, entendemos que se debe equiparar el tratamiento jurídico del error vicio y error obstativo, a efectos de evitar la compleja determinación de cuándo se produjo la voluntad interna sobre una creencia errónea, dando así relevancia al momento en que se produjo la declaración. Ello supondría a su vez reforzar el deber especial de diligencia de la persona que hace una declaración contractual de asegurarse que lo hace sobre la base de una creencia certera.

En cuanto al dolo, su definición debe ser amplia, permitiendo englobar todos los supuestos en que ha habido mala fe en la conclusión del contrato, tanto dolo activo como pasivo. En cuanto al dolo incidental, estamos de acuerdo con aquella parte de la doctrina que rechaza su regulación como categoría independiente, pues la víctima también debe tener derecho a anular el contrato en estos casos.

Por su parte, el concepto la violencia, intimidación o amenaza debe definirse para cubrir todo tipo de situaciones en las que una de las partes ve forzada o amenazada de forma grave para concluir un contrato, por lo que éste no puede considerarse válido. Entendemos que debe unificarse el término con el que jurídicamente nos referimos a este tipo de situaciones.

Siguiendo las innovaciones introducidas por la reforma del Código Civil francés, los PECL o la CESL, o el concepto de *indue influence* inglés, la regulación debe incorporar el abuso de debilidad o de dependencia o de la relación de confianza que mantiene con la otra parte como categoría en la que se incurre en un vicio del consentimiento cuando una parte obtiene de forma injusta una ventaja manifiestamente excesiva de la otra parte, dado que entendemos que esta categoría contempla la protección de la parte perjudicada en un tipo de situaciones específicas que deben categorizarse de forma independiente a la violencia o al dolo. Esta categoría debe incluir lo que se conoce como violencia económica o abuso de poder económico, es decir, el caso en el que una de las partes se provecha del estado de necesidad, de la falta de experiencia o de la falta de conocimiento de la contraparte, a fin de estipular en su propio favor o a favor de otra persona una prestación de valor considerablemente mayor (a la fecha de la celebración del contrato) que el valor de la propia prestación.

Por otro lado, la regulación tanto del dolo como de la violencia o el abuso debe tener en cuenta la posible intervención de terceras personas en la causación de estos vicios de voluntad, permitiendo a la parte perjudicada anular el contrato en tales casos, sin tener en cuenta si el contratante que se ha visto beneficiado por el dolo o la violencia o el abuso causados por un tercero conocía la existencia de tales circunstancias.

La propuesta, como es lógico, debe contemplar las consecuencias de la concurrencia de los vicios del consentimiento en la celebración de los contratos. En nuestra opinión, la parte perjudicada debe tener la facultad de anular el contrato de forma extrajudicial, permitiendo a la contraparte la impugnación judicial de la nulidad en caso de que no estuviera de acuerdo. En cualquier caso, estamos de acuerdo con la opinión de YÁÑEZ VIVERO, de que deben especificarse las reglas en torno a la notificación extrajudicial, exigiendo una notificación por escrito y estableciendo un plazo para el ejercicio de tal facultad de anulación¹⁴⁶⁹. En caso de anulación del contrato, las cosas deberán ser colocadas en la misma situación que tenían antes de que el contrato hubiese sido celebrado. Consideramos además que la responsabilidad exigible cuando se anula un contrato debe limitarse al interés negativo. Además, la regulación debe establecer la regla de compatibilidad entre remedios, es decir, permitir a la parte perjudicada adaptarse a las circunstancias y contar con otros remedios propios de la regulación del incumplimiento contractual (siguiendo el ejemplo de los PECL, el DCFR o la CESL), que

¹⁴⁶⁹ YÁÑEZ VIVERO, F., 2019, *Op. Cit.*, pág. 98.

no necesariamente tenga que ser la nulidad del contrato, cuando su consentimiento se hubiere visto viciado.

4.4. Formación del contrato.

Otras diferencias se manifiestan en el tratamiento de las negociaciones contractuales. Así, mientras el Derecho español y francés, en línea con la interpretación del TJUE¹⁴⁷⁰, consideran que la responsabilidad por la ruptura de las negociaciones es extracontractual, debido a la inexistencia de un contrato perfeccionado entre las partes y al deber genérico de no causar daño a nadie, vinculado al principio de la buena fe; el Derecho alemán considera tal responsabilidad contractual, con base en un incumplimiento de obligaciones contraídas en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que tiende a proteger la expectativa que tiene el acreedor de que se van a cumplir los deberes que corren a cargo del deudor¹⁴⁷¹; el Derecho italiano, al hilo de una reciente Sentencia del Tribunal de Casación, viene a sostener que la responsabilidad por el daño causado por una parte a la otra durante las negociaciones, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones específicas (buena fe, protección, información) anteriores a las que se derivarán del contrato, siempre y cuando se haya concluido, solo puede calificarse como responsabilidad contractual; y, el Derecho inglés se basa en el principio de la total libertad contractual, es decir, una parte podrá romper las negociaciones contractuales, cuándo y como quiera, sin pagar daños al otro (*all or nothing approach*). Según CABRILLAC, la solución inglesa parece interesante desde un punto de vista económico porque permite a cada una de las partes elegir el contrato que se adecúe mejor a sus intereses, pero esta solución no es satisfactoria desde el punto de vista de la justicia contractual. Y ello, al contrario que la nueva solución francesa que parece adaptar el Derecho Contractual a las nuevas realidades económicas realizando un buen equilibrio entre libertad y justicia¹⁴⁷². En este sentido, apunta LARA AGUADO que la contratación actual, caracterizada por la globalización de la economía y por el aumento de las desigualdades entre las partes contratantes, precisa una normativa que proporcione seguridad jurídica y previsibilidad en la fase de formación contractual para facilitar el funcionamiento correcto de los mercados. Por consiguiente, los diferentes sistemas jurídicos están procediendo, en general, a una mayor regulación de los deberes de conducta de las partes, de los supuestos que entran dentro del concepto de responsabilidad precontractual y del alcance de la responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes de la fase precontractual. Continúa esta autora afirmando que el acento que ponen las tendencias legislativas en los deberes precontractuales supone un triunfo de los planteamientos de los sistemas romano-germánicos en la regulación de la responsabilidad precontractual, en detrimento del *all or*

¹⁴⁷⁰ TJCE. As. 334-00, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Cit.*

¹⁴⁷¹ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, 16.

¹⁴⁷² CABRILLAC, R., 2016, *Op. Cit.*, pág. 62.

nothing approach del *Common Law* (si no hay contrato, no hay responsabilidad contractual), que realmente no es lo que reclaman los intereses del tráfico y del mercado¹⁴⁷³.

En el ámbito de la UE, además, el Reglamento Roma II (RRII) ha tratado de armonizar la calificación de la responsabilidad precontractual proveniente de las obligaciones extracontractuales derivadas de los tratos previos a la celebración del contrato, ya que las incluye dentro de los supuestos de responsabilidad extracontractual, si bien las regula a través de la ley aplicable al contrato (artículo 12)¹⁴⁷⁴. Sin embargo, siguiendo a LARA AGUADO, el RRII sólo ofrece una solución parcial por cuanto: (i) su ámbito de aplicación se limita a los países de la UE, pese a su carácter universal (artículo 3); (ii) se circunscribe sólo a determinados supuestos de *culpa in contrahendo*, es decir, a las obligaciones extracontractuales que tengan un vínculo directo con los tratos previos a la celebración del contrato, lo que permite cuestionarse si hay otros supuestos de responsabilidad contractual en la culpa *in contrahendo*; (iii) la inclusión dentro de la calificación extracontractual de determinados casos en que la responsabilidad precontractual deriva de obligaciones libremente asumidas por las partes ha generado críticas, como el incumplimiento de preacuerdos o compromisos negociales para determinar cómo se deben llevar a cabo las negociaciones del contrato; y, (iv) deja inalterada la regulación sustantiva de esta materia en los Estados miembros¹⁴⁷⁵.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo en que la responsabilidad que se genere durante los tratos previos a la celebración del contrato debe ser calificada como extracontractual, toda vez que no ha llegado a celebrarse un contrato. Se trata ciertamente de la responsabilidad que puede surgir como consecuencia de la ruptura de las negociaciones precontractuales, lo que no quiere decir que toda ruptura genere dicha responsabilidad, pues las partes son libres de concluir o no un contrato, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad y, por ende, son libres de abandonar las negociaciones precontractuales por causa justa. Si bien, pueden darse situaciones en las que el abandono de las negociaciones precontractuales pueda suponer una lesión al principio de buena fe y al interés de la confianza, originando unos perjuicios a la contraparte que deben ser reparados por la parte que ha roto las negociaciones.

Como en la mayoría de los sistemas jurídicos, en caso de responsabilidad precontractual, debe indemnizarse por los gastos en los que se ha incurrido como consecuencia del proceso negociador. Es lo que se conoce como el ya mencionado interés contractual negativo, por la confianza depositada en el negocio, que ha llevado a la otra parte a incurrir en una serie de

¹⁴⁷³ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 3.

¹⁴⁷⁴ TJCE. As. 334-00, Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Cit.*

¹⁴⁷⁵ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 17.

gastos, que no habría realizado si hubiera sabido que el contrato no se celebraría y por haber desechado la celebración de otros contratos al preferir el que finalmente no se celebró¹⁴⁷⁶.

Por lo que respecta a la formación del contrato, todos los ordenamientos jurídicos coinciden en que para considerar perfeccionado un contrato es necesario que el consentimiento se forme a través del concurso de la oferta y la aceptación (artículo 1.262 del Código Civil español, artículo 1.113 del Código Civil francés, artículo 1.335 del Código Civil italiano, § 151 del BGB). Pese a la admisión generalizada del esquema bilateral de oferta y aceptación, no todos los ordenamientos jurídicos regulan a través de sus codificaciones nacionales estas declaraciones de voluntad de manera detallada. Este es el caso del Código Civil español, cuyo artículo 1.262 sólo dispone que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación, pero ni define ninguno de estos términos, ni se refiere a sus requisitos. Y ello, al contrario que el reformado Código Civil francés que dedica diez artículos a regular esta cuestión (artículos 1.113 a 1.122), lo que evidencia la influencia que están teniendo en los ordenamientos jurídicos los esfuerzos realizados por los redactores de las propuestas de unificación, como los Principios UNIDROIT o los PECL, que regulan detalladamente el tema de la oferta y la aceptación. En este sentido, destaca LARA AGUADO el peso que en estas nuevas tendencias legislativas han tenido los ordenamientos de influencia germánica, como el BGB alemán o el italiano, que regulan exhaustivamente la materia¹⁴⁷⁷.

Sin embargo, llama la atención también esta autora, LARA AGUADO, que una cuestión más polémica constituye la forma a través de la cual se llega a la convicción de que hay un consentimiento contractual, toda vez que, por una parte, el *Common Law* defiende que el acuerdo entre las partes debe extraerse desde un enfoque objetivo de los hechos, donde cobran gran importancia las declaraciones y comunicaciones que se han intercambiado las partes a través de la oferta y la aceptación; mientras que los sistemas continentales ponen el acento en la verdadera intención subjetiva de las partes (como el Derecho español o francés). No obstante, también es cierto que existen excepciones a esta regla general que acercan a estos sistemas a la interpretación objetiva, basada en la percepción de las declaraciones por la contraparte, pues no puede perderse de vista que en estas codificaciones rige el principio de buena fe que preside las negociaciones contractuales y que conduce a la protección de la confianza que se genera en el destinatario¹⁴⁷⁸. Según DÍEZ-PICAZO, por regla general, debe prevalecer el principio de interpretación subjetiva, debiendo sólo inclinarnos a favor de la interpretación objetiva si el destinatario de la declaración de oferta, al interpretarla ha modificado razonablemente su propia situación jurídica o económica. Así pues, sólo debiera abogarse por la interpretación objetiva

¹⁴⁷⁶ LARA AGUADO, A., Capítulo II.13, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 18.

¹⁴⁷⁷ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 18.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, Apdo. 4 y 23.

en aquellos casos en que se hubiera producido una aceptación tácita, o en los que el destinatario de la oferta hubiere comenzado a ejecutar actos preparatorios de la ejecución o del cumplimiento del contrato¹⁴⁷⁹.

Por otro lado, en cuanto al momento en que se considera perfeccionado el contrato, los ordenamientos analizados en general coinciden en seguir la teoría de la recepción, esto es, el contrato se entiende perfeccionado desde que el oferente recibe la aceptación, aunque todavía no la conozca; si bien se pueden apreciar también diferencias entre los distintos ordenamientos. Algunos autores consideran que la teoría de la recepción consigue un mayor equilibrio en cuanto al riesgo de incertidumbre entre las partes. Por su parte, en el caso del Derecho Contractual italiano, la teoría del conocimiento aparece matizada, toda vez que la oferta y la aceptación se presumen conocidas desde el momento de su llegada a la dirección del destinatario. Comentan BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que esta cuestión puede ser importante en varios aspectos, por ejemplo, si ha entrado en vigor una nueva ley o para determinar el comienzo de los períodos, como el de prescripción¹⁴⁸⁰. Según DÍEZ-PICAZO, la teoría de la recepción es la que lleva a cabo una más adecuada ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego. Si el destinatario pudo, y además actuando diligentemente, debió, conocer la aceptación, las consecuencias jurídicas deben ser las mismas que si la hubiera conocido, aunque no haya existido un conocimiento real y efectivo. El destinatario que, habiendo recibido la comunicación, alega, e incluso prueba, no haberla llegado a conocer, actúa deslealmente y contra la buena fe¹⁴⁸¹.

A diferencia de los sistemas continentales, el Derecho inglés no precisa una oferta integral de todos los extremos del contrato, sino una oferta “suficiente”, al igual que el propio acuerdo de voluntades que implica la perfección del contrato. Así, la posibilidad de considerar la existencia de una oferta, o de un contrato, bastando con que no todos los elementos del negocio se encuentren precisos (como la determinación del precio o el lugar de entrega de una mercancía), sino únicamente los imprescindibles, es una opción flexible que se va imponiendo en el Derecho Contractual moderno a partir de la propia tradición del *Common Law*. El artículo 2:201 de los PECL también se basa en este modelo. Esto contrasta aparentemente con la mayor rigidez propia de los sistemas romano-germánicos. Del artículo 1.262 del Código Civil español se desprende que el concurso de la oferta y la aceptación deben recaer sobre “*la cosa y causa del contrato*”, de donde se ha deducido que la oferta debe contener los elementos esenciales del contrato. E igualmente, el Derecho francés y alemán exigen que el contrato sea completo y que contenga todos los elementos esenciales impuestos por ley (artículo 1.114 del Código Civil

¹⁴⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 7.

¹⁴⁸⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 547.

¹⁴⁸¹ DÍEZ-PICAZO, L., 1995, *Op. Cit.*, pág. 13.

francés) o por los contratantes (§ 154 del BGB). Si bien, en el caso alemán, esta exigencia quiebra, pues pese a la necesidad de concreción de todos los elementos esenciales de la oferta como regla general, se presume que el contrato puede existir pese a la ausencia de acuerdo sobre alguno de los elementos esenciales (§ 155 del BGB)¹⁴⁸². Igualmente, creemos que aún los mencionados sistemas que se caracterizan por su mayor rigidez, encuentran una cierta flexibilidad, pues no exigen que estén presentes todos los elementos del contrato, sino sólo los esenciales. Como explica Díez-PICAZO, un sistema en el que se exija el carácter íntegro o completo de la oferta, establece notorias dificultades para llegar a un contrato, porque siempre podrá decirse que faltó alguna materia sobre la que el oferente hubiera debido pronunciarse¹⁴⁸³.

Asimismo, y al contrario que en los sistemas romano-germánicos más proclives a admitir las ofertas firmes o irrevocables (como el Derecho alemán), el Derecho inglés sí admite la revocabilidad de una oferta, incluso si se manifiesta su firmeza por un tiempo indeterminado. El Derecho francés (artículo 1.116 del Código Civil francés) también opta por una regla más flexible aunque más estricta que el Derecho inglés, considerando que es obligación del oferente mantener la oferta durante el plazo fijado o durante un periodo razonable; si bien, ello no significa que la revocación de tal oferta carezca de efecto, sino que el oferente está obligado a pagar daños y perjuicios por la pérdida que el destinatario de la oferta ha sufrido a causa de la revocación prematura. Por su parte, el artículo 2:202 de los PECL o artículo 32 de la CESL admiten la revocación si ésta llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación. En el mismo sentido es interpretada la revocación de la oferta por la jurisprudencia española¹⁴⁸⁴. Sostiene Díez-PICAZO que esta solución es adecuada, puesto que el aceptante ha hecho ya todo lo que estaba en su mano para perfeccionar el contrato¹⁴⁸⁵. Según RUIZ ARRANZ, las soluciones de cada sistema jurídico responden a distintas ponderaciones de los intereses en juego para, primero, construir la norma general y, después, dosificar sus efectos por medio de excepciones. Así, los resultados prácticos que la comparación entre sistemas arroja ofrecen un panorama relativamente uniforme (quizás con la excepción del *Common Law*). Esta relativa uniformidad se ha logrado, en opinión de este autor, gracias a las consecuencias jurídicas asociadas a la revocación de la oferta en cada sistema o, si se quiere, a la responsabilidad que cada sistema atribuye al oferente que revoca una oferta considerada como vinculante. Sin embargo, también sostiene RUIZ ARRANZ que existe, en el Derecho uniforme, una absoluta falta

¹⁴⁸² LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 25.

¹⁴⁸³ Díez-PICAZO, L., 1995, *Op. Cit.*, pág. 8.

¹⁴⁸⁴ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 506/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Undécimo. Es interesante destacar que en esta Sentencia se interpreta la revocación de la oferta en el mismo sentido que el artículo 2:202 de los PECL, artículo 16.1 de la CVCIM o artículo 2.1.4.1 de los Principios UNIDROIT.

¹⁴⁸⁵ Díez-PICAZO, L., 1995, *Op. Cit.*, pág. 15.

de desarrollo respecto a las consecuencias de la revocación de una oferta con eficacia vinculante, una vez que se ha determinado que tiene. Se hace necesario articular remedios que den mejor respuesta a los intereses implicados, escapando de la tan asentada noción de “irrevocabilidad” como solución aparente¹⁴⁸⁶.

No obstante, al contrario que otras tendencias del Derecho Contractual moderno contenidas en las propuestas de unificación, el Derecho inglés e italiano (artículo 1.326 del Código Civil) optan por una interpretación muy estricta de la aceptación basada en la regla del espejo (*mirror image rule*), de forma que una modificación de la oferta implica en realidad una contraoferta. Esta exigencia de concordancia estricta de la aceptación con los términos en que se ha formulado la oferta también es compartida por el Derecho español, francés (artículo 1.118 del Código Civil) y alemán (§ 150 (2) del BGB); aunque apunta LARA AGUADO que en el caso de España y Francia sí que se ha venido admitiendo que sólo se requiere una modificación sustancial de la oferta para poder considerar que estamos ante una contraoferta, a efectos de acomodarse a la celeridad exigida por la compleja realidad comercial (ruptura de la regla del espejo)¹⁴⁸⁷. Por su parte, los textos de unificación también contemplan una regla más flexible, disponiendo que una respuesta clara de aceptación de la oferta constituye aceptación, aun cuando implique nuevos o diferentes términos, siempre que tales modificaciones no alteren de manera sustancial los términos de la oferta (artículo 2:208 de los PECL, artículo 2.1.11 de los Principios UNIDROIT, artículo II.-4:208 del DCFR y artículo 38 de la CESL). Si bien, los mismos añaden que si, como consecuencia del cambio no esencial de los términos y condiciones de la oferta, el oferente ya no desea quedar vinculado por tales términos, deberá comunicarlo a la otra parte sin demora. Comenta DÍEZ-PICAZO que, al adoptar esta solución, se buscan soluciones que parecen más justas, que evitan mejor el riesgo de abusos y que, de acuerdo con los dictados de la buena fe, tutelan mejor la confianza razonable suscitada¹⁴⁸⁸. El artículo 38 (4bis) de la CESL establece, por su parte, una regla más estricta en las relaciones entre un comerciante y consumidor, considerando que cualquier modificación de los términos de la oferta inicial, constituirá una contraoferta.

En opinión de LARA AGUADO, aunque tanto en las codificaciones nacionales como en los PECL y en la CESL, el acuerdo de voluntades de las partes se erige en el núcleo central de los contratos, se puede constatar una tendencia a prescindir de la voluntad entendida subjetivamente en aras a proteger las expectativas, la confianza y la seguridad del tráfico, como se aprecia en las reglas que permiten concluir la existencia de dicho acuerdo de voluntades, si así se desprende de lo que puede ser razonablemente interpretado por la parte que confió en la

¹⁴⁸⁶ RUIZ ARRANZ, A. I., 2018, *Op. Cit.*, pág. 1399-1400.

¹⁴⁸⁷ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

¹⁴⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, L., 1995, *Op. Cit.*, pág. 26.

declaración o conducta de la otra parte, lo que se halla más en la línea con los sistemas del *Common Law*, donde el consentimiento de las partes se interpreta de conformidad con la confianza depositada por las partes contratantes. Llama la atención también esta autora que las nuevas tendencias legislativas tienden a regular de una manera muy detallada la formación del contrato basándose en el modelo bilateral de la oferta y la aceptación, a diferencia de las codificaciones nacionales, que suelen contener escasa regulación de este tema y resuelven los conflictos que la oferta y la aceptación generan por vía jurisprudencial, coincidiendo en el resultado final, en gran cantidad de supuestos. Esta exhaustiva regulación contrasta con la flexibilidad que se concede a la hora de interpretar cuándo hay un acuerdo de voluntades formado a partir de dicha oferta y aceptación. Por un lado, es suficiente con que las partes lleguen a un acuerdo contractual mínimo, en el que pueden dejarse términos abiertos y sin negociar, lo que aparentemente es diferente a las codificaciones de corte francés y, en cambio, es tan propio del *Common Law*. Por otro lado, para fomentar la formación del contrato, se admite que la declaración de voluntad que introduce modificaciones a la oferta surta efectos como aceptación (ruptura de la regla del espejo), lo que también contrasta aparentemente con la clásica regla del Derecho inglés¹⁴⁸⁹.

Aquí nosotros abogamos también por una regulación más detallada de la formación del contrato, esto es, de la oferta y la aceptación. El consentimiento contractual debe extraerse desde un enfoque objetivo de los hechos, dando importancia a las declaraciones y comunicaciones que se han intercambiado las partes a través de la oferta y la aceptación. El contrato debe entenderse perfeccionado desde que el oferente recibe la aceptación, aunque todavía no la conozca, esto es, la regulación debe recoger la ya mencionada teoría de la recepción, pues consideramos que contribuye a reducir la inseguridad jurídica en la conclusión de los contratos.

En cuanto a los requisitos que debe reunir la oferta, nosotros nos inclinamos por precisar una oferta “suficiente”, siguiendo el modelo inglés y las actuales propuestas de unificación jurídica, que incluya los elementos imprescindibles para considerar que estamos ante una oferta contractual. También consideramos que debe seguirse una regla más flexible en cuanto a la firmeza de la oferta, debiendo el oferente mantener la misma durante el tiempo comprometido, y si no ha fijado ningún plazo, debe poder revocar dicha oferta en cualquier momento, pero siempre que la revocación llegue a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación. De esta manera, se consigue un equilibrio de intereses, por cuanto el oferente debe estar vinculado a su oferta si ha decidido mantenerla durante un tiempo determinado, teniendo libertad para revocarla siempre que no haya hecho tal compromiso y el destinatario no haya aceptado ya tal oferta.

¹⁴⁸⁹ LARA AGUADO, A., Capítulo II.14, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 5, 63.

La aceptación debe concordar con los términos de la oferta, aunque no estamos de acuerdo con la estricta interpretación de la aceptación basada en la regla del espejo (*mirror image rule*), abogando por una interpretación más flexible (como la seguida por España o Francia o los textos de unificación) que permita considerar la oferta aceptada aun cuando implique nuevos o diferentes términos, siempre que tales modificaciones no alteren de manera sustancial los términos de la oferta.

En nuestra opinión, una regulación con base en las anteriores premisas facilitaría las transacciones y la conclusión de contratos, toda vez que se adaptaría a la realidad comercial y jurídica actual, a la vez que aportaría seguridad jurídica, simplificando el tradicional esquema bilateral de la oferta y la aceptación.

4.5. Incumplimiento del contrato.

Siguiendo a PÉREZ VELÁZQUEZ, el incumplimiento constituye el presupuesto-eje de todo el sistema de responsabilidad contractual, porque todos los remedios tienen como elemento básico y esencial que se produzca previamente el mismo. Por ello, es preciso delimitar las líneas maestras que lo conforman¹⁴⁹⁰. No obstante, las discordancias surgen, en primer lugar y precisamente, a la hora de la calificación del incumplimiento, toda vez que junto a aquellos ordenamientos en los que el incumplimiento resolutorio ha de ser culpable (sistemas subjetivos) se sitúan aquellos que prescinden del criterio de imputación del incumplimiento (sistemas objetivos). En segundo lugar, las divergencias entre ordenamientos se acentúan por el procedimiento a través del cual el acreedor insatisfecho puede remediar tal incumplimiento y, en particular, solicitar la resolución del contrato, permitiendo distinguir tres modelos de resolución: a) la resolución judicial; b) la resolución extrajudicial mediante declaración unilateral del acreedor; y, c) la llamada resolución automática, como en los casos de imposibilidad¹⁴⁹¹. En tercer lugar, las diferencias en cuanto a la eficacia de la resolución, según la cual podemos clasificar los ordenamientos en aquéllos que atribuyen a la resolución efectos retroactivos (eficacia *ex tunc*) y los que niegan la retroactividad y proyectan la resolución exclusivamente hacia delante (eficacia *ex nunc*), liberando a las partes de las obligaciones todavía no cumplidas¹⁴⁹²; aunque, apuntan LANDO y BEALE, las diferencias en los resultados prácticos que se derivan de cada uno de los ordenamientos no son demasiado grandes (pero no dejan de ser significativas).

¹⁴⁹⁰ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 42.

¹⁴⁹¹ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3684.

¹⁴⁹² PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4.

En cuanto a la calificación del incumplimiento, como dice PÉREZ GURREA, en los sistemas basados en la culpa, la resolución aparece con un acusado carácter de sanción y se concibe como un reproche a la conducta negligente o dolosa del deudor incumplidor. Así en la hipótesis del incumplimiento no culpable (imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa ni dolo del deudor), se acude a la doctrina de los riesgos, ligada a la naturaleza del contrato sinalagmático y que pretende resolver qué ocurre con el contrato, cuando al deudor le resulte imposible realizar su prestación como consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor. En tales supuestos, se entiende que las obligaciones correlativas se extinguen y el contrato queda resuelto de pleno derecho y *ex nunc*. Es el caso de Italia, cuyo Código Civil prevé tres supuestos: a) resolución por incumplimiento, b) resolución por imposibilidad sobrevenida y c) resolución por excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1.453 a 1.469 del Código Civil). Según PALAZÓN GARRIDO queda patente la fragmentación del concepto de incumplimiento, ya que los casos de “no ejecución” por caso fortuito tienen como consecuencia la extinción inmediata y automática de la relación, sin necesidad de ningún requerimiento (también disponen el mecanismo de la resolución automática el artículo 1.218 del Código Civil francés o el artículo 9:303 (4) de los PECL)¹⁴⁹³. Así, en general en los países del *Civil Law*, la responsabilidad contractual se caracteriza por la adopción de un concepto más estricto de incumplimiento basado en la conducta del deudor, que no permite dar cabida a todos los supuestos de insatisfacción del acreedor que técnicamente no suponen una infracción de deberes por parte del deudor. No obstante lo anterior, explica PÉREZ VELÁZQUEZ, la ausencia de un concepto unitario del incumplimiento y el carácter subjetivo de la responsabilidad conectado a unos regímenes especiales de responsabilidad de tintes objetivos, impiden en los países de *Civil Law* la construcción de un sistema unificado y articulado de responsabilidad contractual¹⁴⁹⁴.

Por su parte, en los modelos objetivos, la resolución no se concibe como sanción sino que es liberación del acreedor insatisfecho ante la falta de cumplimiento. Esta concepción es la clásica del sistema anglo-americano (doctrina de la *frustration*), y que ahora se sigue también en otros ordenamientos jurídicos, como el español, francés o alemán; y en el Derecho Contractual europeo, como en el artículo 1:301 (4) de los PECL y artículo 87 de la CESL, donde la noción de incumplimiento se elabora al margen de la culpa del deudor, en la medida en que el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura, sino en cuanto a un resultado¹⁴⁹⁵. En este sentido, indica MORALES MORENO que esta nueva construcción tiende a reforzar, en la vinculación contractual, la idea de un resultado, que traspasa los límites de la idea de cumplimiento del deber de prestación. Afirmar que el deudor garantiza un resultado supone que la vinculación contractual tanto puede referirse al cumplimiento de deberes de

¹⁴⁹³ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 7.

¹⁴⁹⁴ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 39.

¹⁴⁹⁵ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3685.

conducta, como a hechos, situaciones o estados de necesidad, que constituyan presuposiciones del contrato, cuando el riesgo que para el acreedor implica su existencia o no existencia corre de algún modo a cargo del deudor. Supone, asimismo, que la fuerza vinculante de la relación obligatoria opera en los casos de imposibilidad inicial total y que la imposibilidad sobrevenida, no imputable al deudor, no provoca necesariamente la extinción de la relación obligatoria, dado que en ambos casos puede operar la garantía del deudor. Igualmente, implica que la culpabilidad no tiene que ser un requisito necesario del incumplimiento, sino que éste consiste en la falta de ejecución de las exigencias del contrato, con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Por tanto, según este autor, y compartimos tal opinión, este enfoque permite explicar mejor la responsabilidad contractual, no haciéndola depender de un juicio de reproche del deudor, por su conducta culpable; sino que permite entenderla como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes¹⁴⁹⁶.

Como hemos adelantado, también se pueden apreciar divergencias en cuanto a los remedios derivados del incumplimiento, entre ellos, la facultad de pedir el cumplimiento o de reducción del precio (reconocida ésta última con carácter general en los ordenamientos del *Civil Law*, así como en los PECL y CESL, desconociéndose como tal la acción en el *Common Law*). LANDO y BEALE consideran que la pretensión de cumplimiento entendida como derecho general tiene una serie de ventajas. En primer lugar, al tener una protección específica, el acreedor puede llegar a obtener la totalidad de lo que se le debe conforme al contrato; en segundo lugar, se evitan las dificultades en la determinación de los daños provocados; y, en tercer lugar, se refuerza el vínculo creado por las obligaciones contractuales¹⁴⁹⁷. Hay ordenamientos e instrumentos que aceptan este remedio, como los ordenamientos continentales y los PECL y la CESL; mientras que en otros sistemas está sometido a requisitos más rigurosos, como en el Derecho inglés. Como dice PÉREZ VELÁZQUEZ, “*en un primer acercamiento, se observa que el remedio que constituye la regla general en un sistema, es la excepción en el otro y a la inversa*”¹⁴⁹⁸. En concreto, explican BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER que la noción de “cumplimiento *in natura*” en sí misma difiere entre los sistemas. En los sistemas de *Civil Law*, se utiliza para abarcar no sólo el caso de que el demandado se ve obligado a cumplir por sí mismo, sino también el caso en que el demandante tiene derecho a obtener el cumplimiento de un tercero a expensas del demandado. Frente a ello, el *Common Law* reconoce sólo la primera situación a efectos del cumplimiento *in natura*. Si el demandante desea obtener el cumplimiento por un tercero, deberá rescindir el contrato original y recuperar el coste de obtener el cumplimiento por un tercero mediante una demanda por daños y perjuicios. Esta es

¹⁴⁹⁶ MORALES MORENO, A.M., 2006, *Op. Cit.*, pág. 19 y 20.

¹⁴⁹⁷ LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 580.

¹⁴⁹⁸ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 57-58.

una de las razones por las que en el *Common Law* el cumplimiento específico parece ser mucho más limitado que la aplicación literal del cumplimiento en el *Civil Law*¹⁴⁹⁹. Según DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES, estas diferencias se deben al modo de entender el contrato como instrumento de equilibrio de los intereses de las partes y su conexión con ciertos postulados económicos¹⁵⁰⁰. Así, en los países del *Common Law*, la acción dirigida al cumplimiento está sometida a requisitos muy rigurosos y no basta con que el acreedor lo pida para que el Juez lo conceda, a diferencia del *Civil Law* que considera dicha acción como respuesta natural frente al incumplimiento¹⁵⁰¹. Si bien, el análisis de los distintos ordenamientos y las prácticas comerciales demuestran que resulta conveniente limitar el derecho a exigir el cumplimiento, razón por la cual los PECL recogen cuatro excepciones al derecho a reclamar el cumplimiento en su artículo 9:102 (2), con base en argumentos físicos, legales o comerciales¹⁵⁰². Sostiene PÉREZ VELÁZQUEZ que estas excepciones tienen un carácter marcadamente anglosajón, toda vez que la solución adoptada por los PECL en relación a la exigencia de este tipo de obligaciones es de compromiso entre los dos sistemas imperantes, ya que si bien, parten de la regla de un sistema, introducen, vía excepción, normas exportadas del otro, llegando en la práctica a soluciones similares a ambos sistemas¹⁵⁰³.

También existen diferencias entre los distintos ordenamientos continentales en cuanto a la elección del acreedor entre solicitar el cumplimiento específico o la resolución y la posibilidad de modificar dicha elección (*ius variandi*). Así, en Francia, se permite que el acreedor que haya optado por la resolución del contrato pueda demandar a continuación el cumplimiento específico o viceversa. Sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el *ius variandi* no es libre, sino que está sometido a restricciones que tienen su justificación, indica PALAZÓN GARRIDO, en la protección del otro contratante y en su derecho a confiar en que la declaración del acreedor no va a ser modificada, pudiendo organizar sus intereses conforme a ella. Así, en Alemania, se admite la posibilidad de que el acreedor pueda modificar su elección durante el plazo adicional (*Nachfrist*) que el acreedor concede al deudor para cumplir; si bien cuando ejercita el derecho de resolución queda extinguida la pretensión de exigir la prestación¹⁵⁰⁴. Por su parte, en España, el artículo 1.124 del Código Civil prevé que el acreedor “también podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible”, es decir, si el perjudicado opta por el cumplimiento y éste resulta

¹⁴⁹⁹ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1582.

¹⁵⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 333.

¹⁵⁰¹ DAMIÁN MORENO, J., 2015, *Op. Cit.*, pág. 6.

¹⁵⁰² LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., 2003, *Op. Cit.*, pág. 580.

¹⁵⁰³ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 101.

¹⁵⁰⁴ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 5.

imposible, todavía puede pedir la resolución. En cambio, si opta por la resolución, como regla general, no puede exigir luego el cumplimiento¹⁵⁰⁵. De la misma forma, el Derecho italiano impide que el acreedor pueda pedir el cumplimiento si ya ha demandado la resolución, mientras que sí puede hacerlo a la inversa (artículo 1.453.2 Código Civil italiano). En cuanto al Derecho uniforme, en línea con el Derecho español e italiano, el artículo 8:102 de los PECL y el artículo 8 de la CESL no impiden que se solicite la resolución, aún después de haber reclamado el cumplimiento, pero sí a la inversa.

Como argumenta BEALE la resolución atiende en general a dos funciones: a) proteger a la parte cumplidora y perjudicada por el incumplimiento; y, b) presionar a la parte incumplidora para que verifique el incumplimiento. De la misma forma, DÍEZ PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES explican que la resolución permite al acreedor desvincularse del contrato y liberar los recursos empleados en él para reutilizarlos del modo que estime conveniente. Así, esta facultad, unida a la posibilidad de exigir una indemnización, coloca al acreedor en una posición ventajosa. No obstante, para el deudor implica la pérdida de todos los gastos realizados en la celebración del contrato y en la preparación de su cumplimiento. De este modo, la resolución muchas veces le va a suponer un serio sacrificio, lo que explica las restricciones que se suelen introducir en su aplicación¹⁵⁰⁶. Como apuntan GÓMEZ POMAR y GILI SALDAÑA, la conexión entre resolución e indemnización genera una fuente adicional de complejidad, pues las decisiones y las conductas de los contratantes habrán de tener en cuenta el efecto combinado de ambos remedios. Además, ese efecto combinado con frecuencia no induce los incentivos correctos para los contratantes, y uno puede reducir las ventajas del otro, o agravar sus desventajas, de modo que es preciso, a fin de apreciar adecuadamente las consecuencias del remedio resolutorio, tener siempre a la vista la influencia que su interacción con la indemnización de daños trae consigo¹⁵⁰⁷.

En este sentido, señala TREITEL, que cuando un sistema legal procede a la regulación de la resolución por incumplimiento tiene que alcanzar el equilibrio entre los intereses en juego: en un extremo se sitúa el interés de la parte perjudicada por el incumplimiento, a la que se reconoce el derecho de resolución; en el otro, el de la parte incumplidora, a la que se debe dotar de ciertos mecanismos de protección. Según PÉREZ GURREA, los instrumentos que se ofrecen al legislador para lograr este objetivo son variados y su combinación configura los distintos modelos existentes en el Derecho comparado para la resolución contractual. A la hora de decidirse por un modelo u otro, pesa en los sistemas la tradición histórico-dogmática así como razones de índole económica. Estas últimas han inspirado en las recientes reformas legislativas una

¹⁵⁰⁵ SAN MIGUEL PRADERA, L.P., 2011, *Op. Cit.*, pág. 1695.

¹⁵⁰⁶ DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., 2002, *Op. Cit.*, pág. 349.

¹⁵⁰⁷ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2014, *Op. Cit.*, pág. 1218-1219.

flexibilización de los requisitos de la resolución con la finalidad de facilitarla. Así, ocurrió en el § 323 del BGB en el que la mayor facilidad que tiene el acreedor para resolver el contrato, no va en detrimento del principio de vinculación contractual (*pacta sunt servanda*), sino que por el contrario, garantiza una mayor justicia contractual¹⁵⁰⁸, permitiendo el § 323 (1) del BGB que el acreedor pueda resolver el contrato, siempre que haya concedido un plazo adicional al deudor para que pueda cumplir. Tal regulación también se puede encontrar en la reforma francesa, toda vez que la nueva regulación permite al acreedor resolver el contrato extrajudicialmente en caso de incumplimiento del deudor, siempre que se haya concedido al deudor previamente un plazo razonable para proceder al cumplimiento (artículo 1.226 del Código Civil francés), posibilidad que en Derecho español es acogida por la jurisprudencia, pero no se encuentra expresamente regulada. También el Código Civil italiano prevé, en su artículo 1.454, que la parte perjudicada pueda solicitar por escrito a la parte incumplidora que cumpla dentro de un plazo razonable con la declaración de que, transcurrido inútilmente dicho plazo, el contrato se entenderá resuelto sin más. Los PECL y la CESL también han optado por esta forma de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria en los casos de incumplimiento no esencial, mediante la concesión de un plazo adicional para proceder al cumplimiento (artículo 8:106 (3) de los PECL, artículos 115 y 135 de la CESL). En el Derecho inglés la resolución por incumplimiento culpable del deudor implica un procedimiento flexible, pues el acreedor tiene la facultad de decidir si le interesa resolver el contrato. Con carácter general, la terminación del contrato se produce mediante la notificación del acreedor al deudor (*notice of termination*), que puede ser inmediata en principio (*notice of instant termination*), pero que en caso de demora no esencial requiere la concesión de un plazo razonable para poder cumplir¹⁵⁰⁹, pero salvo excepciones (arrendamiento de inmuebles) el Derecho inglés no se muestra proclive a reconocer un plazo adicional de gracia (este plazo adicional es lo que en el sistema alemán se denomina como *Nachfrist*)¹⁵¹⁰.

Así, siguiendo a PALAZÓN GARRIDO, predomina una tendencia a la “privatización” de la resolución, de acuerdo con una ideología liberal que privatiza las relaciones sociales y jurídicas, superando las trabas que impone la lentitud de los procesos judiciales, a fin de asegurar la eficacia económica. Además, se observa que esta “privatización” de la resolución se caracteriza por la existencia de un elemento común, esto es, la previa concesión de un plazo adicional al deudor para que pueda cumplir. Destaca esta autora que, de este modo, se permite una ponderación adecuada de los intereses de ambas partes contratantes, es decir, el interés del deudor incumplidor en la conservación del contrato y el interés del acreedor insatisfecho en desvincularse del mismo. Y a la vez, el plazo permite al acreedor despejar sus dudas sobre el

¹⁵⁰⁸ PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3684.

¹⁵⁰⁹ *Graham v Pitkin* (1994), 1 WLR 403, *Cit.*

¹⁵¹⁰ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo I.4, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 43.

remedio a seguir, de manera que si finaliza sin cumplimiento, tiene expedito el camino para liberarse del contrato. Por ello, el acreedor, ante la duda de si está ante un incumplimiento esencial, para evitar el posible litigio posterior, se decantará por otorgar el plazo adicional de cumplimiento¹⁵¹¹.

Sin perjuicio de lo anterior, los ordenamientos jurídicos también pueden disponer que el incumplimiento sea suficientemente grave en orden a justificar la resolución del contrato. Así, el Derecho inglés cuenta con el instrumento genérico del incumplimiento esencial (*fundamental term* y *fundamental breach*). Por su parte, en los sistemas del *Civil Law*, tal requisito se encuentra unas veces recogido en el propio Código Civil, como en el Derecho francés, artículo 1.224, que exige que sea suficientemente grave; y otras veces lo exige la jurisprudencia, como en el caso español, mediante el concepto de incumplimiento esencial (recogiendo igualmente la PMCC y la PCC-APDC dicho requisito en sus artículos 1.199 y 518-3, apartado primero, respectivamente). Por su parte, el artículo 1.455 del Código Civil italiano acoge una definición más flexible, al disponer que no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra. El § 323 (2) del BGB permite resolver el contrato directamente, sin necesidad de conceder plazo adicional, si el deudor denegara “*seria y definitivamente la prestación*”, lo que puede equivaler al concepto de incumplimiento suficientemente grave o esencial contenido en otros ordenamientos. El Derecho uniforme, por su parte, recurre también al concepto de incumplimiento esencial contenido en otros ordenamientos, como es el caso del artículo 9:301 (1) PECL y de los artículos 114 y 134 de la CESL, que disponen la facultad de resolución por incumplimiento esencial del comprador y del vendedor, respectivamente.

El remedio resolutorio tiene como fundamento común en todos los sistemas la equidad y la bilateralidad. En los contratos bilaterales cada una de las partes solo está obligada a realizar su prestación a cambio de recibir la que le ha sido prometida. De este modo, frente al incumplimiento de la otra parte, el perjudicado tiene derecho a liberarse de la obligación que le incumbe. No obstante, es posible observar diferencias entre los sistemas jurídicos en cuanto a la exigencia del requisito de la bilateralidad. Así, en el ordenamiento jurídico español, italiano y alemán, la resolución requiere la existencia de un contrato bilateral perfecto, es decir, no basta que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de una ha de ser querida como equivalente de la otra, existiendo entre ellas una mutua condicionalidad. Sin embargo, en Francia una parte importante de los autores se pronuncia en el sentido de admitir la resolución en los contratos sinalagmáticos imperfectos y en los unilaterales a título oneroso, doctrina que ha encontrado eco en la jurisprudencia francesa. En cambio en el *Common Law*, a los efectos de la procedencia de la resolución, más que la

¹⁵¹¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.47., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 22, 26.

distinción entre contrato unilateral o bilateral importa la que distingue entre obligaciones independientes en las que no tiene cabida el remedio resolutorio y obligaciones dependientes. Dentro de estas, el incumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes legitima a la otra para rechazar el cumplimiento de su propia obligación, es decir, para el ejercicio de la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que en los ordenamientos continentales suele ir unida al derecho a resolver el contrato, sin embargo no ocurre así en el sistema anglosajón en el que a lo anterior hay que unir otros requisitos¹⁵¹². Según BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, hay dos razones para considerar la *exceptio non adimpleti contractus* unida al derecho a resolver, en primer lugar, la *exceptio non adimpleti contractus* suele ser el preludio de la búsqueda de algún otro remedio, y (especialmente en los sistemas en los que no se concede fácilmente el cumplimiento específico), siendo muy a menudo ese otro remedio la resolución. Cuando la parte A no ha cumplido con su parte del contrato, frecuentemente la parte B ejercitará la *exceptio non adimpleti contractus* como medida temporal; luego, si el incumplimiento de A continúa, B resolverá el contrato. En segundo lugar, en algunos ordenamientos jurídicos los dos remedios están vinculados conceptualmente, en el sentido de que la justificación para permitir que B suspenda su cumplimiento es en parte la misma que la que se da para permitir en última instancia que B resuelva el contrato, aunque para que B tenga derecho a resolver, tendrán que estar presentes factores adicionales, como el vencimiento del plazo para el cumplimiento¹⁵¹³.

En cuanto a los efectos de la resolución, como se ha adelantado, los distintos ordenamientos presentan diferencias a la hora de considerar que la resolución tiene efectos retroactivos (eficacia *ex tunc*) o prospectivos (eficacia *ex nunc*). No obstante, en la actualidad todos los ordenamientos aceptan que, en los contratos de cumplimiento sucesivo, cuando se resuelve el contrato y ya hubiera cumplido alguna de las partes, el contrato se entiende resuelto para las prestaciones futuras, sin que sea necesario deshacer lo ya hecho. Ahora bien, las diferencias se acentúan cuando se consideran los efectos de la resolución en el caso de contratos de tracto único o los contratos cuya ejecución encuentra su utilidad y su justificación en la plena ejecución del acuerdo. En estos casos, ordenamientos como el español, francés, italiano y alemán contemplan la eficacia retroactiva del contrato; mientras que en el Derecho inglés no cabe una resolución retroactiva con devolución de las prestaciones ya realizadas o liberación de la obligación de cumplir las obligaciones ya vencidas al momento de la terminación. Los PECL, por su parte, adoptan una postura intermedia, por cuanto los efectos serían los mismos que en los ordenamientos español, francés, italiano y alemán, pero sosteniendo que la resolución de un contrato de tracto único tiene efectos restitutorios, no retroactivos, por cuanto esto último resulta inadecuado, al considerar que si tal resolución tuviera eficacia *ex tunc*, esto es, si el

¹⁵¹² PÉREZ GURREA, R., 2015, *Op. Cit.*, pág. 3684.

¹⁵¹³ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1673.

contrato no hubiera existido nunca, la parte perjudicada podría verse privada de la indemnización por daños y perjuicios en lo que respecta a sus expectativas de ganancias; y, por otro, podría excluirse la aplicación de cláusulas previstas para ser aplicadas incluso en caso de resolución del contrato.

Frente al incumplimiento del contrato, el acreedor que haya sufrido un daño también podrá solicitar una indemnización por daños y perjuicios a la parte incumplidora, característica común de los sistemas europeos, como el artículo 1.124 del Código Civil español (en relación con los artículos 1.101 y siguientes), el artículo 1.231 del Código Civil francés, el artículo 1.452 del Código Civil italiano (en relación con los artículos 1.218 y siguientes) o § 280 y siguientes del BGB, así como el Derecho inglés. La única excepción podría decirse que reside en el Derecho inglés, el cual prevé que si el incumplimiento no produce daños reales, porque el acreedor pueda obtener en el mercado el mismo beneficio a idéntico precio, sólo se indemnizarán simbólicamente los *nominal damages*. Sin embargo, se pueden distinguir dos tipos de sistemas entre los distintos ordenamientos jurídicos: por un lado, aquellos que siguen un modelo subjetivo (como el francés, italiano, alemán o español –si bien parte de la doctrina se va decantando hacia el modelo objetivo–), donde el deber de indemnizar va unido a la imputabilidad del incumplimiento al deudor a título de culpa o dolo, cesando la obligación de indemnizar si el deudor prueba que concurrió caso fortuito o fuerza mayor. Estos ordenamientos distinguen según se trate de una obligación de resultado o de medios. En el primer caso, la culpa se presume por el solo hecho del incumplimiento. Tratándose de obligaciones de medios, el acreedor debe demostrar que el deudor no actuó con la diligencia debida, esto es, que el incumplimiento se produjo por su culpa. Y, por otro, aquellos que siguen un modelo objetivo, en los que el perjudicado dispone del remedio de la indemnización de los daños, a no ser que el incumplimiento se encuentre justificado por concurrir una causa de exoneración de la responsabilidad, como el sistema inglés, para el que el deudor incurre en responsabilidad por el mero hecho del incumplimiento, si no median razones positivas que puedan excusarle y ello sin necesidad de averiguar si concurre o no su culpa¹⁵¹⁴. Las propuestas de unificación también siguen esta misma línea, como el artículo 9:501 (1) de los PECL o artículo 159 de la CESL.

Siguiendo a PALAZÓN GARRIDO, puede decirse que la articulación del remedio indemnizatorio en (casi) la totalidad de los ordenamientos jurídicos responde al “principio de la reparación integral del daño”, en aras a compensar el daño sufrido por el acreedor perjudicado por el incumplimiento y, asimismo, a servir como límite del remedio indemnizatorio, que pretende evitar el enriquecimiento del contratante por la vía de la reclamación de daños y perjuicios y conlleva la prohibición los llamados daños punitivos (esto es, aquellos que superan el daño efectivamente causado al perjudicado). Por tanto, este principio representa en todos los

¹⁵¹⁴ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 4, 5.

sistemas jurídicos examinados la esencia del remedio resarcitorio, con preferencia por el interés positivo como medida general de la indemnización del daño contractual. Sostiene PALAZÓN GARRIDO que la indemnización del interés positivo supone colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no se hubiera producido la lesión contractual, esto es, si el crédito hubiera sido regular y perfectamente ejecutado. Frente a este, el denominado interés negativo o de confianza, persigue colocar al acreedor en la situación que tenía antes de que fuera perfeccionado el contrato. Algunos ordenamientos jurídicos recogen expresamente el principio de reparación integral del año y otros de forma implícita, pero ha de ser considerado el eje del cálculo de la indemnización¹⁵¹⁵. Así, en Francia puede extraerse del artículo 1.231-2 del Código Civil, en España del artículo 1.106 del Código Civil; en Italia del artículo 1.223 del Código Civil; y, en Alemania se recoge expresamente en el § 249 (1) del BGB. Respecto a las propuestas de unificación, se establece en el artículo 9:502 de los PECL y artículo 160 de la CESL.

No obstante lo anterior, destaca PALAZÓN GARRIDO que, históricamente, ya se entendió que acaecido el incumplimiento del contrato, no pueden ser indemnizables todas las pérdidas que eventualmente pudieran tener su origen en la falta de ejecución de la obligación, ni tampoco todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener, sino que debe hallarse la medida del principio de la indemnización integral de los daños, estableciendo sus límites. De este modo, se pueden destacar dos reglas distintas: por un lado, la teoría de la previsibilidad, de origen francés, que se puede encontrar en los artículos 1.231-3 y 1.231-4 del Código Civil, así como en el artículo 1.107 del Código Civil español o artículo 1.225 del Código Civil italiano; y que establece en general que, siempre que el incumplimiento no se deba al dolo del deudor, la indemnización se limita a los daños y perjuicios que podrían haberse previsto en el momento en que surgió la obligación. La regla inglesa *remoteness of damages*, de forma parecida, sostiene que la responsabilidad por daños debe limitarse a lo querido por las partes en el contrato, toda vez que ha de considerarse equivocado hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran un determinado tipo de contrato. Si bien, la regla inglesa no hace distinción sobre si el incumplimiento es doloso o no. Similar regulación se puede encontrar en el artículo 161 de la CESL, el cual sigue la regla de la previsibilidad, pero sin tener en cuenta el comportamiento doloso del deudor. Por su parte, la regulación contenida en el artículo 9:503 de los PECL es una solución híbrida entre la regla de la previsibilidad de origen francés y la *remoteness of damages*, al establecer que la parte que incumple sólo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente. Por otro lado, y a diferencia de los anteriores sistemas, el Derecho alemán sigue la Doctrina Rabeliana

¹⁵¹⁵ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 15-17.

del fin de protección del contrato según el cual está obligado a indemnizar daños el que contraviene el fin del protección del contrato, que debe hacerse a la luz de las circunstancias, incluyendo especialmente la intención de las partes, lo que deja al Juez una considerable libertad de apreciación. Por otro lado, se puede apreciar un límite a la indemnización de los daños contractuales presente, de una u otra forma, en todos los sistemas jurídicos; esto es, la regla que impide a la parte perjudicada por el incumplimiento reclamar por aquellas pérdidas que podrían haber sido evitadas, reducidas o paliadas, simplemente adoptando las medidas razonables apropiadas a las circunstancias concretas. Por ejemplo, la mitigación del daño constituye un principio fundamental del Derecho inglés de contratos, recogiendo igualmente en los textos de armonización (artículo 9:505 de los PECL y artículos 162 y 163 (1) de la CESL); y, puede encontrarse establecido específicamente en otros ordenamientos jurídicos del *Civil Law* conectado con la concurrencia de la culpa del acreedor en la causación del daño, y se regula conjuntamente con ésta como límites a la indemnización de daños contractuales, como es el caso del § 254 del BGB y del artículo 1.227 del Código Civil italiano. Por su parte, el ordenamiento francés o español no recogen específicamente este deber del acreedor de mitigar el daño causado por el incumplimiento; si bien, en estos ordenamientos es el principio de buena fe el que permite fundamentar el deber de mitigación del año (artículo 1.104 del Código Civil francés y artículo 1.258 del Código Civil español)¹⁵¹⁶. Sin perjuicio de lo anterior, tanto la jurisprudencia española¹⁵¹⁷ como la francesa¹⁵¹⁸ sí que consideran como límite a la indemnización la concurrencia de la culpa del acreedor en la causación del daño.

Siguiendo a PALAZÓN GARRIDO, la voluntad de las partes también puede limitar la cuantía de las indemnizaciones por daños contractuales, estableciendo en el contrato que el contratante que incumpla su obligación deberá pagar una suma determinada a la parte perjudicada por el incumplimiento, con independencia del daño que se haya causado. En los ordenamientos del *Civil Law* se encuentran generalmente admitidas y las denominan como “penas compensatorias” o “cláusulas penales” (como en el ordenamiento español, artículo 1.152 del Código Civil; francés, artículo 1.231-5 del Código Civil; italiano, artículo 1.382 del Código Civil; o, alemán, § 340 del BGB), encontrándose reguladas también en las propuestas de unificación, como en el artículo 9:509 de los PECL; mientras que en Derecho anglosajón se trata de las llamadas *liquidated damages clauses* y las *legitimate deterrent clauses*, no admitiendo las *penalty clauses*. En la mayoría de los ordenamientos se establece que la cantidad pactada en la cláusula penal podrá ser reducida por el Juez, en caso de resultar excesiva o desproporcionada en relación con los daños efectivamente producidos a causa del

¹⁵¹⁶ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 15-17.

¹⁵¹⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 282/2013, *Cit.*, Fundamento Jurídico Séptimo.

¹⁵¹⁸ Tribunal de Casación francés. Sentencia de 31 de enero de 1973, *Cit.*; Tribunal de Casación francés. Sentencia de 29 de abril de 1981, *Cit.*

incumplimiento del deudor y atendiendo a las circunstancias concurrentes (artículo 1.231-5 del Código Civil francés –en este caso, incluso el Juez puede aumentar la pena–, artículo 1.384 del Código Civil italiano, § 343 del BGB, artículo 9:509 (2) de los PECL)¹⁵¹⁹. Sin embargo, en el caso español, el Juez sólo puede intervenir para modular la pena cuando se haya pactado la cláusula penal para el incumplimiento total y el deudor haya cumplido parcialmente (artículo 1.154 del Código Civil). A este respecto, cabe destacar que el artículo 1.150 de la PMCC o el artículo 519-13 de la PCC-APDC se acercan más a la regulación de los PECL y a la de otros ordenamientos que a la actual regulación de nuestro Código Civil, por lo que entendemos que la regulación contenida tanto en los PECL como en la propia PMCC o PCC-APDC es más ajustada a los tiempos actuales y conforme con las tendencias de modernización del Derecho Contractual.

Según BEALE, FAUVARQUE-COSSON, RUTGERS y VOGENAUER, podría decirse que los sistemas continentales, al permitir cláusulas penales, están siendo coherentes con su enfoque más generoso respecto del cumplimiento específico. El Derecho inglés, por su parte, está siendo coherente con su enfoque hostil del cumplimiento específico al no permitir este tipo de cláusulas penales. Sin embargo, al controlar las cláusulas penales, los sistemas continentales también están reconociendo que hay límites a la coacción que puede emplearse para garantizar el cumplimiento. El Derecho inglés, al prohibir todas las penas, evita la difícil cuestión de qué sanciones son aceptables y cuáles no lo son, aunque la reciente aceptación de las *legitimate deterrent clauses* plantea otra serie de cuestiones¹⁵²⁰.

Otro aspecto interesante radica en la configuración de los supuestos de excesiva onerosidad (*hardship* o regla *rebus sic stantibus*). Se observa que los Derechos continentales, sin apartarse del principio de *pacta sunt servanda*, han seguido una tendencia similar a la aceptación de este tipo de supuestos, aun cuando unos son más generosos que otros, regulándose expresamente en unos (como en el artículo 1.195 del Código Civil francés, en los artículos 1.467 y 1.469 del Código Civil italiano o en el § 275 (2) y el § 313 del BGB) y siendo acogidos por la jurisprudencia en otros (como en el caso español). Y lo mismo cabe decir de los instrumentos de unificación del Derecho Contractual, como el artículo 6:111 de los PECL o el artículo 89 de la CESL. Básicamente de lo que se trata es de determinar, sobre la base de criterios objetivos de razonabilidad, equidad y buena fe, la solución o resolución que merecería un contrato si unas partes razonables hubieran podido prever la circunstancia sobrevenida o en qué medida la causa del contrato ya no existe. En cuanto el Derecho inglés, SÁNCHEZ LORENZO considera que también podría producirse una convergencia entre la doctrina de frustración del contrato y *hardship*, pues en el concepto de frustración (alteración de las bases del contrato por un evento

¹⁵¹⁹ PALAZÓN GARRIDO, M. L., Capítulo IV.49., 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 48 – 50.

¹⁵²⁰ BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., 2019, *Op. Cit.*, pág. 1953.

imprevisto) caben perfectamente los supuestos de excesiva onerosidad. Sin embargo, la diferencia se encuentra en la regulación de los efectos de la excesiva onerosidad, pues el Derecho inglés no admite más solución que la característica en cualquier tipo de frustración, es decir, la resolución del contrato (*all or nothing rule*), sin concesión alguna mínima a la posibilidad de revisión o adaptación. Esta es la piedra de toque de la divergencia entre los sistemas romano-germánicos y el Derecho inglés; y, en opinión de SÁNCHEZ LORENZO, una buena muestra del difícil ejercicio de la unificación del Derecho, pues el verdadero riesgo radica en las diferentes “culturas” a la hora de valorar, por ejemplo, cuándo la onerosidad es excesiva o al establecer el juego de la opción “terminación-revisión”¹⁵²¹.

En definitiva, se observan relevantes diferencias entre los sistemas de responsabilidad contractual que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y propuestas de unificación. Es decir, se aprecia la existencia de diferentes conceptos de incumplimiento y sistema de remedios. En nuestra opinión, un texto común sobre la Teoría General de los Contratos en la UE debe proyectar un sistema unificado y articulado de responsabilidad contractual, siguiendo la tendencia actual (como en los PECL o la CESL) de establecer un modelo objetivo según el cual el incumplimiento no está ligado a la culpa del deudor, sino a un resultado¹⁵²². Es decir, se produce un incumplimiento del contrato cuando no se logre el resultado dispuesto en el contrato y la satisfacción del acreedor, independientemente de la causa del incumplimiento. Ante tal incumplimiento, se debe prever también un sistema estructurado de los remedios con los que cuenta el acreedor, si bien dicho acreedor debe tener libertad de elegir el remedio que más de ajuste a sus intereses. Así, el acreedor debe contar con la facultad de exigir el cumplimiento, teniendo este remedio la ventaja de que contribuye a la conservación del contrato y permite al acreedor alcanzar el resultado dispuesto por dicho contrato. Entendemos, por ende, que la facultad de exigir el cumplimiento no debe restringirse y se debe permitir al acreedor obtener el cumplimiento tanto del deudor como de un tercero a expensas del deudor. Asimismo, el acreedor debe poder solicitar el cumplimiento del contrato, aunque antes haya solicitado la resolución (y viceversa), pues consideramos que ello contribuye a que el acreedor pueda alcanzar el resultado prometido por el contrato, de forma que si ha solicitado la resolución y ésta no ha tenido finalmente lugar, ha habido un cambio de circunstancias, o ha sido rechazada judicialmente, el acreedor aún pueda solicitar el cumplimiento específico del contrato. Por ello, en nuestra opinión, se deben superar las restricciones que se imponen en algunos sistemas

¹⁵²¹ SÁNCHEZ LORENZO, S., Capítulo IV.44, 2016, *Op. Cit.*, Apdo. 41.

¹⁵²² Precisamente, apunta PÉREZ VELÁZQUEZ que “*Difícilmente se podrá predicar la unidad de un sistema de responsabilidad que, partiendo de la existencia de distintos tipos de incumplimiento, ofrezca remedios diversos ante los mismos. Además, al desterrarse la culpa como criterio de imputación, se agiliza el sistema, pues no se da la convivencia de un régimen general de responsabilidad por culpa y regímenes especiales de tintes objetivos, que genera entrecruzamiento y falta de seguridad en el tráfico*”; según PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., 2016, *Op. Cit.*, pág. 48.

jurídicos al *ius variandi* del acreedor. Eso sí, producido el incumplimiento, el acreedor debe optar por ejercer los remedios disponibles dentro de un plazo razonable, de forma que se proteja al deudor de un posible retraso por parte del acreedor en el ejercicio de tales remedios.

De esta forma, debe articularse un sistema mediante el cual el acreedor pueda siempre resolver el contrato extrajudicialmente o por vía judicial, cuando se trate de un incumplimiento tanto esencial como no esencial, siempre que se haya concedido al deudor previamente un plazo razonable para proceder al cumplimiento. Si bien, en caso de incumplimiento esencial, el acreedor debe disponer de la facultad de resolución sin necesidad de haber concedido previamente un plazo para el cumplimiento del deudor.

Unida al derecho a resolver el contrato, la nueva regulación debe prever el derecho del acreedor a suspender su propio cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) en tanto que la otra parte haya incumplido sus obligaciones contractuales o cuando sea evidente que no lo hará a su debido tiempo y que las consecuencias del incumplimiento sean suficientemente graves para ella (en línea con la reforma francesa). Suspensión que en todo caso debe ser temporal e ir acompañada de la correspondiente solicitud de cumplimiento por parte del acreedor al deudor, y permitir al acreedor en última instancia resolver el contrato si el deudor no se aviene a cumplir.

En cuanto a los efectos de la resolución, la nueva regulación debe seguir un modelo similar a los PECL, entendiendo que la resolución debe tener efectos restitutorios y no retroactivos en los contratos de tracto único, es decir, no se considera resuelto el contrato como si nunca hubiera existido, efecto que es propio de la nulidad del contrato; de forma que puedan sobrevivir a la resolución del contrato aquellas cláusulas previstas para ser aplicadas incluso en caso de resolución del contrato; cláusulas que por otra parte son muy comunes en la práctica comercial y contractual moderna. Ello también contribuye a reforzar el derecho de la parte perjudicada a contar con los remedios en caso de incumplimiento acordados por las partes en el contrato. En cuanto a los contratos de cumplimiento sucesivo, cuando se resuelve el contrato y ya hubiera cumplido alguna de las partes, estamos de acuerdo en que la resolución debe entenderse para las prestaciones futuras, sin que sea necesario deshacer lo ya hecho.

Asimismo, en caso de incumplimiento, el acreedor también debe tener la facultad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios a la parte incumplidora. Esta facultad debe seguir un modelo objetivo, esto es, que el perjudicado dispone del remedio de la indemnización de los daños, a no ser que el incumplimiento se encuentre justificado por concurrir una causa de exoneración de la responsabilidad, como es el caso de fuerza mayor o de imposibilidad de la prestación. El modelo indemnizatorio debe tener base en el principio de reparación integral del daño, esto es, la indemnización del interés positivo, colocando al acreedor en la misma

situación y con los mismos resultados económicos en que estaría si no se hubiera producido la lesión contractual. Si bien, dicho principio también debe tener sus límites y no debe permitirse que el acreedor se enriquezca injustamente a través del remedio indemnizatorio, por lo que la parte que incumple sólo debe responder de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento (regla de la previsibilidad), salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente. Si bien, también el remedio indemnizatorio debe limitarse en aquellos casos en los que el propio acreedor no ha adoptado medidas concretas, cuando ello fuere posible, en aras a mitigar los daños causados por el incumplimiento del deudor. Por último, las partes también deben tener la facultad de limitar la cuantía de las indemnizaciones por daños contractuales en el propio clausulado del contrato. Dicha cuantía debe poder ser moderada por el Juez, en caso de resultar excesiva o desproporcionada en relación con los daños efectivamente producidos a causa del incumplimiento del deudor y atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Finalmente, siguiendo el ejemplo de los textos de unificación o el Derecho francés, italiano o alemán, el texto común debe regular los supuestos de excesiva onerosidad (*hardship* o regla *rebus sic stantibus*), de forma que pueda permitirse a las partes resolver o adaptar el contrato como consecuencia de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que, con base en un criterio objetivo, las partes no podían razonablemente prever en el momento de la conclusión del contrato y que conllevan que la ejecución sea excesivamente onerosa para una parte que no había aceptado asumir tal riesgo. Lo anterior entendemos que es acorde con la tendencia de introducir una mayor flexibilidad en las relaciones contractuales, a efectos de permitir la revisión o terminación del contrato cuando las circunstancias así los exijan. Ello contribuye a reforzar el principio de conservación de los contratos cuando tal revisión es posible, o bien libera a las partes de sus obligaciones cuando no es posible la adaptación del contrato a las circunstancias actuales, pues sería injusto exigir su cumplimiento cuando la ejecución ha devenido excesivamente onerosa.

En definitiva, como hemos visto, el objetivo es encontrar un punto común en un análisis de Derecho comparado entre los distintos ordenamientos jurídicos que aquí hemos basado en el estudio de los ordenamientos español, francés, italiano y alemán, sin perder de vista las soluciones que puede aportar el *Common Law* por su flexibilidad y relevancia en el tráfico jurídico transnacional. Y partir de ese punto común, encontrar soluciones eficientes que den respuesta y superen las divergencias entre los distintos ordenamientos jurídicos, esto es, que tengan como resultado un conjunto de *better rules* sobre la Teoría General de los Contratos en la UE. Y ello, considerando el avance que han constituido las compilaciones ya existentes (como la CVCIM, los Principios UNIDROIT, los PECL, la CESL o *Restatements of Contracts* estadounidenses), por su gran relevancia práctica y teórica, y como referente a la hora de buscar

soluciones eficientes y coherentes a efectos de reforzar las transacciones contractuales dentro de la UE.

CONCLUSIONES

(1) Actualmente, somos partícipes, como ciudadanos, de un proyecto que nace hace más de cincuenta años, ya convertido en una realidad visible y eficaz, y que continúa desarrollándose con el paso de los años: la Unión Europea (UE), unión surgida con el anhelo de acabar con los frecuentes conflictos entre vecinos que habían culminado en la Segunda Guerra Mundial y creada por medio de un proceso de integración política y económica sin precedentes. Es necesario continuar con este proceso de integración y convertir a la UE en una economía inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. Este proceso de integración también debe tener lugar en el plano jurídico, especialmente en cuanto a la creación y promulgación de normativa unificada desde la UE. Es, por ello, por lo que nos hemos atrevido a plantear en esta Tesis doctoral una propuesta de unificación de una materia fundamental en el día a día de todos los ciudadanos: de los principios, reglas y elementos necesarios que regulan la formación de los contratos y el campo de aplicación de la autonomía de la voluntad, esto es, de la Teoría General de los Contratos. Y ello, porque creemos que es necesario facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, eliminando el factor de incertidumbre e inseguridad jurídica que conlleva la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos en la UE; y, asimismo, dado que consideramos que el nivel de unificación jurídica existente no es suficiente para eliminar los obstáculos en el mercado interior y las distorsiones de la competencia que afectan a las empresas y a los consumidores. Y ello, unido a la necesaria modernización de la normativa en esta materia como consecuencia de la revolución digital y de la evolución de la contratación por medios electrónicos.

(2) La legislación comunitaria, como instrumento de integración, ha venido desarrollándose progresivamente en la UE en diferentes materias y a través de diferentes métodos; no obstante, la unificación jurídica en la UE no ha tenido lugar principalmente a través de la unificación del Derecho material, sino a través del Derecho Internacional Privado (DIPr) mediante la unificación de las normas de conflicto, como es el caso en el plano contractual del Reglamento Roma I (RRI). Si bien el propio Derecho de la UE excluye al DIPr como instrumento adecuado para potenciar el mercado interior europeo, ya que las alternativas se acercan más a la creación de un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales, mediante las normas conflictuales. Y ello, toda vez que tales normas no eliminan la inseguridad jurídica y la incertidumbre que conlleva la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Por tanto, no podemos considerar el recurso al DIPr a través de la unificación de normas conflictuales como una vía para la unificación del Derecho material. Si bien, no podemos olvidar que el DIPr también cuenta con importantes instrumentos cuyo

objetivo radica en la unificación del Derecho sustantivo, principalmente mediante Convenios de unificación material, como sería el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1.980 (CVCIM). Estos Convenios han aportado grandes ventajas al sistema normativo supranacional; y, en especial, el uso de la CVCIM está muy extendido en el comercio mundial y ha sido ratificado por más de setenta países, siendo un ejemplo de la utilidad de la unificación de las normas en el plano material, así como de la modernización jurídica; modernización que también se ha plasmado en determinados sistemas nacionales (como en Alemania o Francia). Si bien, si nos situamos particularmente en el ámbito de la UE, el recurso a este tipo de Convenios no parece una técnica adecuada, principalmente por la complejidad que entraña su negociación y aplicación, así como la interpretación judicial de sus normas conforme a las categorías jurídicas de cada sistema nacional.

(3) Es, por ello, por lo que hemos considerado también otras técnicas de regulación y unificación alternativas a los Convenios a efectos de buscar mayor autonomía y flexibilidad en las relaciones de carácter supranacional en la UE, como es la *Lex Mercatoria*. Y ello, dado que la *Lex Mercatoria* se caracteriza por su alto grado de independencia respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, constituyendo un conjunto de reglas destinadas a regular de modo uniforme las relaciones comerciales a nivel global, siendo un fenómeno innovador que puede dar una respuesta específica ante la inadecuación de las estructuras normativas estatales para regular determinadas materias o para adecuar el ordenamiento jurídico al desarrollo tecnológico y la revolución digital. Ejemplos relevantes de este tipo de normas son, entre otros, las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) adoptadas por la UE o los Términos Internacionales de Comercio –*International Commercial Terms* (INCOTERMS)–. Sin embargo, consideramos que, mientras que la *Lex Mercatoria* puede tener su utilidad en ciertos campos, no sería una técnica adecuada para la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE, principalmente por su déficit de legitimación democrática con la consiguiente falta de tipificación adecuada e incertidumbre sobre su sistema de fuentes.

(4) De este modo, es necesario el recurso a otras técnicas de unificación jurídica del Derecho material que, debemos destacar, han sido profundamente estudiadas y valoradas tanto por las Instituciones de la UE, como a nivel académico, desde que comenzó el proceso de búsqueda de una unificación jurídica del Derecho Privado en la UE en 1.989, con la Resolución del Parlamento Europeo, relativa a un “esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros”. Desde el punto de vista académico, se llevó a cabo una importante actividad de análisis jurídico, principalmente en materia contractual, por distintos grupos académicos dando lugar a trabajos de gran relevancia académica, como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), elaborados por la Comisión Lando; el Código Europeo de Contratos (CEC), elaborado por la Academia de Pavía; el denominado Núcleo Común del Derecho Privado Europeo, confeccionado por el *Common Core Group*; los

Principios de Derecho Europeo (PEL), fruto del trabajo del *Study Group*; o, los *Acquis Principles* (ACQP), formulados por el *Acquis Group*.

Los esfuerzos que estos grupos realizaron muestran un interés en la materia, cuyo trabajo ha resultado en la creación de una base doctrinal útil y en la creación de una cultura jurídica de gran valor. Trabajos que cualquier proyecto de unificación jurídica del Derecho Contractual debe considerar al iniciar un análisis en este ámbito, y muy especialmente los PECL, por cuanto consideramos que han tenido una influencia notable en la integración e interpretación del Derecho Contractual tanto a nivel nacional, como supranacional; destacando los propios Tribunales españoles, que probablemente son los más activos en la cita de los textos claves de la moderna contratación y, en concreto, de los PECL, por cuanto constituyen una expresión actualizada y moderna del Derecho Contractual en Europa. El propio Tribunal Supremo ha venido recurriendo a los PECL de forma indirecta, como criterios interpretativos de las normas del Derecho interno (como, entre otros, de las exigencias de la buena fe, los vicios del consentimiento, la formación del contrato, la definición de incumplimiento esencial o las causas de resolución de los contratos) lo que manifiesta la importancia de este conjunto de normas.

(5) Desde el punto de vista Institucional, hemos de destacar el relevante proceso de investigación impulsado también por las propias Instituciones de la UE, como se pone de manifiesto con la Comunicación de la Comisión sobre “Derecho Contractual Europeo”, de 11 de julio de 2.001, la cual invitaba a opinar sobre posibles soluciones para abordar la falta de uniformidad jurídica en el plano contractual. En este proceso contribuyeron los gobiernos de la Estados miembros de la UE, así como otras partes interesadas (incluyendo las empresas, los profesionales de la justicia, los académicos y las organizaciones de consumidores), lo que nos muestra la relevancia que tuvo este proceso de búsqueda de soluciones en el plano contractual, abogando la gran mayoría por estudiar el desarrollo de principios comunes de Derecho Contractual no vinculantes en la UE, así como la revisión y mejora de la legislación comunitaria existente en el ámbito del Derecho Contractual. Si bien, también hubo una amplia mayoría en contra de la opción de adoptar un instrumento nuevo a nivel comunitario. Este proceso ya nos enseña que una unificación vinculante a nivel de la UE no contaría con el apoyo político necesario, por lo que no se estima como una opción viable a efectos de la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE, tal y como manifestó la propia Comisión en su Comunicación de 5 de diciembre de 2.001, destacando que los resultados obtenidos distaban mucho de los objetivos marcados, debido a la complejidad de la tarea y a la falta de apoyo político real.

(6) Sin embargo, este proceso no terminó ahí, sino que los esfuerzos por las Instituciones de la UE continuaron, siendo el siguiente hito importante el Plan de Acción de la Comisión, de 12 de febrero de 2.003, cuyo resultado fue el denominado *Draft of Common Frame of Reference*

(Proyecto del Marco Común de Referencia), fruto de los esfuerzos de los antes citados grupos académicos, *Study Group*, *Common Core Group* y el *Acquis Group*, quienes se unieron en un proyecto conjunto (*the Joint Network on European Private Law* o *Network of Excellence*) para la elaboración de este conjunto de normas, publicado en 2.009. Sin embargo, este texto se caracterizó por su carácter marcadamente académico, resultado de un análisis comparado, cuyo objetivo radicaba más en servir como una caja de herramientas sobre Derecho Patrimonial, que como una propuesta sobre una posible unificación del Derecho Contractual; lo que no obsta a que consideremos al DCFR como una fuente útil de referencia. Si bien, el objetivo del DCFR debería haber sido servir como un primer borrador de una posible compilación de normas coherentes, a efectos de unificar la terminología, los conceptos y plasmar en una serie de reglas comunes una Teoría General de los Contratos aplicable en la UE. Es de destacar también que uno de los problemas del DCFR residía en que no analizaba la posible base jurídica necesaria para poder promulgar en un futuro y mediante una decisión política un instrumento normativo a nivel de la UE; problema que se ve acentuado por el hecho de que el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ya había rechazado que el legislador comunitario pudiera basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación y prestación de servicios para promulgar normativa comunitaria.

Más adelante, la estrategia de la UE volvió a centrarse en realizar una consulta pública para analizar las opciones para un Derecho Contractual europeo de los consumidores y las empresas, recogidas en el Libro Verde de la Comisión de 2.010, siendo de destacar que la opción por un instrumento de aplicación voluntaria fue bien acogida considerada como una medida razonable, en términos de coherencia y seguridad jurídica, a la vez que respetaría el régimen nacional existente en los Estados miembros. Opción que culminó finalmente con la redacción y publicación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (*Common European sales Law*, CESL), de 11 de octubre de 2.011, siendo su carácter facultativo una de sus características principales. Si bien, esta Propuesta nunca llegó a aprobarse de forma oficial. Estimamos que esta Propuesta en su primera redacción aún hubiera requerido de un análisis en profundidad, tanto desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, que en principio estaba limitado al contrato de compraventa; como por el hecho de su carácter facultativo y de cómo este conjunto de normas podría desplazar la normativa de aplicación nacional, sin que ello supusiera una complicación en exceso del régimen del contrato; teniendo en cuenta también que la Propuesta incluía una regulación específica aplicable a las relaciones entre empresas y consumidores, y no estaba claro que dicha regulación tuviera un nivel de protección más alto que la establecida en los distintos Estados miembros de la UE. Tampoco consideramos que la base jurídica de la Propuesta de Reglamento según el artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) estuviera suficientemente justificada, pues la Propuesta no podía considerarse como una medida de aproximación legislativa según el citado precepto. Además, no estaba claro que

fuera a contribuir efectivamente a mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. De hecho de la jurisprudencia del TJCE se desprende que un acto adoptado sobre la base del artículo 114 del TFUE debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 114 como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia.

(7) Como consecuencia, la Propuesta nunca llegó a gozar de carácter oficial y, a partir de 2.015, los esfuerzos de la Comisión comenzaron a centrarse en la denominada Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, resultando en la publicación en 2.019 de dos importantes Directivas en este ámbito, la Directiva sobre los contratos de suministro de contenidos digitales (Directiva CSCD) y la Directiva sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (Directiva CCB), pues se consideró que la mayoría de los Estados miembros no contaba con legislación vigente en este ámbito. Estas Directivas constituyeron un importante paquete de innovadoras normas, sobre todo la Directiva CSCD que implanta una nueva regulación específica del contrato de suministro de contenidos digitales. Sin embargo, la complejidad de delimitar el ámbito de aplicación de cada una de las Directivas, junto con la estructura de estas nuevas normas, en forma de dos Directivas de armonización plena selectiva, creemos que supone un reto tanto de cara a su futura aplicación, como a la transposición de las mismas por parte de los Estados miembros. En particular, al tratarse de Directivas de armonización plena selectiva –a diferencia del planteamiento de la CESL, que proponía un cuerpo uniforme de reglas aplicables al ciclo de vida del contrato–, implica que los Estados miembros de la UE, no tienen posibilidad de mejorar el nivel de protección contenida en la norma, pero esto puede plantear serios problemas, dado que la Directiva solo puede tener eficacia en aquello que regula, por lo que el legislador nacional puede regular lo que no entra dentro de su ámbito de aplicación.

Si bien, la adopción de estas dos Directivas nos indica claramente el cambio de estrategia de la Comisión, desde la posible promulgación de un instrumento con el objetivo de la unificación jurídica en materia contractual a la regulación de una materia concreta centrada en el impulso del mercado único digital en la UE. Lo anterior, no deja sino de poner en evidencia las dificultades existentes en el seno de la UE para un proyecto tal como la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos, siendo un proyecto influido por múltiples variables y sujeto a cambios políticos cíclicos. Toda opción oficial de promulgar u “oficializar” una recopilación en materia contractual aplicable en la UE ha sido abandonada, siendo la propuesta que más se ha aproximado a este fin la Propuesta de Reglamento CESL. No obstante, si bien

consideramos que las nuevas Directivas eran necesarias para colmar las lagunas existentes en el mercado único digital, estimamos que tal regulación podría haberse propuesto también como parte de un instrumento moderno y general sobre la Teoría General de los Contratos. Además, ello supondría una opción novedosa que podría haber sido vista y seguida por legisladores a nivel global, marcando un nuevo camino hacia la digitalización, comenzada desde Europa como pionera en este nuevo modelo de legislación.

(8) Las Directivas CSCD y CCB son, por ende, un ejemplo de la técnica legislativa a la que las Instituciones de la UE han ido recurriendo para regular materias concretas en sectores donde se han ido detectando problemas específicos, esto es, la técnica de la armonización jurídica selectiva a través de Directivas con su consiguiente transposición en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Técnica que ha tenido y tiene gran relevancia especialmente en el desarrollo del Derecho Contractual de Consumo, por cuanto como ha sostenido el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) se ha buscado *“reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”*. Con el fin de lograr dicho objetivo, se han ido promulgando gran número de Directivas en el ámbito de consumo, destacando también la Directiva sobre derechos de los consumidores, promulgada en 2.011. Sin embargo, esta Directiva tampoco trata de unificar el régimen jurídico aplicable a las relaciones entre empresas y consumidores; sino que sólo regula, además de otras cuestiones, determinados aspectos considerados fundamentales en la contratación con consumidores, por lo que sigue subsistiendo a gran escala la regulación de otros aspectos específicos en normativa sectorial.

Como vemos, las Directivas tratan de armonizar aspectos específicos, requiriendo la transposición de su regulación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; lo que ha dado lugar a ordenamientos jurídicos iguales en un mínimo común, pero distintos en muchos aspectos. En este sentido, la armonización jurídica, como técnica legislativa, no tiene como objetivo la creación e implantación de un sistema común aplicable de forma similar en los Estados miembros de la UE. En otras palabras, mientras que la unificación jurídica implica la adopción de un texto concreto de directa aplicación para los operadores jurídicos, la armonización consiste en la aproximación de conceptos jurídicos y regulación de aspectos concretos para luego transponerlo en los ordenamientos jurídicos nacionales, lo que no elimina la fragmentación y consecuente incertidumbre e inseguridad jurídica que conlleva la aplicación de diferentes normativas a la hora de realizar transacciones entre partes situadas en distintos Estados miembros de la UE. La armonización no es, por tanto, una vía adecuada para la creación de un conjunto de normas que unifique la Teoría General de los Contratos en la UE, pues no elimina la diversidad jurídica que sí trata de corregir la unificación, ni las diferencias que podrían surgir a la hora de su puesta en práctica. Y ello no sólo en el plano concreto de la Teoría General de los Contratos, sino que consideramos que debería valorarse el método de la

unificación jurídica a la hora de legislar en otros ámbitos de la UE, como se hizo por ejemplo en el caso del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, 2.016). Es decir, debe producirse una evolución desde la armonización hacia la unificación jurídica para lograr una mayor integración jurídica en la UE.

(9) Para conseguir el objetivo de unificación es necesario una fase de estudio de los sistemas nacionales que pretenden unificarse, que en nuestro caso concreto conllevaría el análisis de la regulación sobre Derecho Contractual contenida en cada uno de los Estados miembros de la UE, que debe ir acompañada del empleo correcto del método comparado para localizar las causas de la diversidad legislativa. Dada la extensión de un análisis de la regulación existente en los veintisiete Estados miembros de la UE, en esta Tesis doctoral hemos seleccionado una serie de ordenamientos jurídicos, como son el español, francés, italiano, alemán e inglés, con el objetivo de investigar las similitudes y diferencias en los principales aspectos de la Teoría General de los Contratos, esto es, el concepto de contrato, los requisitos para entender concluido un contrato, los vicios del consentimiento, el proceso de formación del contrato y el incumplimiento contractual. Dichos ordenamientos jurídicos han sido seleccionados dada su relevancia, por cuanto estimamos que: (i) son expresión de las dos principales familias jurídicas presentes en Europa: el *Common Law* y el *Civil Law*, entre las que existen diferencias sustanciales, sin perjuicio de que actualmente está teniendo lugar una paulatina convergencia entre ambos; (ii) la propia UE se configura como un sistema jurídico mixto, motivo por el cual se ha llevado a cabo el análisis del Derecho inglés, como sistema representativo del *Common Law* en Europa (sin perjuicio de que Reino Unido ya no es miembro de la UE); (iii) ejemplifican en muchos aspectos la modernización del Derecho en la actualidad, por ejemplo, a través de la reforma de la regulación de la Teoría General de los Contratos en el Derecho francés o las propuestas que han tenido lugar en el Derecho español, pero que no han llegado a gozar de carácter oficial; (iv) representan el Derecho germánico, distinto al Derecho Napoleónico contenido en el Código francés y español, así como aquellos países que siguieron el Derecho Napoleónico pero con influencia germánica, motivos por los que hemos considerado el estudio de los ordenamientos alemán e italiano.

Tras este análisis, se han puesto de manifiesto diferencias existentes en la regulación de la Teoría General de los Contratos, pero también hemos de destacar que los distintos sistemas comparten relevantes similitudes que, de una forma u otra, nos llevan muchas veces a resultados similares. Así, el objetivo de nuestra propuesta sobre la unificación jurídica de la Teoría General de los Contratos en la UE es solventar dichas divergencias teóricas y prácticas entre los distintos ordenamientos e impulsar el progreso de los sistemas nacionales, partiendo de la base de una serie de criterios comunes que facilitarían la labor para llegar a un acuerdo de unificación. Y no sólo eso, sino que contamos con materiales ya elaborados en el ámbito europeo; esto es, instrumentos supranacionales, como son los PECL y la CESL. Además, la metodología seguida

por la Comisión Lando se considera la más adecuada a efectos de unificar los distintos ordenamientos jurídicos de la UE, partiendo de considerar las similitudes existentes, el denominado “núcleo común del Derecho de los Contratos”.

(10) Dichas similitudes se pueden observar ya en la propia noción de contrato, pues todos los sistemas jurídicos continentales parten de un concepto determinado con base principalmente en el acuerdo o encuentro de dos o más voluntades y en los principios de autonomía de la voluntad, libertad contractual y relatividad de los contratos. Los sistemas jurídicos también pivotan sobre el principio de libertad para contratar, es decir, las partes son libres para contratar y determinar el contenido de su contrato, aunque siempre respetando las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables. Aunque existen diferencias en la regulación de los distintos elementos que deben concurrir para entender concluido un contrato. Tanto en los ordenamientos jurídicos analizados como en los PECL o la CESL, se exige que las partes tengan intención de vincularse jurídicamente, siendo el consentimiento de las partes el elemento que constituye la base del Derecho Contractual moderno. Es común a los distintos ordenamientos jurídicos considerar la ineficacia del contrato cuando un contratante no ha gozado de libertad a la hora de concluir un contrato, o cuando no ha procedido de modo consciente y deliberado, es decir, cuando el contrato adolece de un vicio del consentimiento. Si bien las categorías que pueden viciar el consentimiento son similares, su definición y requisitos pueden variar de un ordenamiento a otro. Asimismo, el remedio por excelencia en caso de concurrencia de un vicio del consentimiento es la acción de nulación, aunque algunos regímenes regulan su ejercicio de forma más flexible, permitiéndose su ejercicio extrajudicial (como en los PECL, en el sistema alemán o en el inglés); o bien, permitiendo a la parte perjudicada acudir a los remedios propios del incumplimiento contractual.

En la mayoría de los ordenamientos se exige, de una forma u otra, la determinación del contenido contractual y se mantiene la libertad de forma de los contratos como regla general. Los requisitos exigidos por los PECL o la CESL se acercan más al modelo anglosajón que a los sistemas continentales, esto es, el contrato se entiende concluido si las partes tienen intención de vincularse jurídicamente y han llegado a un acuerdo suficiente, en contraste con los requisitos que exigen otros ordenamientos jurídicos nacionales, como consentimiento, objeto y causa en el Derecho español. Por su parte, la causa no se considera de la misma forma en los distintos ordenamientos jurídicos que la contemplan (como el español y el italiano); y dentro de los propios sistemas nacionales, existen corrientes tanto a favor como en contra de la exigencia de la causa.

Por lo que respecta a la formación del contrato, todos los ordenamientos jurídicos coinciden en que es necesario la formación del consentimiento a través del concurso de la oferta y la

aceptación para considerar perfeccionado un contrato. Si bien, pese a la admisión generalizada del esquema bilateral de oferta y aceptación, no todos los ordenamientos jurídicos regulan a través de sus codificaciones nacionales estas declaraciones de voluntad de manera detallada, como es el caso del Código Civil español. Y ello, al contrario que el reformado Código Civil francés que dedica diez artículos a regular esta cuestión, lo que evidencia la influencia que están teniendo en los ordenamientos jurídicos los esfuerzos realizados por los redactores de las propuestas de unificación que regulan detalladamente esta materia. Por otro lado, en cuanto al momento en que se considera perfeccionado el contrato, los ordenamientos analizados en general coinciden en seguir la teoría de la recepción, esto es, el contrato se entiende perfeccionado desde que el oferente recibe la aceptación, aunque todavía no la conozca.

Por su parte, el incumplimiento constituye el presupuesto-eje de todo el sistema de responsabilidad contractual, porque todos los remedios tienen como elemento básico y esencial que se produzca previamente el mismo. No obstante, surgen discordancias a la hora de la calificación del incumplimiento, toda vez que junto a aquellos ordenamientos en los que el incumplimiento resolutorio ha de ser culpable (sistemas subjetivos) se sitúan aquellos que prescinden del criterio de imputación del incumplimiento (sistemas objetivos). En segundo lugar, las divergencias entre ordenamientos se acentúan por el procedimiento a través del cual el acreedor insatisfecho puede remediar tal incumplimiento y, en particular, solicitar la resolución del contrato, permitiendo distinguir tres modelos de resolución: a) la resolución judicial; b) la resolución extrajudicial mediante declaración unilateral del acreedor; y, c) la llamada resolución automática, como en los casos de imposibilidad. En tercer lugar, las diferencias en cuanto a la eficacia de la resolución, según la cual podemos clasificar los ordenamientos en aquéllos que atribuyen a la resolución efectos retroactivos (eficacia *ex tunc*) y los que niegan la retroactividad y proyectan la resolución exclusivamente hacia delante (eficacia *ex nunc*), liberando a las partes de las obligaciones todavía no cumplidas. También existen diferencias entre los distintos ordenamientos continentales en cuanto a la elección que tiene el acreedor entre solicitar el cumplimiento específico o la resolución y la posibilidad de modificar dicha elección (*ius variandi*).

(11) Partiendo de dichas similitudes y diferencias, el objetivo de nuestra propuesta será llegar a un acuerdo de unificación, que plasme lo que la Comisión Lando denominó *better rules*, esto es, crear una normativa mejor. Y ello, a efectos de establecer una regulación moderna y adaptada a las necesidades de todos los operadores jurídicos en la UE, con independencia de su nacionalidad; para contribuir a facilitar las transacciones y relaciones jurídicas que tienen lugar en el mercado interior, proponiendo a los contratantes concluir sus contratos sobre una base común, aplicable a todo tipo de contratos, sin diferenciar el tipo de contratante al que dichas reglas se dirijan (ya se trate de particulares, consumidores, PYMEs o grandes empresas) y que abarque el ciclo de vida de un contrato con carácter general, tanto en línea como a distancia. La

propuesta que aquí planteamos tiene el objetivo de configurar el texto común como un régimen contractual eficiente, a efectos de superar las divergencias entre los distintos ordenamientos jurídicos y facilitar la contratación e interpretación de los contratos, evitando la concurrencia de ciertos elementos que, en realidad, están implícitos en la relación contractual y que se exigen en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, como es la causa (o *consideration* propia del *Common Law*); ya que tanto el objeto, como el contenido contractual y las relaciones subyacentes al contrato (esto es, derivadas de la relación contractual y no específicamente plasmadas en el mismo) sirven a este fin, siempre que sean lícitos y conforme a la moral y al orden público. La simplificación de los requisitos que deben exigirse para entender celebrado un contrato, junto con una regulación más detallada de la formación del contrato (esto es, de la oferta y la aceptación) puede contribuir a reducir la inseguridad jurídica, simplificar la propia concepción del contrato según sus requisitos y regular de manera más precisa la propia formación del contrato. El texto común debe también proyectar un sistema unificado y articulado de responsabilidad contractual, siguiendo la tendencia actual (como en los PECL o la CESL) de establecer un modelo objetivo según el cual el incumplimiento no está ligado a la culpa del deudor, sino a un resultado. Ante tal incumplimiento, se debe prever también un sistema estructurado de remedios, respetando el *ius variandi* del acreedor.

(12) La unificación jurídica no puede alcanzarse sin establecer previamente una metodología concreta. Si bien, aquí consideramos que, para que un texto común sobre la Teoría General de los Contratos en la UE pudiera llegar a ser una realidad, deben descartarse los métodos anteriormente considerados, esto es principalmente, la adopción de un instrumento vinculante por las Instituciones de la UE (como sería la Propuesta de Reglamento CESL) o la referencia a principios comunes no vinculantes, como son los PECL, cuyo valor es indiscutible, pero que no va más allá de su utilidad en la interpretación y complemento del ordenamiento jurídico. De este modo, queremos plantear una opción novedosa, encontrando un punto común entre la normatividad que supone la adopción de un instrumento por parte de las Instituciones de la UE y la flexibilidad que conlleva la adopción de un cuerpo de normas de aplicación voluntaria. Así, proponemos la adopción de un cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos en la UE mediante una Recomendación, de forma que el instrumento fuera capaz de beneficiar a todos los Estados miembros, pero que sólo los que estuvieran interesados en su adopción la pusieran a disposición de las empresas y ciudadanos para ser utilizado como un segundo régimen en materia de la Teoría General de los Contratos; y ello, sobre unos principios europeos previamente definidos. El propio instrumento debería prever que las partes puedan elegir aplicar sus normas. Se estima que podría considerarse una medida adecuada a los efectos de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, con base en el artículo 352 del TFUE, pues se trataría de una Recomendación no vinculante para la adopción de un cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos de carácter opcional; que no supondría la sustitución de los Derechos nacionales, constituiría una medida apropiada para avanzar en la integración

comunitaria y perseguiría los objetivos establecidos por los Tratados. Así, al tratarse de una medida no vinculante y siendo una invitación para la adopción de un cuerpo de normas, los Estados miembros podrían estar más dispuestos a adoptar tal Recomendación. Una vez aprobada la Recomendación, si tan sólo la mitad de Estados miembros de la UE adoptara el cuerpo de normas propuesto, los costes legales que generan las transacciones transnacionales podrían reducirse significativamente. Esta opción simplificaría la aspiración de poner a disposición de todos los Estados miembros un cuerpo de normas sobre Derecho Contractual, siendo opcional que los Estados miembros adoptasen el mismo como parte de su ordenamiento jurídico para que las partes tuvieran la opción de elegir este instrumento como ley aplicable a su contrato. Es decir, a diferencia de la Propuesta de Reglamento CESL –cuyo Reglamento hubiera entrado en vigor y sería aplicable a todos los Estados miembros, siendo la CESL de aplicación voluntaria cuando las partes así lo decidieran–, se trataría de un instrumento opcional tanto para las partes como para los Estados miembros.

Además, este tipo de instrumento opcional no perturbaría los ordenamientos nacionales y podría aportar claras ventajas como: mayor previsibilidad de las soluciones jurídicas; mayor seguridad jurídica gracias a su efecto uniforme; podría simplificar las relaciones transnacionales, al ofrecer a las partes la posibilidad de elegir una ley neutral aplicable a su relación jurídica; su valor añadido, toda vez que el instrumento podría ser más útil para las partes contratantes en sus relaciones transnacionales dentro de la UE que los instrumentos existentes a día de hoy, dando opción a las partes para elegir un instrumento neutro, de forma que ninguna se favoreciera de la aplicación de su ley nacional, que podría ser desconocida para la otra parte; las PYMEs podrían beneficiarse significativamente de un conjunto de normas uniforme en las transacciones transfronterizas; supondría que los Jueces y profesionales del Derecho no tendrían la necesidad de familiarizarse o analizar el contenido de legislaciones extranjeras; el carácter práctico del instrumento facultativo para las partes activas a nivel internacional; sería una buena demostración del sentido europeo de pertenencia actual, a una nación por un lado y a Europa por otro, es decir, el instrumento opcional sería un medio excelente para aumentar la conciencia entre la comunidad jurídica europea de que todos somos nacionales de un Estado miembro concreto y tenemos nuestra propia tradición jurídica, pero que al mismo tiempo somos europeos, con una auténtica identidad europea; y, además, este tipo de instrumento respetaría la relación de competencia entre los Derechos Contractuales de los distintos Estados miembros. De este modo, la diversidad jurídica seguiría fomentando la innovación legal y, por tanto, contribuyendo positivamente al desarrollo del Derecho Contractual europeo.

(13) A la hora de implantar un instrumento opcional proponemos tener en cuenta los siguientes factores: (i) la elección del instrumento opcional sólo sería real si esta elección fuera clara; (ii) habría que analizar las dificultades que podrían surgir por la existencia de diferentes

versiones lingüísticas del instrumento; (iii) sería necesario aclarar la relación entre el instrumento opcional y el RRI; (iv) sería necesaria una gran comunicación del nuevo instrumento, de forma que; por un lado, los Estados miembros conocieran su adopción y ventajas, pudiendo escoger la opción de adoptarlo dentro de su ordenamiento jurídico; y, por otro, de ser adoptado por los Estados miembros, las partes contratantes conocieran su contenido y decidieran regular sus contratos conforme a la nueva legislación; (v) debería tratarse de un instrumento lo más autónomo y completo posible, con las menores referencias posibles a la legislación nacional; y, (vi) el instrumento debería tener un carácter flexible, de forma que pudiera ir actualizándose su contenido a nivel supranacional incluyendo la normativa que la propia UE fuera promulgando a través de las Directivas y Reglamentos y que tuvieran incidencia en la Teoría General de los Contratos, de modo que constituyera un corpus actualizado y coherente que los Estados miembros que así lo decidan pudieran utilizar.

(14) Como contrapartida, debemos considerar que la anterior solución podría aportar complejidad al sistema ya existente. Podría ser que las empresas sólo pudieran someter una parte de sus contratos al nuevo instrumento, lo que supondría tener que lidiar con un nuevo régimen jurídico, haciendo poco atractivo entonces la aplicación de la Teoría General de los Contratos a nivel de la UE. Sin embargo, creemos que nuestra propuesta podría conllevar indudables ventajas para partes situadas en distintos Estados miembros; pues con el régimen actual, en muchas ocasiones, la legislación aplicable al contrato es desconocida para una de las partes, con la incertidumbre jurídica que ello implica, lo que igualmente conlleva lidiar con un nuevo régimen jurídico. La principal ventaja de contar con un régimen común residiría, por tanto, en no tener que analizar la legislación extranjera en cada transacción, sino en aplicar una legislación común para ambas partes.

No hay que olvidar tampoco que el estudio de la interpretación jurisprudencial de las normas unificadas es particularmente importante, dado que sin un intérprete común, no puede haber unidad jurídica. Sin perjuicio de que este particular extremo no ha sido objeto de estudio en la presente Tesis dada su extensión y especial complejidad, una posible solución que podríamos considerar sería la instauración de un “Tribunal Supremo” a nivel Europeo, es decir, otorgarle poderes al TJUE a efectos de interpretar el cuerpo de normas sobre la Teoría General de los Contratos en la UE. De esta forma, los conflictos entre las partes se podrían someter a los Tribunales de los Estados miembros, en Primera y Segunda Instancia, siendo la Tercera Instancia el TJUE. Otra posibilidad sería la creación de un Tribunal especializado, encargado de conocer en Primera Instancia de recursos relativos al Derecho Contractual europeo. Por consiguiente, se podría conseguir una integración jurídica tanto desde el punto de vista normativo como judicial, siendo el objetivo que el Derecho Contractual fuera aplicado de la misma manera en todos los Estados miembros, es decir, contando con un conjunto normativo y un Tribunal común que interpretase tales normas.

(15) En definitiva, la situación actual de diversidad jurídica existente en la UE, con la incertidumbre e inseguridad jurídica que ello conlleva, nos lleva a concluir que es necesario un instrumento de carácter opcional, en forma de Recomendación, que unifique la Teoría General de los Contratos en la UE, a efectos de permitir a las partes contratantes situadas en los Estados miembros concluir contratos refiriéndose a un mismo conjunto de normas, aplicado de la misma forma en los distintos Estados miembros. Se trataría de un instrumento con carácter voluntario, tanto en lo que se refiere a su adopción por los Estados miembros, como a la hora de ser elegido por las partes como ley aplicable sus contratos. De este modo, el principal objetivo a corto plazo constituiría conseguir una unificación probablemente parcial, pero que sólo la aplicación uniforme, promoción, desarrollo y actualización posterior del instrumento podrían decidir su éxito a largo plazo y su posible adopción como instrumento vinculante. Y ello como parte del proceso de integración en la UE que debe tener lugar también en el plano jurídico y, en especial, en la creación y promulgación de normativa unificada desde la UE.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A., *Teoría General de las Obligaciones*, Dykinson, 2013.
- AGUILAR GRIEDER, H., “Desafíos y tendencias en el actual Derecho Internacional Privado Europeo de los Contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 4, 2, 2012, pág. 23-48.
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer SL, 2004.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J., “La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva”, *Derecho Privado europeo*, ed. Codex, 2003, pág. 107-128.
- ARENAS GARCÍA, R., “Cinco décadas de proceso codificados en la UE: historia de un éxito”, en *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Tirant Lo Blanch, 2019.
- ARROYO I AMAYUELAS, E., "Hacia un Derecho Contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario", en *Derecho Contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pág. 209-238.
- : “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 11, 2014, pág. 201-228.
- : “La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial”, *InDret*, 2, 2017, pág. 1-44.
- ATYIAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 5ª Edición, 1989.
- BARCIA LEHMANN, R., "Los Contratos Desde La Perspectiva Del Análisis Económico Del Derecho", *Ius Et Praxis*, 4, 2, 1998, pág. 149-176.
- BARROSO, J.M., *Carta de misión del Presidente de la Unión Europea dirigida a Mario Monti*, 20 de octubre de 2009, Pres (2009) D/2250. Contendida en: MONTI, M., *Informe Al Presidente De La Comisión Europea Sobre "Una Nueva Estrategia Para El Mercado Único Al Servicio De La Economía y La Sociedad De Europa"*, 2010.
- BASEDOW, J., “Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht: Über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 210, H.2, 2010, pág. 157-195.
- BAYITCH, S.A., “La codificación en el derecho civil y en el Common Law (Estudio comparativo): primera parte”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7, 1970, pág. 3-30.
- BEALE, H., “The future of European contract law in the light of the European Commission’s proposals for Directives on digital content and online sales”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 23, 2016, pág. 3-20.

- BEALE, H.; FAUVARQUE-COSSON, B.; RUTGERS, J.; VOGENAUER, S., *Cases, materials and text on contract law*, Bloomsbury Publishing, 2019.
- BERNAD, R., "El protagonismo de la doctrina y de la ciencia jurídica en la unificación del Derecho europeo de contratos", *Revista Internacional de Derecho Romano*, 20, 2018, pág. 154-252.
- BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, 1953.
- BIANCA, M., *La vendita e la permuta*, 1, UTET, 1993.
- BLASCO GASCÓ, F.P., *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*, Tirant lo Blanch, 2017.
- BRUNI, C., *Italian Contract Law in general*, Self Blog Publishing, 2018. Edición Kindle.
- CABRILLAC, R., "El nuevo Derecho francés de los contratos", *THĒMIS-Revista de Derecho*, 70, 2016, pág. 59-66.
- CACHANOSKY, J. C., "Economía, Derecho y El Análisis Económico Del Derecho", *Revista De La Facultad De Derecho*, 14, 1998, pág. 1-10.
- CALDERÓN, A.; SOLS, L., "Europa, en la encrucijada", *Cristianisme i Justícia*, 188, 2014, pág. 1-32.
- CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Lex Mercatoria y arbitraje privado internacional", en *UNIDROIT y la Codificación internacional del derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, 2020.
- CÁMARA LAPUENTE, S., "El Hipotético Código Civil Europeo: ¿Por Qué, Cómo y Cuándo?", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, 2002, pág. 347-379.
- : "Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en *Derecho Privado Europeo*, COLEX, 2003, pág. 47-106.
- : "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *Indret*, 3, 2016, pág. 1-92.
- CAMPUZANO DÍAZ, B., "¿Hacia Un Derecho Contractual Europeo?", *Anuario De Derecho Europeo*, 2, 2002, pág. 43-65.
- CANNATA, C.A., "L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storico-comparatistico", *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano, a cura di Letizia Vacca*, Giappichelli, 1997.
- CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, 1926.

- CAPOBIANCO, E., “El contrato, entre autonomía y heteronomía. La experiencia ítalo-europea”, *Revista de Derecho Civil*, III, 1, 2016, pág. 115.131.
- CAPOZZI, G., *Il contratto in generale*, Giufre Editore, 2002.
- CARO GÁNDARA, R., “Capítulo I. 1. En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: El enfoque de justicia relacional”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo I. 7. El Modelo contractual italiano”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- CARRASCOSA, J., "Espacio judicial europeo y Derecho Internacional Privado. Bienvenidos al futuro", *Escritura Pública*, 93, 2015, pág.10-11.
- CARTWRIGHT, J., “Proyectos de armonización: ¿Lecciones de la experiencia europea?”, *Latin American Legal Studies*, 2, 2018, pág. 1-24.
- CARVAJAL-ARENAS, L., “Good Faith in the Lex Mercatoria: An Analysis of Arbitral Practice and Major Western Legal Systems”, Tesis Doctoral, Universidad de Portsmouth, 2011.
- CARVALHO, J. M., "Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12.1, 2020, pág. 930-940.
- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo Tercero, Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus SA, 1992
- CASTILLO PARRILLA, J.A., “El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de consumidores. De la Propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la Propuesta de Directiva”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 17, 2016, pág. 45-61.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J., “Pacta sunt servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 29, 2012, pág. 71-106.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., “A propósito del régimen jurídico del contrato de prestación de servicios en la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la compraventa”, *InDret*, 3, 2015, pág. 1-34.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *La Causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1998.
- CLAVERO SALVADOR, B., "La idea de código en la ilustración jurídica", *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, 1979, pág. 49-88.
- CLIVE, E., “A General Perspective on the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19 (1), pág. 120-131.

- COING, H., “Unidad en el desarrollo del Derecho en los países de Europa”, *Glossae: Eur. J. Legal Hist.*, 2, 1989, pág. 133-142.
- COSTA DE MAZARREDO, A., “El fundamento jurídico para la creación de un sistema jurídico europeo en materia de Derecho contractual”, *RDUNED: Revista de Derecho UNED*, 19, 2016, pág. 617-652.
- DAMIÁN MORENO, J., “El impacto en el proceso de las modernas orientaciones en materia de incumplimiento contractual”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 32, 2015-II, pág. 1-41.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Capítulo 1. Sobre la unificación del Derecho privado patrimonial en Europa”, en *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, Editorial Bosch, 2011.
- DE LOS MOZOS, J.L., “La renovación dogmática del concepto de "causa" del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7(1), 1978, pág. 421-452.
- : “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia”, *Diario La Ley*, 5629, 2002, pág. 253-266.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Comentario a la STS de 17 de junio de 1986”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 11, 1986, pág. 3773-3788.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D., “Capítulo VI. Derecho de la Contratación”, en *Derecho Civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L., “El concepto de causa en el negocio jurídico”, *Anuario de Derecho civil*, 16, 1, 1963, pág. 3-32.
- : “La formación del contrato”, *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 5-32.
- : *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Civitas, 1996.
- : *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Aranzadi Civitas, 2007.
- : *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II: Las relaciones obligatorias*, Aranzadi Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO, L. ROCA TRÍAS, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, 2002.
- DORALT, W., “The Optional European Contract Law and why success or failure may depend on scope rather than substance”, *Max Planck Private Law Research Paper*, 9, 2011, pág. 1-27.

- DORAL GARCÍA, J.A., “La concepción del contrato en el Derecho europeo y su proyección en la propuesta de modernización”, en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho Contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011.
- EBERS, M., "De la armonización mínima a la armonización plena", *InDret*, 2, 2010, pág. 1-47.
- EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; GRIGOLEIT, H.C.; JANSEN, N.; WAGNER, G.; AND ZIMMERMANN, R., "The Common Frame of Reference for European Private law—policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, 28, 4, 2008, pág. 659-708.
- ESPIN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español. Vol. III. Obligaciones y Contratos*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983.
- ESPLUGUES MOTA, C.; IGLESIAS BUHIGUES, J.L.; PALAO MORENO, G., “Lección 1. El Derecho Internacional Privado: Características generales”, en *Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 14ª Edición, 2020.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.; OLARIU, O., “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo (The Common European Sales Law's Application to Consumer Contracts: New Challenges for the European Private International Law System)”, *InDret*, 1, 2013, pág. 1-32.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Capítulo II.22. El error como vicio del consentimiento contractual”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- FABRE-MAGAN, M., “Defects of Consent at in Contract Law”, en HARTKAMP, A. S., HESSELINK, M. W., HONDIUS, E. H., *Towards a European Contract Code*, 2, The Hague, 1998.
- FARINA, M., “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, 29, 2015, pág. 113-139.
- FAUVARQUE-COSSON, B.; BEHAR-TOUCHAIS, M., “Implementation of Optional Instruments within European Civil Law”, *Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs*, 2012, pág. 1-401.
- FAUVARQUE-COSSON, B., “The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)”, *European Parliament-Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs*, PE, 536, 2016, pág. 1-32.
- FENOY PICÓN, N., “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, *Anuario de Derecho Civil*, LXVIII-III, 2015, pág. 801-1082.
- : “La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos”, *ADC*, tomo LXX, II, 2017, pág. 473-785.

- FERRANTE, A., “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, 30, 2016, pág. 107-127.
- FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Maggioli, 1993.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Teoría y praxis en la codificación del Derecho de los negocios internacionales”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz. Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak*, 1, 2002, pág. 81-215.
- : "El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho Privado de la Unión Europea", *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pág. 157-192.
- : “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, 140, 2009, pág. 595-616.
- : “Derecho de los Negocios Internacionales”, en *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, 2011.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Civitas, Sexta Edición, 2011.
- FIORENTINI, F., “El proyecto *The Common Core of European Private Law*: aportaciones italianas a la comparación jurídica europea”, *ADC*, Tomo LXVIII, 2015, pág. 1311-1353.
- FLUME, W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Band II, 1992, §35 I 3 c.
- FUCHS, A., "European contract law: the way forward", *ERA Forum*, 12, 1, 2011, pág. 1-5.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La unificación del derecho civil patrimonial”, en AA. VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.
- GARCÍA AMIGO, M., "Idea del contrato: 50 años después (consideraciones previas a una definición del contrato)”, *La Ley*, 13377/2009, 2006, pág. 1-25.
- GARCÍA CANTERO, G., *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.
- GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Colección Monografías de Derecho Civil, II. Obligaciones y contratos, Dykinson, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, R.M., “Capítulo II.21. La ilicitud contractual”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.

- GÓMEZ JENE, M.; GUZMÁN ZAPATER, M.; HERRANZ BALLESTEROS, M.; PÉREZ VERA, E.; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Lección 24. Las obligaciones contractuales”, en *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant Lo Blanch, 2019.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.
- : “El incumplimiento contractual en Derecho español”, *InDret*, 2007, pág. 1-49.
- : “El Nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *Indret*, 2019, pág.1-7.
- GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., “El futuro instrumento opcional del Derecho Contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, 1, 2012, pág. 1-46.
- : “La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas”, *ADC*, Tomo LXVII, IV, 2014, pág. 1199-1252.
- GUTMAN, K., “The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options”, *European Review of Contract Law*, 2011, 7, 2, pág. 151-172.
- HALSON, D.R., “A Common Lawyer's Perspective on Contract Codes”, *Jersey and Guernsey Law review*, 15, 2, 2011, pág. 1-17.
- HEREDIA CERVANTES, I., "Consumidor Pasivo y Comercio Electrónico Internacional a Través De Páginas Web", *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, 5, 2001, pág. 69-99.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M^a. D., “Capítulo XIII. Viajes combinados”, en *Derecho Civil de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2018.
- HESSELINK, M.W., “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission”, *Global Jurist*, 1, 1, 2001, pág. 1-68.
- : "The Common Frame of Reference as a source of European Private Law", *Tulane Law Review*, 83, 4, 2009, pág. 919 – 971.
- : “An optional instrument on EU contract law: could it increase legal certainty and foster cross-border trade?”, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper Series*, 6, 2010, pág. 1-18.
- : “The case for a common European sales law in an age of rising nationalism. European Review of Contract Law”, *European Review of Contract Law*, 8 (3), 2012, pág. 1-21.

- HESELINK, M.W.; RUTGERS, J.W.; DE BOOYS, T.Q., “The legal basis for an optional instrument on European contract law”, *European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union*, 2008, pág. 1-48.
- HESELINK, M.W.; LOOS, M., “Unfair contract terms in B2C contracts”, *ad hoc briefing paper for the European Parliament’s Committee on Legal Affairs*, 2012.
- HIDALGO CEREZO, A., “Propiedad y patrimonio digital”, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2020.
- INFANTE RUIZ, F.J.; OLIVA BLÁZQUEZ F., “Los contratos ilegales en el Derecho Privado europeo”, *InDret*, 3, 2009, pág. 1-58.
- IRTI, N., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui: problemi generali*. Dott. A. Giuffrè, 1967.
- JANSEN, N., “The authority of an academic “Draft Common Frame of Reference”, *European private law after the Common Frame of Reference*. Edward Elgar, Chettenham/Northampton, 2008, pág. 1-26.
- JEREZ DELGADO, C., *Tradicón y Registro*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- JIMÉNEZ BUENDÍA, J.A., “Utilización de los Principios de Derecho Europeos de Contratos por los Tribunales Españoles”, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.
- JOERGES, C., "Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law", *European Public Law*, 11, 1, 2005, pág. 17-40.
- JUANES, N., “La causa del contrato”, *Revista de la Facultad de Derecho*, 3, 1, 2012, pág. 39-52.
- KARSTEN, J.; PETRI, G., “Towards a Handbook on European Contract Law and Beyond: The Commission’s 2004 Communication ‘European Contract Law and the Revision of the Acquis: The Way Forward’”, *Journal of Consumer Policy*, 28, 2005, pág. 31-51.
- KUIPERS, J. J., “The legal basis for a European optional instrument. *European Review of Private Law*”, 19 (5), 2011, pág. 545-564.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. II Derecho de Obligaciones, Vol I. Parte general. Teoría General del Contrato*, Dykinson, 2003.
- LAMARCA I MARQUÉS, A., “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, *InDret*, 1, 2002, pág. 1-10.
- LANDO, O., “Some features of the law of contract in the third millennium”, *Scandinavian studies in law*, 2000, 40, pág. 343-4012.

- LANDO, O.; BEALE, H.; BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J.M.; Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la "Comisión de Derecho Contractual europeo")*, Colegios Notariales de España, 2003.
- LARA AGUADO, A., "Capítulo II.13. La responsabilidad precontractual en Derecho comparado", en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : "Capítulo II.14. La oferta y la aceptación contractuales", en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- LARROUMET, C., "La Unificación del Derecho de los obligaciones en Europea", *Revista de Derecho Privado*, 13, 2006, pág. 69-80.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, Marcial Pons, 2021.
- LEIBLE, S., "Vías Para La Unificación Del Derecho Privado Europeo", *Anuario de Derecho Civil*, 59, Fascículo IV, 2006, pág. 1589-1610.
- LEÓN, L.L., "De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina", *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, 45, 2011, pág. 1-30.
- LEÓN ARCE, A., "Capítulo I. EL Consumo como realidad social, económica y jurídica", en *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LEONSEGUI GUILLLOT, R.A., "El método en el Derecho inglés", *Boletín de la Facultad de Derecho*, 14, 1999, pág. 199-225.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I., "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencia de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores", *Cuadernos de derecho transnacional* 5.2, 2013, pág. 371-397.
- LOOKOFSKY, J., "The Harmonization of Private and Commercial Law: Towards a European Civil Code", *Scandinavian Studies in Law* 39, 2000, pág. 111-122.
- LÓPEZ AZCONA, A., "La europeización del Derecho Civil: crónica de un proyecto inconcluso", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 8, 2018, pág. 475-542.
- LÓPEZ RUIZ, F., "La lex mercatoria: una excepción a la legitimidad del orden jurídico-político moderno", En *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho*, 2011, pág.319-342.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Artículo 1274", en *Código Civil comentado*, III, Civitas, 2011.
- LOW, G., "Unitas via diversitas. Can the Common European Sales Law harmonize through diversity?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19(1), 2012, pág. 132-147.

- MALO VALENZUELA, M. A., "Requisitos de validez del contrato en el derecho uniforme", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 84, 708, 2008, pág. 1741-1782.
- MANTILLA ESPINOSA, F., PIZARRO WILSON, C., *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008.
- MANTOVANI, D., "El Derecho Romano Después De Europa. La Historia Jurídica Para La Formación Del Jurista y Ciudadano Europeo", 2006, pág. 353-386.
- MARCO MOLINA, J., "El proceso de formación o conclusión del contrato. Una propuesta de regulación armonizada", *Indret*, 3, 2015, pág. 1-63.
- MARKESINIS, B. S., "Cause and consideration: A Study in Parallel", *The Cambridge Law Journal*, vol. 37, no 1, 1978, pág. 53-75.
- MARTÍNEZ SANZ, F., "Principios de Derecho Europeo de los contratos (Comisión Lando)", *Derecho Privado Europeo*, Editorial Constitución y Leyes, Colex, 2003, pág. 193-198.
- MACMILLAN, C., STONE, R., "Contract Law", *University of London*, 2015.
- MESA MARRERO, C., "El error en el moderno Derecho Contractual europeo", *Revista de Derecho Civil*, II. 4, 2015, pág. 29-63.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., "El concepto de contrato y su formación en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Actualidad civil*, 5, 2013, pág. 1-25.
- MICKLITZ, H. W., "The principles of European contract law and the protection of the weaker party", *Journal of Consumer Policy*, 27, 3, 2004, pág. 339-356.
- MICKLITZ, H-W.; REICH, N., "The Commission Proposal for a "Regulation on a Common European Sales Law (CESL)"—Too Broad or Not Broad Enough?", *EUI Working Papers, European Regulatory Private Law Project (ERPL-03)*, 2012, pág. 1-99.
- MILÁ RAFEL, R., "The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?", *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 3, 2016, pág. 1-14.
- MIQUEL SALA, R., "Capítulo I. 6. El Derecho Contractual alemán", en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- MONTI, M., *Informe Al Presidente De La Comisión Europea Sobre "Una Nueva Estrategia Para El Mercado Único Al Servicio De La Economía y La Sociedad De Europa"*, 2010.
- MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, 2006.

- : “Reflexiones sobre la causa del contrato en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2011, pág. 455-476.
- : “De nuevo sobre el error”, *Anales de la Academia Matritense del notariado*, 55, 2015, pág. 713-744.
- NEME VILLAREAL, M.L., “El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, 22, 2012, pág. 169-218.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Prólogo”, en PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- : “Hacia un Derecho Civil internacional e uniforme”, *Proyecto de Investigación*, 2013, pág. 1-196.
- OSSORIO SERRANO, J.M., “Capítulo 2. Fuente y Prueba de las obligaciones”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- : “Capítulo 12. Concepto de Contrato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- : “Capítulo 14. Elementos esenciales y forma del contrato”, en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant Lo Blanch, 2018.
- OSTI, G., “Contratto” en *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959.
- PACHECO GALLARDO, M., “El contrato y sus elementos esenciales”, *Diario La Ley*, 8740, 2016, pág. 1-25.
- PALAO MORENO, G., “Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo)””, *Revista Española de Derecho Internacional*, 55, 2, 2003, pág. 1148-1150.
- : “Capítulo I. Mercado único y consumidores”, en *GPS Consumo*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L., “Capítulo II.24. El dolo como vicio del consentimiento”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo II.26. El abuso de debilidad, confianza o dependencia”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.

- : “Capítulo IV.47. La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo IV.49. La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- PANTALEÓN PRIETO, F. “Resolución por incumplimiento e indemnización”, *Anuario de Derecho civil*, XLII, 4, 1989, pág. 1143-1168.
- : “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de derecho civil*, 46, 4, 1993, pág. 1719-1746.
- PÉREZ GURREA, R., “El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 752, 2015, pág. 3680-3693.
- PÉREZ LUÑO, A-E., “Nuevo derecho, nuevos derechos”, *Anuario de filosofía del derecho*, 32, 2016, pág. 15-36.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado europeo”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 14, 2006, pág. 201-248.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual europeo*, Editorial Dykinson, 2014.
- : *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Capítulo II. 18. La nulidad de los contratos”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- PETRUCCI, A., “Desarrollos del derecho contractual europeo y tradición jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 30, 2016, pág. 85-105.
- POSNER, R.A., "El análisis económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en desarrollo", *Revista De Economía y Derecho*, 2, 7, 2005, pág. 7-15.
- PUFFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, III, 1759, núm. 15.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil. II. 1º. Doctrina General del Contrato*, Bosch, 1971

- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Capítulo I.5. El Derecho Contractual Francés (2016)”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- RAMS ALBESA, J., “De los requisitos esenciales para la validez de los contratos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.
- REDING, V., *The next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, Keynote Speech at the Conference “Towards a European Contract Law” co-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster, Speech/11/411, 3 de junio de 2011.
- REDONDO TRIGO, F., “De los principios Lando al marco común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *ius commune*”, *ADC*, Tomo LXIII, IV, 2010, pág. 1643-1682.
- REICH, N., “A European contract law, or an EU contract law regulation for consumers?”, *Journal of Consumer Policy*, 2005, 28, no 4, pág. 383-407.
- : “Harmonisation of European contract law: with special emphasis on consumer law”, *China-EU Law Journal*, 1, 1-2, 2011, pág. 55-94.
- REQUEJO ISIDRO, I., “25 años de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: estado de la cuestión”, en *UNIDROIT y la Codificación internacional del derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, 2020.
- RIVERA RESTREPO, J.M., “Marco Común de Referencia y derecho de opción del acreedor en el incumplimiento contractual”, *Dikaion*, 25, 2016 (I), pág. 266-288.
- : “Algunas observaciones acerca del derecho de opción del acreedor ante el incumplimiento contractual en el *Common Law*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8, 1, 2016 (II), pág. 223-233.
- ROCA GUILLAMÓN, J., “Armonización, Unificación y Modernización Del Derecho De Obligaciones y Contratos (Notas Para Una Reflexión)”, *Derecho De Obligaciones. XVI Jornadas De La Asociación De Profesores De Derecho Civil*, Zaragoza, 16, 2012, pág. 1-76.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.E., “El proceso de unificación del Derecho Privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales”, *Diario La Ley*, 7331, 2010, pág. 1-16.
- RODRÍGUEZ OLMOS, J.M., “Deberes de protección, ‘aún frente a terceros’, en la dogmática alemana”, *Revista de Derecho Privado*, 20, 2011, pág. 301-346.
- ROPPO, V., “Del Contrato con el Consumidor a los Contratos Asimétricos: Perspectivas del Derecho Contractual Europeo”, *Revista Derecho Privado*, 20, 2011, pág. 177-223.

- ROWAN, S., *Remedies for Breach of Contract. A comparative analysis of protection of performance*, Oxford University Press on Demand, 2012.
- : "The new French law of contract", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 66, no. 4, 2017, pág. 1-21.
- RUBIO GUERRERO, R., "Globalidad, Integración y Arbitraje (Entrevista a Alejandro M. Garro)", *THĒMIS-Revista De Derecho*, 42, 2001, pág. 213-220.
- RUIZ ARRANZ, A. I., "La oferta de contrato: vinculación y responsabilidad", *Anuario de derecho civil*, 71, 4, 2018, pág. 1351-1486.
- RUIZ SUTIL, C., "Capítulo II.25. La violencia y la intimidación", en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P., "La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato. La situación de la causa a través de la perspectiva europea y desde los proyectos de reforma francés y español", *InDret*, 2013, pág. 1-36.
- SACCO, R.; DE NOVA, G., *Il contratto*, II, UTET Giuridica, 1993.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B., "La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 90, 746, 2014, pág. 3109-3144.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., Reseña bibliográfica de CERVILLA GARZÓN, M.D., *Una mirada al Derecho Civil*, *Revista de Derecho Civil*, VII, 3, 2020, pág. 223-228.
- SAN MIGUEL PRADERA, L.P., "La Resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?", *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, IV, 2011, pág. 1685-1724.
- SÁNCHEZ LERÍA, R., "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho Contractual europeo. Especial consideración a la desaparición de la causa", *InDret*, 3, 2014, pág. 1-32.
- SÁNCHEZ LORENZO, S., "La Unificación del Derecho Contractual Europeo vista desde el Derecho Internacional Privado", *Derecho patrimonial europeo*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 363-381.
- : "La Propuesta de Reglamento Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea y el Derecho Internacional Privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 11, 2011, pág. 35-61.
- : "Common European sales law and private international law: some critical remarks", *Journal of private international law*, 9 (2), 2013(I), pág. 191-217.
- : *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant Lo Blanch, 2013(II).

- : “Prefacio”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo I.4. El Derecho Contractual inglés”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo II.20. Causa y consideration”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Capítulo IV.44. La frustración del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- : “Cincuenta años del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea: el lado oscuro”, en *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el Diván*, Tirant Lo Blanch, 2019.
- SAVAUX, E., “El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos”, *Anuario de derecho civil*, 69, 3, 2016, pág. 715-741.
- SCHULZE, R., “Nuevos retos para el derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Editorial Marcial Pons, 2016.
- SCHULTE-NÖLKE, H.; TWIGG-FLESNER, C.; EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*–, prepared for the European Commission under Service Contract No. 17.020100 / 04 / 389299, 2008.
- SEIN, K., “‘Goods with digital elements’ and the Interplay with Directive 2019/771 on the Sale of Goods”, *SSRN 3600137*, 2020, pág. 1-11.
- SERNA VALLEJO, M., “La Codificación Civil Española y las fuentes del Derecho”, *AHDE*, XXXII, 2012, pág. 11-36.
- SIGARDO DÍAZ, E., “El negocio jurídico, la abstracción y el Derecho Civil alemán”, *Revista de Derecho – Escuela de Doctorado*, 6, 2014, pág. 49-68.
- SMITS, J.M., “New European Union Proposals for Distance Sales and Digital Contents Contracts: Fit for Purpose?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2016, pág. 1-6.
- SOTO MOYA, M., “Capítulo II.17. La forma del contrato”, en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- SPINDLER, G., “Contratos De Suministro De Contenidos Digitales: Ámbito De Aplicación Y Visión General De La Propuesta De Directiva De 9.12. 2015”, *Indret*, 3, 2016, pág. 1-18.
- STAUDENMAYER, D., “The place of consumer contract law within the process on European contract law”, *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, pág. 269-287.

- STROIE, I.R., "La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1, 2012, pág. 1-7.
- TETLEY, W., "Mixed Jurisdictions: Common Law v. Civil Law (Codified and Uncodified)", *Louisiana Law Review*, 60, núm. 3, 2000, pág. 677-738.
- TREITEL, G.H., *The law of contract*, London: Sweet & Maxwell, 2015.
- TWIGG-FLESNER, C., "A Cross-border-only Regulation for Consumer Transactions in the EU", en *A Cross-Border-Only Regulation for Consumer Transactions in the EU*, Springer, New York, 2012.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Capítulo 2. La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el Draft Common Frame of Reference", en *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, Editorial Bosch, 2011.
- : "La Propuesta de Normativa Común De Compraventa Europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la UE, lastrado por la protección al consumidor", *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 5, 1, 2013, pág. 199-216.
- VAQUERO LÓPEZ, C., Capítulo IV.46, "La mora en los contratos", en *Derecho Contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Thomson Reuters, 2016, Edición ProView.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Los contratos ilegales en el Common Law", 2002, pág. 1-45.
- : *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, 2003.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., "La Propuesta de Reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5, 2, 2013, pág. 468-480.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R., "Capítulo 10. El contrato y sus elementos esenciales", en *Derecho Civil II. Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, 2019.
- VON BAR, C., "Unechtes (nichtstaatliches) Einheitsprivatrecht und Lex Mercatoria", en VON BAR, C., MANKOWSKI, O., *Internationales Privatrecht*, vol. I (Allgemeine Lehren), 2, 2003.
- : "Common Frame of Reference for European Private Law-Academic Efforts and Political Realities", *Tul.Eur.& Civ.LF* 23, 2008, pág. 37.
- VON BAR, C., CLIVE, E., AND SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2009.
- VON MEHREN, A.T., *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, The Harvard Law Review Association, 1959, pág. 1009-1078.

- WARBURTON, J. M., “An Innovative Legal Approach to Regulating Digital Content Contracts in the EU”, *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 7, 2016, pág. 246 – 255.
- WENDEHORST, C., “Sale of goods and supply of digital content—two worlds apart. Why the law on sale of goods needs to respond better to the challenges of the digital age”, *In-Depth Analysis. European Parliament-Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs*, PE, 556.928, 2016, pág. 1-21.
- WHITTAKER, S., “The Proposed “Common European Sales Law”. Legal Framework and the Agreement of the parties”, *The Modern Law Review*, 75, 4, 2012, pág. 578-605.
- : “3. Contracts, Contract Law and Contractual Principle”, en *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms*, Bloomsbury Publishing (Edición Kindle), 2017, posición 1399-1405.
- WILHELMSSON, T., “The Abuse of the “Confident Consumer” as a Justification for EC Consumer Law”, *Journal of Consumer Policy*, 27, 2004, pág. 317–337.
- WOLFF, CH., *Grundsätze des Natur-und Volkerrechts* , Halle, 1754.
- WULF, A.J., “Institutional competition of optional codes in European contract law”, *European journal of law and economics*, 38.1, 2014, pág. 139-192.
- YÁÑEZ VIVERO, F., *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de renovación del Derecho Contractual*, Tirant lo Blanch, 2019.
- ZIMMERMANN, R., “Diritto romano, diritto contemporáneo, diritto europeo: la tradizione civilista oggi”, *Rivista di diritto civile*, 2001, pág. 703-763.
- : “Codification: the civilian experience reconsidered on the eve of a Common European Sales Law”, *De Gruyter*, 2012, pág. 367-399.
- ZIMMERMANN, R.; VAQUER ALOY (ÜBERSETZUNG), A., *Estudios de Derecho Privado europeo*, Civitas Ediciones, 2000.
- ZURITA MARTÍN, I. “La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 90 (745), 2014, pág. 2347-2394.
- ZÜRN, M., “Politik in der postnationalen Konstellation“, Ed. Landfried, *Politik in der entgrenzten Welt*, 2001.

LEGISLACIÓN

Legislación internacional

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

Legislación europea

Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DOCE núm. L 266, de 9 de octubre de 1980).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE núm. C 364/1, 18 de diciembre de 2000).

Decisión núm. 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por la que se establece un programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores (2007-2013) (DOUE núm. L 404/39, de 30 de diciembre de 2006).

Directiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final (DOCE núm. L 33/1, de 8 de febrero de 1979).

Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 210/29, de 7 de agosto de 1985).

Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE núm. L 372/31, de 31 de diciembre de 1985).

Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo (DOCE núm. L 42/48, de 12 de febrero de 1987).

Directiva 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre la seguridad de los juguetes (DOCE núm. L 187/1, de 16 de julio de 1988).

Directiva 90/496/CEE del Consejo, de 24 de septiembre de 1990, relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios (DOCE núm. L 276/40, de 6 de octubre de 1990).

Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE núm. L 228/24, de 11 de agosto de 1992).

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 95/29, de 21 de abril de 1993).

Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE núm. L 289/83, de 29 de octubre de 1994).

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE núm. L 144/19, de 4 de junio de 1997).

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOCE núm. L 166/51, de 11 de junio de 1998).

Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE núm. L 141/20, de 4 de junio de 1999).

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE núm. L 171/12, de 7 de julio de 1999).

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE núm. L 178/1, de 17 de junio de 2000).

Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE núm. L 11/4, de 15 de enero de 2002).

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (“Directiva sobre las prácticas comerciales desleales”) (DOUE núm. L 149/22, de 11 de junio de 2005).

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOUE núm. L 133/66, de 22 de mayo de 2006).

Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOUE núm. L 376/21, de 27 de diciembre de 2006).

Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOUE núm. L 133/66, de 22 de mayo de 2008).

Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE núm. L 33/10, de 3 de febrero de 2009).

Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOUE núm. L 110/30, de 1 de mayo de 2009).

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Texto pertinente a efectos del EEE (DOUE núm. L 304/64, de 22 de noviembre de 2011).

Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 (DOUE núm. L 60/34, de 28 de febrero de 2014).

Directiva 2015/2302/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DOUE núm. L 326/1, de 11 de diciembre de 2015).

Directiva 2019/770/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DOUE núm. L 136/1, de 22 de mayo de 2019).

Directiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE núm. L 136/28, de 22 de mayo de 2019).

Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE núm. L294/1, de 10 de noviembre de 2001).

Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOUE núm. L 207/1, de 18 de agosto de 2003).

Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (“Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores”) (DOUE núm. L 364/1, de 9 de diciembre de 2004).

Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (DOUE núm. L 199/40, de 31 de julio de 2007).

Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE núm. L 177/6, de 4 de julio de 2008).

Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE núm. L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

Reglamento (UE) núm. 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el periodo 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión núm. 1926/2006/CE (DOUE núm. L 84/42, de 20 de marzo de 2014).

Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE núm. 187/1, de 26 de junio de 2014).

Reglamento (UE) núm. 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y el Reglamento (CE) núm. 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la Marca Comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Diseños y Modelos) (DOUE núm. L341/21, de 24 de diciembre de 2015).

Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE núm. L 119/1, de 4 de mayo de 2016).

Reglamento (UE) núm. 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 (DOUE núm. L 345/1, de 27 de diciembre de 2017).

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE núm. C 224/6, de 31 de agosto de 1992).

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 2 de octubre de 1997 (DOCE núm. C 340/1, de 10 de noviembre de 1997).

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE núm. C 306/1, 17 de diciembre de 2007).

Legislación española. Otras propuestas y resoluciones.

Asociación de Profesores de Derecho Civil. *Propuesta de Código Civil*, Editorial Tecnos, 2018.

Comisión General de Codificación. *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 2009.

Consejo Económico y Social (España). *Informe sobre los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, 1999.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

Legislación francesa. Otras propuestas y resoluciones.

Ley núm. 2018-287, de 20 de abril de 2018, de reforma del Derecho Contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones (DO núm. 0093, de 21 de abril de 2018).

Informe del Presidente de la República francesa sobre la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que reforma el Derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones (*Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*). Disponible en web:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FDC739FAEE7B3F96B4FCD8AE2A14BE61.tplgfr35s_1?cidTexte=JORFTEXT000032004539&dateTexte=20160211.

Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016, por la que se reforma el Derecho Contractual, el régimen general y la prueba de las obligaciones (JORF núm. 0035, de 11 de febrero de 2016).

Legislación italiana.

Real Decreto núm. 262, de 16 marzo 1942, de aprobación del texto del Código Civil (*Gazzetta Ufficiale* núm. 79, del 4 de abril de 1942).

Legislación alemana.

Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 29 de noviembre de 2001 (Gaceta de Leyes Federales 2001 Parte I núm. 61, emitida el 29 de noviembre de 2001, folio 3138).

Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*, ZPO), de 12 de noviembre de 1950, en la versión publicada el 5 de diciembre de 2005 (Gaceta de Leyes Federales I pág. 3202; 2006 I pág. 431; 2007 I pág. 1781).

Legislación inglesa.

Law of Property Act de 1.925, Chapter 20 15 and 16 Geo 5, de 9 de abril de 1925.

Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, Chapter 40 6 and 7 Geo 6, de 5 de agosto de 1943.

Sale of Goods Act 1979, Chapter 54, 6 de diciembre de 1979.

Carriage of Goods by Sea Act 1924, Chapter 50, de 16 de julio de 1924.

Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, Chapter 31, de 11 de noviembre de 1999.

Consumer Rights Act 2015, Chapter 15, de 26 de marzo de 2015.

RESOLUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA CITADAS

Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI). *Informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, A7-0301/2013, 24 de septiembre de 2013.

Comisión Europea. *Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CE, 1990-1992*, COM (90) 98 final, 3 de mayo de 1990.

Comisión Europea. *II Plan de Acción Trienal de sobre Política de los Consumidores. Poner el mercado único al servicio de los consumidores europeos*, 1993-1995, COM (93) 378 final, 28 de julio de 1993.

Comisión Europea. *III Plan de Acción Trienal sobre Prioridades de la Política de los Consumidores*, 1996-1998, COM (95) 519 final, de 31 de octubre de 1995.

Comisión Europea. *Plan de Acción sobre política de los consumidores 1999-2001* (DOCE núm. C 279, de 1 de octubre de 1999).

Comisión Europea. *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "Derecho Contractual Europeo"*, COM (2001) 398 final, 11 de julio 2001.

Comisión Europea. Comunicación sobre "La gobernanza europea - Un Libro Blanco", COM (2001) 428 final, 25 de julio de 2001.

Comisión Europea. *Libro verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2001) 531 final, de 2 de octubre de 2001.

Comisión Europea. *Comunicación sobre "Simplificar y Mejorar el Marco Regulador"*, COM (2001) 726 final, 5 de diciembre de 2001.

Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico Y Social y al Comité de las Regiones - Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006*, COM (2002) 208 final, de 7 de mayo de 2002.

Comisión Europea. *Comunicación sobre "Simplificar y Mejorar El Marco Regulador"*, COM (2002) 278 final, 5 de junio de 2002.

Comisión Europea. *Comunicación de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, COM (2002) 289 final, de 11 de junio de 2002.

Comisión Europea, *Un Derecho Contractual Europeo Más Coherente - Plan De Acción*, COM (2003) 68 final, 15 de marzo de 2003.

Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Un Derecho Contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro"*, COM (2004) 651 final, 11 de octubre de 2004.

Comisión Europea. *Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre "Programa De La Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una Asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia"*, COM (2005) 184 final, 10 de mayo de 2005.

Comisión Europea. *Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo*, COM (2005) 456 final, de 23 de septiembre de 2005.

Comisión Europea. *Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013. "Capacitar a los consumidores, mejorar su bienestar y protegerlos de manera eficaz"*, COM (2007) 99 final, de 13 de marzo de 2007.

Comisión Europea. *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, COM (2006) 744 final (DOUE núm. C 61/1, de 15 de marzo de 2007).

Comisión Europea. *Segundo Informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, 25 de julio de 2007.

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre derechos de los consumidores*, COM (2008) 614 final – 2008/0196 /COD), de 8 de octubre de 2008.

Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al comercio electrónico transfronterizo entre empresas y consumidores en la Unión Europea*, COM (2009) 557 final, 22 de octubre de 2009.

Comisión Europea. *Comunicación sobre "Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, 3 de marzo de 2010.

Comisión Europea. *Decisión núm. 2010/233/UE*, de abril de 2010, *por la que se crea un grupo de expertos para un Marco Común De Referencia en el ámbito del Derecho Contractual europeo* (DOUE núm. L 105/109, de 24 de abril de 2010).

Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre "Una Agenda Digital para Europa"*, COM (2010) 245 final, 19 de mayo de 2010.

Comisión Europea. *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, 1 de julio de 2010.

Comisión Europea. *Transacciones transfronterizas: La Comisión Europea publica un Estudio de Viabilidad sobre Derecho Contractual europeo realizado por un Grupo de Expertos*, IP/11/523, 3 de mayo de 2011.

Comisión Europea. *La Comisión Europea acoge con satisfacción el apoyo del Parlamento Europeo a un Derecho Contractual a escala europea*, IP/11/683, 8 de junio de 2011.

Comisión Europea. *Impact Assessment accompanying the document "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law"*, SEC (2011) 1166 final, 11 de octubre de 2011.

Comisión Europea. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final - 2011/0284 (COD) C7-0329/11, 11 de octubre de 2011.

Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el "Programa de Trabajo de la Comisión para 2015", "un nuevo comienzo"*, COM (2014) 910 final, 16 de diciembre de 2014.

Comisión Europea. Cuestionario sobre las normas contractuales para la compra en línea de contenidos digitales y bienes materiales, Parte 1, 2015.

Comisión Europea. *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre "Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa"*, COM (2015) 192 final, 6 de mayo de 2015.

Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, sobre el "Programa de Trabajo de la Comisión para 2016", "No es momento de dejar las cosas como están"*, COM (2015) 610 final, 27 de octubre de 2015.

Comisión Europea, Comunicado de prensa "La Comisión propone modernizar las normas contractuales en materia digital para simplificar y fomentar el acceso a los contenidos digitales y las ventas en línea en la UE", 9 de diciembre de 2015.

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales*, COM (2015) 634 final - 2015/0287 (COD), 9 de diciembre de 2015.

Comisión Europea. *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes*, COM (2015) 635 final - 2015/0288 (COD), 9 de diciembre de 2015.

Comisión Europea. *Impact Assessment, accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods*, SWD (2015) 274 final/2, 17 de diciembre de 2015.

Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un enfoque global dirigido a estimular el comer electrónico transfronterizo para las empresas y los ciudadanos europeos*, COM (2016) 320 final, 25 de mayo de 2016.

Comisión Europea. *Libro Blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025*, COM (2017) 2025 final, de 1 de marzo de 2017.

Comisión Europea. *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*, COM (2017) 637 final, 31 de octubre de 2017.

Comité Económico y Social Europeo (CESE). *Dictamen sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual europeo"* (DOCE núm. C 241/1, 7 de octubre de 2002).

Comité Económico y Social Europeo (CESE). *Dictamen sobre la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea" y la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones - Una Normativa Común de Compraventa Europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único"*, (DOUE núm. C 181/75, 21 de junio de 2012).

Comité Económico y Social Europeo (CESE). *Dictamen Sobre Consumo Colaborativo o Participativo: Un Modelo De Sostenibilidad Para El Siglo XXI*, (DOUE núm. C 177/1, 21 de junio de 2014).

Comité Económico y Social Europeo (CESE). *Dictamen sobre la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales"*, COM(2015) 634 final — 2015/0287 (COD) y la "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes", COM (2015) 635 final — 2015/0288 (COD), (DOUE núm. C 264/57, 20 de julio de 2016).

Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores* (DOCE núm. C 92/16, de 25 de abril de 1975).

Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 19 de mayo de 1981, relativa a un segundo programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores* (DOCE núm. C 133/1, de 3 de junio de 1981).

Consejo de las Comunidades Europeas, *Resolución del Consejo, de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores* (DOCE núm. C 167/1, de 5 de junio de 1986).

Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución del Consejo, de 9 de noviembre de 1989, sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor* (DOCE núm. C 294/1, de 22 de noviembre de 1989).

Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución del Consejo, de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores* (DOCE núm. C 186/1, de 23 de julio de 1992).

Consejo de las Comunidades Europeas. *Resolución sobre "la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior"*, (DOCE núm. 224/3, 1 de agosto de 1996).

Consejo de la UE. *Justicia, Asuntos De Interior y Protección Civil*, Sesión núm. 2385, C/01/409, 16 de noviembre de 2001.

Consejo de la UE. *Resolución sobre la Estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006)*, (DOUE núm. C 11/1, de 17 de enero de 2003).

Consejo de la UE. *Informe de 11 de abril de 2008, sobre "La creación de un Marco Común de Referencia en materia de Derecho Contractual europeo"*, Núm. 8286/08, 2008.

Consejo Europeo. *Reuniones del Consejo Europeo en Edimburgo y Birmingham*, 1992.

Consejo Europeo. *Reuniones del Consejo Europeo de Bruselas*, 1993.

Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo sobre "La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia"*, 15 y 16 de octubre de 1999.

Consejo Europeo. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Estocolmo*, 23 y 24 de marzo de 2001.

Consejo Europeo. *Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano* (DOUE núm. C 115/1, 4 de mayo de 2010).

European Law Institute (ELI). *Statement of the European Law Institute: Unlocking the Digital Single Market – An Instrument for 21st Century Europe. Second Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*, 2nd Supplement to the Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, 2015.

Expert Group on European contract law. *A European Contract Law for consumers and businesses: Publication of the results of the Feasibility Study carried out by the Expert Group on European Contract Law for Stakeholders' and Legal Practitioners' Feedback*, 3 de mayo de 2011.

Grupo de Reflexión (GONZÁLEZ MÁRQUEZ, F.; VİŖE-FREIBERGA, V.; OLLILA, J.; FRIIS, L. (hasta noviembre de 2009); KOOLHAAS, R.; LAMBERT, R.; MONTI, M.; et alii.). *Proyecto Europa 2030. Retos y Oportunidades. Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030*, Mayo de 2010.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre el Acta Única Europea* (DOCE núm. C 7/106, de 12 de julio de 1987).

Parlamento Europeo. *Resolución sobre un "Esfuerzo de aproximación del Derecho Privado europeo de los Estados miembros"*, (DOCE núm. C 158/400, 26 de mayo de 1989).

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "La transparencia del Derecho comunitario y la necesidad de su codificación"*, (DOCE núm. C 205/514, 6 de mayo de 1994).

Parlamento Europeo. *Informe sobre la Comunicación de la Comisión relativa a las prioridades de la política de los consumidores 1996-1998 (COM(95)0519 - C4-0501/95)*, PE 218.208/Def., de 11 de octubre de 1996.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "los informes de la Comisión al Consejo Europeo - sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en 1994, COM(94)0533 C4-0215/95,- "Legislar mejor", sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y sobre la simplificación y la codificación - 1995(CSE(95)0580 - C4- 0561/95),- "Legislar mejor", sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad y sobre la simplificación y la codificación - 1996(CSE(96)0007 - C4- 0015/97) y- sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Informe provisional) (CSE(96)0002 - C4-0355/96)", (DOCE núm. C 167/34, 2 de junio de 1997).*

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "El Programa Legislativo Anual de La Comisión para 2000"*, (DOCE núm. C 377/328, 16 de marzo de 2000).

Parlamento Europeo, *Resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, COM (2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)* (DOCE núm. C 140 E/538, 13 de junio de 2002).

Parlamento Europeo. *Informe sobre la Comunicación de la Comisión Relativa a la "Simplificación y Mejora Del Marco Regulator", A5-0443/2002*, 6 de diciembre de 2002.

Parlamento Europeo, *Informe sobre las repercusiones del Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea para el futuro de la política europea de los consumidores, COM (2001) 531 - C5-0295/2002 - 2002/2151(COS)*, A5-0423/2002, 10 de diciembre de 2002.

Parlamento Europeo, *Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la "Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006"*, COM (2002) 208 - C5-0329/2002 - 2002/2173(COS), A5-002372003, 28 de enero de 2003.

Parlamento Europeo, *Informe sobre las perspectivas de la protección jurídica del consumidores a la luz del Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, COM (2001) 531 - C5-0294/2002 - 2002/2150(COS)*, A5-0054/2003, 21 de febrero de 2003.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Derecho Contractual Europeo"*, (DOUE núm. C 305 E/247, de 14 de diciembre de 2006).

Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, P6_TA(2007)0383*, de 6 de septiembre de 2007.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre las repercusiones institucionales y jurídicas del uso de los instrumentos de Derecho indicativo, P6_TA(2007)0366*, 4 de septiembre de 2007.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Legislar mejor en la Unión Europea"*, P6_TA(2007)0363, 4 de septiembre de 2007.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Derecho Contractual Europeo"*, P6_TA (2007) 0615, 12 de diciembre de 2007.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "Un Marco Común De Referencia para el Derecho Contractual europeo"*, P6_TA (2008)0397, 3 de septiembre de 2008.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre "La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos – Programa de Estocolmo". Programa Plurianual 2010-2014 relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia (Programa de Estocolmo)*, P7_TA (2009)0090, 25 de noviembre de 2009.

Parlamento Europeo. *Resolución sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas*, P7_TA(2011)0262, de 8 de junio de 2011.

Parlamento Europeo. *Resolución del Parlamento Europeo sobre "Legislar mejor, subsidiariedad, proporcionalidad y normativa inteligente"*, P7_TA (2011)0381, 14 de septiembre de 2011.

Parlamento Europeo. *Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, COM (2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)* (DOUE núm. C 285/638, 29 de agosto de 2017).

Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. *Normativa Común de Compraventa Europea*, núm. 130721REV1, 20 de febrero de 2014.

Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), "Resumen del Dictamen sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales", 2017/C 200/07, 23 de junio de 2017 (DOUE núm. C 200/10, de 23 de junio de 2017).

RESOLUCIONES JUDICIALES

Resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJCE. As. 41/74. Yvonne van Duyn vs. Home Office. Sentencia de 4 de diciembre de 1974.

TJCE. As. 8/81. Ursula Becker vs. Finanzamt (Delegación de Hacienda) Münster-Innensadt. Sentencia de 19 de enero de 1982.

TJCE. As. 137/85. Maizena GmbH y otros contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM). Sentencia de 18 de noviembre de 1987.

TJCE. As. 382/87. R. Buet y SARL Educational Business Services (EBS) contra Ministère public. Sentencia de 16 de mayo de 1989.

TJCE. As. 103/88. Fratelli Costanzo SpA vs. Municipio de Milán. Sentencia de 22 de junio de 1989.

TJCE. As. 339/89. Alsthom Atlantique SA vs. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA. Sentencia de 24 de enero de 1991.

TJCE. As. 361/89. Patrice Di Pinto. Sentencia de 14 de marzo de 1991.

TJCE. As. 339/92. ADM Ölmühlen GmbH y Ölwerke Spyck contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. Sentencia de 7 de diciembre de 1993.

TJCE. As. 133/93, 300/93 y 362/93. Antonio Crispoltoni contra Fattoria Autonoma Tabacchi y Giuseppe Natale y Antonio Pontillo contra Donatab Srl. Sentencia de 5 de octubre de 1994.

TJCE. As. 350/92. Reino de España contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 13 de julio de 1995.

TJCE. As. 84/94. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 12 de noviembre de 1996.

TJCE. As. 233/94. República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 13 de mayo de 1997.

TJCE. As. 157/96, The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd y Vian Exports Ltd.. Sentencia de 5 de mayo de 1998.

TJCE. As. 319/97. Antoine Kortas. Sentencia de 1 de junio de 1999.

TJCE. As. 376/98. República Federal de Alemania vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 5 de octubre de 2000.

TJCE. As. 168/00. Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co KG. Sentencia de 12 de marzo de 2002.

TJCE. As. 210/00. Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Sentencia de 11 de julio de 2002.

TJCE. As. 334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Sentencia de 17 de septiembre de 2002.

TJCE. As. 491/01, The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd., Sentencia de 10 de diciembre de 2002.

TJCE. As. 210/03. The Queen, a instancia de Swedish Match AB y Swedish Match UK Ltd contra Secretary of State for Health. Sentencia de 14 de diciembre de 2004.

TJCE. As. 434/02. Arnold André GmbH & Co. KG contra Landrat des Kreises Herford. Sentencia de 14 de diciembre de 2004.

TJCE. As. 27/02. Petra Engler vs. Janus Versand GmbH, Sentencia de 20 de enero de 2005.

TJCE. As. 436/03. Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 2 de mayo de 2006.

TJCE. As. 168/05. Elisa María Mostaza Claro y Centro Móvil Milenium, S.L. Sentencia de 16 de octubre de 2006.

TJCE. As. 440/05. Comisión de las Comunidades Europeas vs. Consejo de la UE. Sentencia de 23 de octubre de 2007.

TJUE. As. 301/06. Irlanda vs. Parlamento Europeo y Consejo de la UE. Sentencia de 10 de febrero de 2009.

TJUE. As. 40/08. Asturcom Telecomunicaciones, S.L. y Cristina Rodríguez Nogueira. Sentencia de 6 de octubre de 2009.

TJCE. As. 133/08. Intercontainer Interfrigo SC (ICF) vs. Balkenende Oosthuizen BV, MIC Operations BV. Sentencia de 9 de octubre de 2009.

TJUE. As. 58/08. Vodafone Ltd, Telefónica O2 Europe plc, T-Mobile International AG, Orange Personal Communications Services Ltd vs. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Sentencia de 8 de junio de 2012.

TJUE. As. 29/10. Heiko Koelzsch vs. État du Grand-Duché de Luxembourg. Sentencia de 15 de marzo de 2011.

TJUE. As. 495/10. Centre hospitalier universitaire de Besançon vs. Thomas Dutruieux y Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, Sentencia de 21 de diciembre de 2011.

TJUE. As. 618/10, Banco Español de Crédito, S.A. y Joaquín Calderón Camino. Sentencia de 14 de junio de 2012.

TJUE. As. 190/11. Daniela Mühlleitner vs. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi. Sentencia de 6 de septiembre de 2012.

TJUE. As. 64/12. Anton Schlecker vs. Melitta Josefa Boedeker. Sentencia de 12 de septiembre de 2013.

TJUE. As. 32/12. Soledad Duarte Hueros contra Parlamento y Consejo. Sentencia de 3 octubre 2013.

TJUE. As. 305/13. Haeger & Schmidt GmbH vs. Mutuelles du Mans assurances IARD (MMA IARD), Jacques Lorio, Dominique Miquel, en calidad de administrador concursal de Safram intercontinental SARL, Ace Insurance SA NV, Va Tech JST SA, Axa Corporate Solutions SA. Sentencia de 23 de octubre de 2014.

Resoluciones españolas

Tribunal Supremo español. Sentencia de 26 de octubre de 1981. Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 24 de septiembre de 1987. Ponente: Excmo. Sr. Ramón López Vilas.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 27 de febrero de 1989. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Carretero Pérez.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 18 de febrero de 1995, Rec. 3502/1991. Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 423/1996, de 30 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 31 de marzo de 1997, Recurso núm. 1143/1993. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 10 de octubre de 1997, Rec. 2212/1993. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Hernández Gil.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 13 de octubre de 1998, Rec. 767/1994. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1091/1999, de 16 diciembre, Rec. 147/1995. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 25 de marzo de 1998, Recurso núm. 853/1994, Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 351/2001, de 10 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 385/2001, de 20 de abril. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 660/2001, de 3 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 383/2002, de 30 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández. .

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 592/2002, de 6 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1037/2003, de 11 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo.

Tribunal Supremo español. Sentencia de 4 de julio de 2006, Recurso de Casación núm. 2421/1999. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo Español. Sentencia núm. 1/2007, de 18 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 112/2007, de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 631/2007, de 31 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 2798/2007, de 11 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1271/2007, de 26 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 334/2008, de 14 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 675/2008, de 7 de julio. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 1180/2008, de 17 de diciembre. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 73/2009, de 13 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2010, de 16 de febrero. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 552/2010, de 17 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 478/2010, de 18 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 765/2010, de 30 de noviembre. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 269/2011, de 11 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 362/2011, de 7 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 658/2011, de 28 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 872/2011, de 12 de diciembre. Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 81/2012, de 20 de febrero. Ponente: Excma. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 193/2012, de 1 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 199/2012, de 26 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 305/2012, de 16 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 294/2012, de 18 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 532/2012, de 30 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 526/2012, de 5 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 537/2012, de 10 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 568/2012, de 1 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 619/2012, de 29 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 639/2012, de 7 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 644/2012, de 8 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 658/2012, de 14 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 820/2013, de 17 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 822/2012, de 18 de enero de 2013. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 48/2013, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 30/2013, de 12 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 69/2013, de 26 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 78/2013, de 26 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 121/2013, de 12 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 282/2013, de 22 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 309/2013, de 26 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 353/2013, de 13 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 354/2013, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 431/2013, de 3 de julio. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 478/2012, de 13 de julio. Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 511/2013, de 18 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 506/2013, de 17 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 592/2013, de 9 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 626/2013, de 29 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 678/2013, de 30 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 638/2013, de 18 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 24/2014, de 24 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 763/2013, de 22 de abril de 2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 242/2014, de 24 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Sebastián Sastre Papiol.

Tribunal Supremo español. Auto de 6 de mayo de 2014, Rec. 2479/2012. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 86/2014, de 26 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 333/2014, de 30 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 741/2014, de 19 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 840/2013, de 12 de diciembre de 2014. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 744/2014, de 22 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 188/2015, de 8 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 359/2015, de 10 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 505/2015, de 29 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 517/2015, de 6 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 689/2015, de 16 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 23/2016, de 27 de enero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 24/2016, de 3 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 18/2016, de 2 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 40/2016, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 348/2016, de 25 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 367/2016, de 3 de junio. Ponente: Excmo. Sr. José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 615/2016, de 7 de octubre. Ponente: Excmo. Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 651/2016, de 4 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 67/2017, de 2 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 120/2017, de 23 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 126/2017, de 24 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 758/2017, de 24 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Juan Gonzalo Martínez Mico.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 430/2017, de 7 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 74/2018, de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 77/2018, de 14 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.

Tribunal Supremo español Sentencia núm. 111/2018, de 5 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 247/2018, de 25 de abril, Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 260/2018, de 26 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 5/2019, de 9 de enero. Ponente: Excmo. Sr. José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 258/2019, de 7 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 264/2019, de 10 mayo. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 455/2019, de 18 de julio. Ponente: Excma. Sra. M^a Angeles Parra Lucán.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 566/2019, de 25 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 2548/2017. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 561/2021, de 13 de julio. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. Fundamento Jurídico Séptimo.

Tribunal Supremo español. Sentencia núm. 616/2021, de 21 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile

Tribunal Supremo español. Auto de 3 de noviembre de 2021, Rec. 3763/2019. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.

Tribunal Supremo español. Auto de 9 de febrero de 2022, Rec. 5594/2019. Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.

Tribunal Supremo español. Auto de 30 de marzo de 2022, Rec. 6647/2019. Ponente: Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2^a, Sentencia de 30 de diciembre de 2021. Ponente: Excmo. Sr. Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19^a, Sentencia núm. 354/2012, de 29 de junio. Ponente: Excmo. Sr. Nicolás Pedro Manuel Díaz Méndez.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia núm. 162/2017, de 3 de mayo.
Ponente: Excmo. Sr. Jesús Miguel Alemany Eguidazu.

Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. Sentencia núm. 1/2021, de 8 de enero.
Ponente: Excma. Sra. Rocío Ortega Atienza.

Juzgado de Primera Instancia núm. 74 de Madrid. Auto núm. 299/2020, de 13 de agosto.
Ponente: Excmo. Sr. Manuel García Sanz.

Juzgado de Primera Instancia núm. 81 de Madrid. Auto núm. 447/2020, de 25 de septiembre.
Ponente: Excmo. Sr. Carlos Ceballos Norte.

Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona/Iruña, Sentencia núm. 116/2021, de 13 de abril. Ponente: Excmo. Sr. Fernando Poncela García.

Resoluciones francesas

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de marzo de 1.876.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de junio de 1921.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 23 de noviembre de 1931.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 18 de abril de 1953, Apelación núm. 53-06152.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 23 de junio de 1958, D. 1958, 581.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de diciembre de 1958.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de noviembre de 1959.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 15 de febrero de 1961, Apelación núm. 58-10828.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 7 de noviembre de 1961, Apelación núm. 60-10459.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 14 de febrero de 1969, Apelación núm. 67-10920.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de mayo de 1972, Apelación núm. 71-11393.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 20 de noviembre de 1972, Apelación núm. 70-14154.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 31 de enero de 1973, Apelación núm. 71-12953.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 28 de noviembre de 1973, Apelación núm. 72-12521.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de octubre de 1975, Apelación núm. 74-13217.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 29 de abril de 1981, Apelación núm. 80-11289.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Apelación núm. 82-12996.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 13 de diciembre de 1983, Apelación núm. 82-12237.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 26 de abril de 1989, Apelación Núm. 87-16619.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de mayo de 1989, Apelación núm. 87-18130.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de marzo de 1990, Apelación núm. 88-12477.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 6 de abril de 1993, Apelación núm. 90-21198.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de julio de 1996, Apelación núm. 94-14800.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de octubre de 1996, Apelación núm. 93-18632.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 10 de diciembre de 1997, Apelación núm. 87-18130.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 8 de diciembre de 1998, Apelación núm. 96-17811.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de mayo de 2000, Apelación núm. 98-1138.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 3 de abril de 2002, Apelación Núm. 00-12.932.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de septiembre de 2003, Apelación núm. 01-15306.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 26 de noviembre de 2003, Apelación núm. 02-1418.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 1 de febrero de 2005, Apelación núm. 03-19354.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 5 de octubre de 2006, Apelación núm. 04-11179.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 17 de enero de 2007, Apelación núm. 06-10442.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 7 de mayo de 2008, Apelación núm. 07-11690.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 20 de mayo de 2009, Apelación núm. 08-13230.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 2 de octubre de 2013, Apelación núm. 12-19887.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 16 de noviembre de 2014, Apelación núm. 13-24027.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 30 de marzo de 2016, Apelación núm. 14-11684 .

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 5 de abril de 2016, Apelación núm. 14-20169.

Tribunal de Casación francés. Sentencia de 22 de septiembre de 2016, Apelación núm. 15-20614.

Jurisprudencia italiana

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 1560, de 26 de mayo de 1953.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2861, de 6 de octubre de 1955.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 632, de 24 de febrero de 1968.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 664, de 8 de marzo de 1972.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2016, de 19 de enero de 1973.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4870, de 15 de julio de 1983.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 2798, de 4 de abril de 1990.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 985, de 2 de febrero de 1998.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 8910, de 16 de abril de 1998.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 858, de 2 de febrero de 1999.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 19190, de 15 de diciembre de 2003.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15040, de 5 de agosto de 2004.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10490, de 8 de mayo de 2006.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10503, de 8 de mayo de 2006.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 122335, de 25 de mayo de 2007.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22312, de 24 de octubre de 2007.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 26958, de 20 de diciembre de 2007.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 569, de 11 de enero de 2008.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15964, de 7 de julio de 2009.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 16735, de 29 de julio de 2011.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4541, de 22 de marzo de 2012.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 7180, de 10 de mayo de 2012.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 19105, de 6 de noviembre de 2012.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13861, de 13 de mayo de 2013.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22346, de 22 de octubre de 2014.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 4628, de 6 de marzo de 2015.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 10995, de 27 de mayo de 2015.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 7961, de 20 de abril de 2016.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 14188, de 12 de julio de 2016.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15461, de 26 de julio de 2016.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 20620, de 13 de octubre de 2016.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 12069, de 16 de mayo de 2017.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13793, de 31 de mayo de 2017.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 22687, de 28 de septiembre de 2017.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 11009, de 8 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 13034, de 24 de mayo de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 14372, de 5 de junio de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 15052, de 11 de junio de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 20146, de 30 de julio de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 21418, de 30 de agosto de 2018.

Tribunal Supremo de Casación italiano. Sentencia núm. 29352, de 14 de noviembre de 2018.

Tribunal de Primera Instancia de Parma (Italia). Sentencia núm. 77/89, 24 de noviembre de 1989.

Resoluciones alemanas

LG *Karlsruhe*, de 29 de abril de 1992, O 7/91 KfH II.

Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 7 de diciembre de 1911, RGZ 78, 239-241.

Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 25 de octubre de 1917, RGZ 91, 60.

Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 7 de octubre de 1921, RGZ 103,11.

Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 5 de abril de 1922, RGZ 104, 205.

Tribunal Supremo del Imperio alemán (*Reichsgericht*), Sentencia de 8 de abril de 1929, RGZ 124, 81.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de junio de 1951, BGHZ 2, 287.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 23 de septiembre de 1957, BGHZ 25, 217.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 10 de julio de 1970, NJW 1970, 1840.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 21 de abril de 1972, NJW 1972, 1189.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 30 de octubre de 1953, V ZR 76/52.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 29 de septiembre de 1955, 18, 212.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 26 de octubre de 1978, VII ZR 202/76.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 24 de enero de 1979, NJW 1979, 758.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 8 de marzo de 1984, VII ZR 177/82.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 7 de junio de 1984, 91, 324.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 24 de febrero de 1994, NJW 1994, 1341.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de febrero de 1995, XI ZR 65/94.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de octubre de 1995, I ZR 210/53.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 11 de mayo de 2009, VII ZR 11/08.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 7 de junio de 2013, V ZR 10/12.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 8 de mayo de 2014, VII ZR 203/11.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 14 de mayo de 2014, VII ZR 334/12.

Tribunal Federal Supremo alemán (BGH), Sentencia del 21 de enero de 2015, VIII ZR 51/14.

Tribunal Regional Superior de Colonia (*OLG Köln*), Sentencia del 24 de abril de 1974, NJW 1974, 1952.

Tribunal Regional Superior de Colonia (*OLG Köln*), Sentencia del 8 de julio de 1992, NJW-RR 1993, 372.

Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (*OLG Düsseldorf*), Sentencia de 14 de enero de 1994, 17 U 146/93.

Tribunal Regional Superior de Dusseldorf (*OLG Düsseldorf*), Sentencia de 24 de abril de 1997, 6 U 87/96.

Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 11 de diciembre de 1946, MDR 1947, 100.

Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 24 de octubre de 1975, NJW 1976, 1212.

Tribunal Regional Superior de Hamm (*OLG Hamm*), Sentencia de 8 de enero de 1993, NJW 1993, 2321.

Resoluciones inglesas

Bloxsome v. Willians (1824), 3 B & C 232.

Routledge v. Grant (1828), 4 Bing 653.

Beckham v. Drake (1841), 9 M & W, 79, 92.

Dunlop v. Higgins (1848), 1 H.L.C. 381.

Couturier v. Hastie (1856), UKHL J3.

Tweddle v. Atkinson (1861), EWHC QB J57.

Webster v. Cecil (1861), 30 Beav 62.

Taylor v Caldwell (1863), 3 B & S 826.

Raffles v. Wichelhaus (1864), 2 H & C 906.

Smith v. Hughes (1870), LR 6 QB 597.

Bodger v. Nicholls (1873), 28 LT 441.

Jackson v Union Marine Insurance (1874), LR10CP 125.

Begbie v. Phosphate Sewege Co. (1875), LR 10 QB 491.

Currie v. Misa (1875), LR 10 Ex 153.

Redgrave v. Hurd (1881), 20 Ch D 1.

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co (1893), 1 QB, 256.

Derry v. Peek (1889), 14 App Cas 337.

King's Norton Metal Co. Ltd. v. Edridge Merret & Co., Ltd. (1897), 14 TLR 98, CA.

British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co of London Ltd (1912), AC 673.

Nocton v. Ashburton (1914), AC 932.

Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd (1915), AC 79.

Lancashire Ltd. V. CS Wilson & Co Ltd.; Blackburn Bobbin Co Ltd. V. TWallen (1918), 1 KB 540.

Metropolitan Water Board v. Dick Kerr (1918), AC 119.

Bank Line Ltd v. Arthur Capel And Co (1919), AC 435.

Ralli Brothers c. Compañía Naviera Sota y Aznar (1920), 1 KB 614.

Re Mahmoud and Ispahani (1921), 2 KB 716.

Bell v. Lever Bros Ltd (1932), AC 161.

May and Butcher Ltd v. The King (1934), 2 KB 17.

Reilly v. The King (1934), AC 176.

Denny, Mott and Dickson Ltd. v. James B. Frasers & Co. Ltd. (1944), AC 265.

Bank for Foreign Trade Ltd v. Novinex Ltd (1949), 1 K.B. 623.

British Movietonews Ltd. V. London District Cinemas (1952), AC 166.

David Taylor & Son v. Barnett Trading Co (1953), 1 Lloyd's Rep. 181.

Davis Contractors v Fareham UDC (1956), AC 696.

Dawood Ltd v. Health Ltd (1961), 2 Lloyd's Rep. 512.

Hong Kong Fir Shipping Ltd v Kisen Kaisha Ltd (1962), EWCA Civ 7.

Tsakiroglou & Co Ltd v. Noble Thorl GmbH (1962), AC 93.

Manchester Diocesan Council of Education v. Commercial and General Investments Ltd (1969), 3 All ER 1593.

Seager c. Copydex, núm. 1 (1967), 1 WLR, 923.

Lloyds Bank v. Bundy (1975), QB 326.

Mountford v. Scott (1975), 3 WLR 884.

Barton v. Armstrong (1976), AC 104.

Dahlia Ltd. v. Four Millbank Nominees Ltd (1978), Ch., 231 a 238.

Laurence v. Lexcourt Holdings Ltd (1978), 1 WLR 1128.

Corby v. Morrison (t/a The Card Shop) (1980), ICR 564 EAT.

Coral Leisure Group Ltd v. Barnett (1981), ICR 503.

National Carriers Ltd v. Panalpina (Northern) Ltd (1981), AC 675.

Atlas Express v. Kafco (1989), 1 All ER 641.

Johnson v. Agnew (1989), AC 367.

Barclays Bank Plc v. O'Brien (1994), 1 AC 180.

Graham v Pitkin (1994), 1 WLR 403.

Regalian Properties plc v. London Dockland Development Cpn (1995), 1 WLR 212.

Royal Bank of Scotland Plc v. Etridge, núm. 2 (2002), UKHL 44.

Great Peace Shipping v. Tsavlis (2002), QB 679.

Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc (The Achilleas) (2008), UKHL 48.

Makdessi v. Cavendish Square Holdings BV; ParkingEye Limited v. Beavis (2015), UKSC 67.

PÁGINAS WEB DE REFERENCIA

Academy of European Private Lawyers. "General Information", acceso en agosto de 2020. Disponible en Web: <http://www.accademiagiuristieuropei.it/>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Sobre la CNUDMI", acceso en mayo de 2020. Disponible en Web: <https://uncitral.un.org/es/about>

European Law Institute (ELI), acceso en septiembre de 2020. Disponible en Web: <http://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/>

GADAL, "Quiénes somos", acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <https://gadal.uexternado.edu.co/quienes-somos/>

ICEX, "Irlanda podría convertirse en el centro legal líder post-Brexit", acceso en enero de 2021. Disponible en Web: <https://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/paises/navegacion-principal/noticias/NEW2019810559.html?idPais=IE>

Map of the Legal systems of the world, acceso en octubre de 2020. Disponible en Web: [https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_\(en\).png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_(en).png)

OHADA, acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.ohada.com/accueil.html>

OHADAC, "Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales", acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html>

UNIDROIT, "About UNIDROIT, Overview", acceso en junio de 2020. Disponible en Web: <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

UNIDROIT PRINCIPLES, acceso en julio de 2021. Disponible en Web: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

Uniform Commercial Code, acceso en abril de 2021. Disponible en Web: <https://www.uniformlaws.org/home>

Unión Europea, "La historia de la UE", acceso en mayo de 2020. Disponible en Web: https://europa.eu/european-union/about-eu/history_es

