

El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

RESUMEN

El Derecho comparado es una herramienta básica para la unificación y armonización internacional del Derecho privado y, asimismo, un instrumento esencial para su avance, actualización y desarrollo. En el presente trabajo llevaremos a cabo un estudio detallado sobre la importante influencia que ha tenido el Derecho comparado en la construcción del moderno Derecho supranacional de los contratos, analizando, para ello, el núcleo de sus instituciones básicas tal y como están siendo configuradas actualmente. Igualmente, demostraremos que muchas de las soluciones contemporáneas propuestas acaban incorporándose al Derecho nacional, dando lugar al fenómeno de la armonización global e indirecta del Derecho Privado.

PALABRAS CLAVE

Derecho comparado. Derecho de contratos. Unificación y armonización del Derecho privado. Derecho privado europeo. Instrumentos de soft law.

ABSTRACT

Comparative law is a basic tool for the international unification and harmonization of private law and, likewise, an essential instrument for its advancement, updating and development. In this paper we will carry out a detailed study of the important influence that Comparative Law has played on the making of modern supranational Contract Law, analyzing the core of its basic institutions as they are currently being configured. Likewise, we will prove that many of the contemporary solutions proposed end up being incorporated into national law, giving rise to the phenomenon of global and indirect harmonization of Private Law.

KEYWORDS

Comparative law. Contract Law. Unification and harmonization of private law. European Private Law. Soft law.

SUMARIO: 1. *Previo: el presente y futuro del Derecho contractual a través del Derecho comparado.* 2. *Breve introducción al Derecho comparado.* 2.1. Concepto. 2.2. Las funciones del Derecho comparado: enumeración. 2.3. La metodología comparatista. 3. *Derecho Comparado, armonización y unificación del Derecho civil.* 3.1. El Derecho Uniforme. 3.1.1. Concepto. 3.1.2. Clases. 3.1.3. El empleo de la técnica comparatista en la construcción del Derecho uniforme. 3.2. *El soft law como fruto del Derecho comparado.* 4. *La CISG como primer ejemplo del «mestizaje jurídico».* 4.1. Introducción. 4.2. *Common law.* 4.2.1. El *common law* en la CISG. 4.2.2. El modelo de incumplimiento: noción unitaria y sistema uniforme de remedios. 4.2.3. *Anticipatory breach.* 4.2.4. Transmisión del riesgo en la compraventa. 4.3. *Civil law.* 4.3.1. Forma del contrato. 4.3.2. Reducción del precio. 4.3.3. Resolución en caso de simple retraso en el cumplimiento: el otorgamiento del plazo suplementario (*Nachfrist*). 4.4. Soluciones de *aparente* compromiso. 4.4.1. Las opciones transaccionales en la CISG. 4.4.2. El principio de la buena fe en la contratación. 4.4.3. El cumplimiento en forma específica. 4.4.4. Los contratos con precio abierto. 4.4.5. La irrevocabilidad de la oferta mediante la fijación de un plazo fijo. 4.4.6. La transmisión del riesgo de la *res in transitu*. 4.4.7. A modo de conclusión: una lección sobre el empleo diletante de la técnica comparatista. 5. *El influjo del Derecho comparado en la legislación de la Unión Europea.* 5.1. Introducción. 5.2. El control de las cláusulas abusivas: la influencia alemana. 5.3. El concepto de «falta de conformidad». 5.4. El derecho de desistimiento. 5.4.1. Concepto, características y fundamentos del derecho de desistimiento. 5.4.2. Un derecho de desistimiento *made in Europe*: críticas. 5.5. El deber de informar. 5.5.1. Previo: el deber de autoinformación y sus excepciones. 5.5.2. Los deberes de información en los contratos al consumo. 5.5.3. Conclusiones críticas: ¿un exceso de información? 5.5.4. Epílogo: la extensión de los deberes de información más allá de los confines de la relación de consumo. 5.5.5. La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores. 5.5.1. Previo. 5.5.2. El concepto de compraventa. 5.5.3. La transmisión del riesgo en los contratos de consumo. 5.5.4. A modo de conclusión: la introducción de peligrosas piezas discordantes en nuestro ordenamiento jurídico. 6. *Armonización jurídica y soft law.* 6.1. ¿Derecho de los contratos o Derecho de obligaciones y contratos? 6.2. Un régimen jurídico del contrato a secas. 6.3. Los requisitos del contrato: la intención de quedar obligado por un acuerdo suficiente. 6.3.1. La intención de quedar obligado por un acuerdo suficiente. 6.3.2. Contratos sin causa ni *consideration*. 6.3.3. La desaparición de la imposibilidad originaria por falta de objeto. 6.4. La extensión del ámbito de las cláusulas abusivas a las relaciones B2B y C2C. 6.5. Compensación de deudas. 6.6 Los contratos ilegales. Bibliografía.–Jurisprudencia

1. PREVIO: EL PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO

Hay quien afirma, en tono humorístico, pero con cierta retranca y sarcasmo, que el comparatista es un peculiar jurista que expone las singularidades del Derecho patrio en el extranjero y del Derecho extranjero en su patria. Sin embargo, esta imagen diletante del experto en Derecho comparado dista mucho de ser real, amén de que la importancia de esta disciplina, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado, resulta incuestionable en todos los ámbitos, a pesar de que sigue siendo la gran olvidada –incomprensiblemente– en los planes de estudio de la mayoría de las Facultades de Derecho españolas¹.

Los civilistas siempre hemos sido muy conscientes de que el Derecho comparado es una herramienta básica, casi imprescindible, para el estudio y progreso del Derecho civil. El vínculo entre ambas disciplinas hay que buscarlo en dos de las funciones que la doctrina comparatista siempre ha considerado como típicas del Derecho comparado: por un lado, la unificación y armonización del Derecho privado y, por otro lado, su modernización vía legal o judicial. Esto es, el Derecho comparado, entre otras cosas, es una herramienta básica para modernizar el Derecho Civil (véase la inclusión del supuesto del *nachfrist* en la resolución contractual, la figura de la imputación objetiva en la responsabilidad, el principio de transparencia, la adopción abierta, la hipoteca inversa o la responsabilidad por daños derivados de las relaciones familiares, entre otros muchos supuestos) así como para lograr su unificación (entre los distintos instrumentos existentes, debe destacarse por su importancia a la Convención de Viena de 1980, sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías) y armonización (por ejemplo, los Principios Lando sobre Derecho Contractual Europeo, el Borrador de Marco Común de Referencia y los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales), por lo que salta a

¹ No obstante, existen excepciones dignas de mención. Así, la asignatura «Derecho comparado y unificación del Derecho» forma parte del Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, mientras que en la Universidad Pompeu Fabra se cuenta con la asignatura –eso sí, optativa– «Instituciones Jurídicas Comparadas». En cualquier caso, el estado de las enseñanzas de la materia queda muy lejos de las expectativas que Lambert, con ocasión de la celebración del primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, tenía al respecto: creía que era imprescindible reconocer al Derecho comparado al menos cuatro cátedras semanales durante tres semestres. Desde luego, no puede negarse que el estudio del Derecho comparado ha sido y continúa en la actualidad siendo muy deficiente en nuestro país, resultando muy significativo que en una obra de referencia del Derecho comparado (REIMANN, ZIMMERMANN, 2007), dentro de la parte I, dedicada a exponer cómo se ha desarrollado la disciplina en los distintos países del mundo, no haya un solo capítulo dedicado a España.

la vista la importancia que en nuestros días asume para poder comprender la realidad del Derecho Civil del siglo XXI.

En otras palabras, la ignorancia o el desconocimiento del papel que está jugando el Derecho comparado en la configuración del moderno Derecho Civil puede conducir al especialista a un estado de perplejidad y sorpresa sobre la propia disciplina que cultiva. Por ejemplo, la desaparición de las acciones de saneamiento en el ámbito de las compraventas al consumo (art. 116 TRLGDCU) e internacionales (arts. 35 y ss. CISG) sólo puede explicarse, como veremos más adelante, en el marco de un proceso de profunda comparación que condujo a la unificación jurídica del contrato de compraventa transfronteriza y, posteriormente, a su «trasplante»² europeo mediante la 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 consumo³. Igualmente, entre otros muchos ejemplos posibles, el desarrollo de los deberes precontractuales de información o la extensión imparable del derecho de desistimiento se deben al influjo del derecho de la Unión Europea construido en base al método comparatista.

Así pues, puede afirmarse que el Derecho comparado que se cultiva tanto en determinadas instituciones internacionales (UNIDROIT y UNCITRAL, señaladamente) como en los propios órganos legislativos nacionales y supranacionales, es un instrumento esencial para el avance, actualización y unificación del Derecho civil, y por ello el estudio de la interacción entre ambas disciplinas se antoja como algo esencial para la investigación jurídica iusprivatista, especialmente en el ámbito del moderno Derecho de contratos, en el que centraremos toda nuestra atención a lo largo del presente estudio habida cuenta de que se trata del sector en el que mayor éxito ha experimentado, hasta el momento, el proceso de armonización y modernización jurídica. No obstante, previamente llevaremos a cabo una breve introducción sobre el concepto de «Derecho comparado», por cuanto es la base en torno a la que se construye el nuevo Derecho de la contratación que expondremos a continuación.

² Nos referimos, con el empleo de este vocablo, a la teoría de la circulación de las normas y del trasplante de reglas jurídicas formulada por WATSON (1993). No obstante, las ideas de esta autor han sido objeto de serias críticas, algunas especialmente aceradas: «I disagree with Watson's views which I regard as providing a most impoverished explanation of interactions across legal systems», LEGRAND (1997), p. 113; «Watson's theoretical argument [...] is flawed and his empirical evidence is unconvincing», ALLISON, (1996), p. 14.

³ *Vid., infra*, 5.3. *El concepto de «falta de conformidad» en la Directiva 1999/44/CE.*

2. BREVE INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

2.1 CONCEPTO

A efectos puramente introductorios, resulta conveniente realizar alguna consideración en torno al concepto de Derecho comparado, especialmente porque se trata de una rama del Derecho relativamente nueva⁴, al menos si la contraponemos con el bimilenario Derecho Civil. Pues bien, puede decirse que el Derecho comparado es una disciplina jurídica que combina tres elementos que sirven para estructurar su contenido más básico: Derecho, comparación e internacionalidad.

a) El primer elemento es el Derecho, entendido como el ordenamiento jurídico que rige en un determinado lugar y con independencia de cuál sea su concreto objeto de regulación. De acuerdo con lo dicho, podríamos entender que el Derecho comparado alcanza a cualquier disciplina académica, pudiéndose en consecuencia hablar de Derecho comparado fiscal, administrativo, laboral, etc. No obstante, los comparatistas coinciden en que el Derecho comparado debe centrarse fundamentalmente en el Derecho privado, por el hecho de que éste siempre se ha concebido como un conjunto de reglas de honda raigambre histórica, racionales y desprovistas de las fuertes consideraciones políticas y de *imperium* que afectan a otras normas del ordenamiento jurídico (sobre todo

⁴ Puede decirse que su nacimiento formal –esto es, académico– no se produjo hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX, coincidiendo con una época en la que el incremento de los contactos comerciales y económicos puso de manifiesto un creciente interés por el conocimiento de los ordenamientos jurídicos distintos al propio. Hay dos hitos que podemos considerar como esenciales en el proceso de alumbramiento del Derecho Comparado: la fundación en 1869 de la *Société de législation comparée* y su *Revue Internationale de Droit Comparé*, que persiste hasta nuestros días, y la celebración en el año 1900 en la ciudad de París (coincidiendo con la Exposición Mundial) del Congreso Internacional de Derecho Comparado, bajo la batuta de Édouard LAMBERT y Raymond SALEILLES. Estos dos nombres son capitales para la construcción del Derecho comparado como disciplina autónoma, encaminada a erigir un *droit commun législatif*. También debe destacarse la creación en el año 1894 de la *Society of Comparative Legislation*, con su revista *International and Comparative Law Quarterly*, así como la constitución en la *London University* de la *Quain Professorship of Comparative Law* sobre legislación comparada en 1894. Sobre estas cuestiones, *vid.*, con detalle, ZWEIGERT, KÖTZ (2011) pp. 48 y ss. A pesar de lo dicho, se han publicado algunos estudios que, de forma algo forzada o impostada (en nuestra opinión), han encontrado trazos del Derecho comparado en el Mundo Antiguo y en los pensadores franceses del siglo XVI, DONAHUE, (2007), pp. 4 y ss. Hay que tener en cuenta que es presupuesto de la aparición del Derecho comparado la existencia de distintos ordenamientos jurídicos, y eso no se produce, en un sentido estricto, hasta el momento de la codificación. Antes había un *ius commune*, de origen romano, que se aplicaba –con matices, como es sabido– en todo el continente europeo, y tal y como indicara IHERING, «Roma representa el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades», IHERING (1998), p. 1.

público), prestándose en consecuencia mucho mejor a cualquier análisis científico-comparativo⁵.

Conviene también aclarar que entre los comparatistas existe un cierto consenso en la actualidad en torno al hecho de que el Derecho se compone no sólo por las leyes y normas *stricto sensu*, sino, en palabras de Rodolfo SACCO, de todos los «formantes operacionales» que coadyuvan a la formación de la regla jurídica⁶. Resulta obvio que la reducción del Derecho a la pura norma recogida en la ley daría lugar a una comprensión inacabada y defectuosa del ordenamiento jurídico. Por ello, el autor citado afirma que, en vez de hablar únicamente de la «norma legal» de un determinado país, deberíamos referirnos a las reglas recogidas en las constituciones, a las normas de origen legal, a las reglas moldeadas por los tribunales e incluso a la academia que formula la doctrina jurídica finalmente aplicable⁷. Pongamos un sencillo ejemplo: la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales –convertida en *trending topic* jurídico en tiempos de pandemia– ha sido una cuestión que, durante mucho tiempo, fue resuelta caso a caso y en base a la jurisprudencia⁸, ya que los Códigos civiles decimonónicos optaron por no regular esta cuestión. Es más, aunque esta situación ha cambiado de forma notable en el Derecho comparado en los últimos tiempos⁹, nuestro país sigue sin contar con una regulación general de la figura de la *rebus sic stantibus*¹⁰, al igual que ocurre,

⁵ *Vid.*, en este sentido, MICHAELS (2012), p. 298.

⁶ La teoría de los formantes fue formulada por Rodolfo SACCO en su célebre *Introduzione al diritto comparato*, que vio por primera vez la luz en el año 1972 (en este trabajo he manejado la edición publicada en el año 2002 por la editorial UTET, de Torino). Junto a los formantes operacionales el profesor SACCO hacía referencia a los «formantes conceptuales», expresión comprensiva de los distintos esquemas mentales y racionales que son empleados en cada caso para comprender una regla concreta.

⁷ SACCO (1991), p. 21.

⁸ La STS de 18 julio 2019 (Roj: STS 2831/2019) resume la doctrina aplicable en España (derivada de la jurisprudencia que siguió y matizó a la importante sentencia del Pleno de la Sala Primera de 17 enero 2013). Recientemente, la STS de 6 marzo 2020 (Roj: STS 791/2020) ha confirmado que el ámbito de aplicación objetivo natural de esta doctrina se reduce a los contratos de tracto sucesivo y de larga duración.

⁹ Así, aunque en el primer proyecto del BGB se contemplaba esta figura, acabó excluyéndose por temor a que la seguridad jurídica y la certidumbre que exigen los contratos pudiera alterarse. No obstante, finalmente se ha reconocido expresamente en el párrafo 313.1 BGB (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Igualmente, el *Codice civile* italiano de 1942 introdujo la «Eccessiva onerosità sopravvenuta» en el artículo 1467. Finalmente, el *Code civil* francés ha recogido la posibilidad de revisar los contratos por imprevisión en el nuevo artículo 1195, introducido por la *Ordonnance n° 2016131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

¹⁰ Salvando las concretas disposiciones normativas que se han adoptado a raíz de la crisis provocada por la COVID-19, como las moratorias en el pago de los préstamos hipotecarios (arts. 7 a 16 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). En cualquier caso, el debate está servido, habiéndose presentado incluso alguna iniciativa parlamentaria para incluir en el Código civil esta figura, *vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ (2020) p. 149.

entre otros, en ciertos ordenamientos jurídicos del *common law*¹¹. Por lo tanto, si un comparatista se aproximara al Derecho español única y exclusivamente a través del Código civil, podría llegar a la errónea conclusión de que en España no se reconoce ninguna eficacia a la alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias que dieron lugar a la celebración de un contrato cuando, como sabemos, esto no es así¹². Por todo ello, es imprescindible tomar en consideración todos los «formantes operacionales» que constituyen las reglas jurídicas a comparar.

b) Por otro lado, la comparación es la técnica empleada por esta disciplina¹³, que fija su atención en el análisis y cotejo de distintos fenómenos jurídicos con el objeto inicial de adquirir un mejor conocimiento del Derecho¹⁴. Por ello, tal y como señala Ajani, «Derecho comparado» es una expresión sinónima de «comparación jurídica», e indica una actividad cognitiva, un modo de observar y de representar el fenómeno jurídico¹⁵.

c) Finalmente, la internacionalidad es presupuesto del Derecho comparado, ya que el objeto de la comparación es precisamente el Derecho que proviene de los distintos países y regiones del mundo¹⁶.

Teniendo en cuenta la combinación de estos tres elementos, pueden formularse distintas definiciones sobre qué es el Derecho comparado. Así, los grandes comparatistas Zweigert y Kötz consideran que es una disciplina dedicada a la comparación de los diferentes sistemas jurídicos existentes en el mundo¹⁷. Consuelo Sirvent Gutiérrez descende algo más en la delimitación de la materia y sostiene que «el derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado»¹⁸. Y en parecido sentido, aunque delineando aún más el contenido de la

¹¹ Con relación a la figura del *hardship* en el derecho inglés, *vid.*, CARTWRIGHT (2019) pp. 355 y ss; SÁNCHEZ LORENZO (2013), pp. 190 y ss.

¹² Respecto a esta cuestión en el Derecho español, *vid.*, ORDUÑA MORENO, MARTÍNEZ VELENCOSO (2013).

¹³ No debe olvidarse que prácticamente todas las disciplinas científicas (antropología, economía, lingüística, química, medicina, etc.) utilizan la comparación, AJANI (2010), p. 19.

¹⁴ Tesis de Trento I. Las Tesis de Trento son un manifiesto académico sobre el Derecho comparado suscrito en el año 1987 por un conjunto de profesores preocupados por el desarrollo de esta disciplina. *Id.*, GAMBARO, MONATERI, SACCO (1988), pp. 48 y ss.

¹⁵ AJANI (2010), p. 21.

¹⁶ Por eso se afirma que «un adecuado conocimiento del derecho extranjero es el prerrequisito indispensable de cualquier comparación jurídica», MICHAELS (2012), p. 297.

¹⁷ ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

¹⁸ SIRVENT GUTIÉRREZ (2005).

disciplina, BODGAN afirma que esta disciplina incluye «the comparison of general features or detailed provisions of different legal systems with the purpose of ascertaining their similarities and differences»¹⁹.

Así, puede deducirse de todas estas definiciones que el Derecho comparado se ocupa de la confrontación de los sistemas jurídicos (macro-comparación²⁰) o de determinadas instituciones y figuras jurídicas que abordan problemas concretos (micro-comparación²¹) con el objeto principal de descubrir sus similitudes y diferencias. Este último elemento –la comparación crítica de las semejanzas y distinciones– es esencial para distinguir el *Derecho comparado científico o teórico* del *Derecho comparado descriptivo*, carente de todo proceso reflexivo y, por lo tanto, difícilmente catalogable como ciencia jurídica²².

En cualquier caso, merece la pena destacar que un grupo de autores, encabezados, entre otros, por Somma, han puesto el acento en la dimensión del Derecho comparado como «instrumento crítico del Derecho»²³, por cuanto «lleva al comparatista a asumir una pluralidad de puntos de vista, a cuestionar por tanto certezas adquiridas, a poner en duda lo que otros consideran verdades indiscutibles»²⁴. Desde esta visión, se quiere destacar lo que se ha venido a denominar como el carácter «subversivo»²⁵ y hasta un cierto punto revolucionario del Derecho comparado, entendido como instrumento de lucha contra el positivismo jurídico clásico que se ha venido imponiendo en las fronteras de cada Estado nacional, y que identifica al Derecho de manera ortodoxa con el conjunto de normas creadas por el poder legislativo (positivismo legislati-

¹⁹ BODGAN (2013), pp. 5 y 6.

²⁰ Se trata de la comparación del estilo de los sistemas legales, de las fuentes, de los procedimientos, de los métodos de reflexión. Por ejemplo, entrarían bajo la égida de este concepto la organización judicial, el valor de la costumbre y la jurisprudencia, la tarea de los jueces y abogados, de la doctrina, la forma de practicar las pruebas, etc. SACCO, (1992), p. 75.

²¹ No obstante, se ha señalado con buen criterio que la línea divisoria entre ambas categorías es muy flexible, ya que normalmente la microcomparación presupone o exige un conocimiento de la macrocomparación, pues ésta otorga numerosas claves esenciales para la correcta resolución de los conflictos. Por ejemplo, no puede conocerse cómo se resuelve en los Estados Unidos de América un problema de Derecho de daños sin conocer su sistema judicial, la organización y funcionamiento de la abogacía, las fuentes del Derecho, el rol de los seguros, etc. ZWEIGERT/KÖTZ (2011) p. 5.

²² El Derecho comparado descriptivo no dejaría de ser un mero estudio del Derecho legislado que emana de los parlamentos extranjeros y que, aun pudiendo resultar útil, carece del empaque científico suficiente y necesario que le otorga la comparación con otros sistemas.

²³ El gran comparatista alemán Ernst RABEL también concebía al Derecho comparado como método crítico de la ciencia del Derecho, citado en, ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 36.

²⁴ SOMMA (2015), p. 19.

²⁵ MUIR WATT (2000) pp. 503 ss.; igualmente, FLETCHER (1998), pp. 683 y ss.

vo francés) o directamente por el espíritu del pueblo (*Volksgeist*) revelado a través de los juristas (positivismo científico alemán)²⁶. En palabras del autor recién citado, «el iuspositivismo conduce a una imagen tan falsa y banalizada del derecho estudiado que la creencia en que produce buenos resultados, tal y como aún se mantiene en el estudio de los derechos nacionales, es equiparada con una fe mitológica»²⁷. Y ello, continúa el autor, porque el positivismo, con su corolario del principio de la unicidad de la regla de derecho (vinculado al mito de la completud y coherencia del ordenamiento jurídico) conduce al punto de vista interno sobre el derecho, a su observación como una variable independiente del contexto en el que es producido y aplicado, en tanto que el jurista es un mero técnico encargado de individualizar un sentido apriorístico de los textos (tesis normativista)²⁸. Como conclusión, entiende que el comparatista debe analizar el derecho desde un punto de vista externo, centrando su atención no sólo en el derecho producido por todos los operadores que de algún modo se miden con las palabras del legislador y que, por tanto, producen las normas jurídicas (se refiere Somma a la jurisprudencia y a la doctrina), sino también en el «conjunto de normas sociales, normas no jurídicas desde un punto de vista interno pero que pueden ser incluidas, de todos modos, en el elenco de preceptos que condicionan el comportamiento del individuo y su ubicación en las múltiples comunidades de las que es parte: preceptos que, desde un punto de vista externo sobre el derecho, son plenamente jurídicos»²⁹. De este modo, el objeto de la comparación, más que el ordenamiento jurídico, es la «tradición jurídica» (expresión típica del *common law*) y la «experiencia jurídica»³⁰ en su sentido más amplio.

Bajo nuestro punto de vista, más que ante una noción o visión concreta del Derecho comparado, estamos ante una reformulación crítica del Derecho –así como de la tarea hermenéutica y de la labor de los juristas en la sociedad– que se lleva a cabo a través del comparatista y mediante la técnica de la comparación jurídica, y que quiere abatir cualquier signo de pensamiento iuspositivista dando paso a una visión flexible del Derecho que integre complejos elementos sociológicos, culturales y antropológicos. Y en reali-

²⁶ SOMMA (2017), p. 4.

²⁷ SOMMA, *ult. op. cit.*, p. 19.

²⁸ SOMMA, *ult. op. cit.*, p. 23, 33 y 34. El autor considera que la actividad del intérprete es «calificada como meramente cognoscitiva y su saber expulsado del campo de la reflexión crítica y, por tanto, intelectual».

²⁹ SOMMA, *ult. op. cit.*, p. 30. En el fondo, el autor se refiere a lo que SACCO identifica con el nombre de «criptotipos», esto es, formantes del Derecho de carácter implícito que no se enuncian y que pertenecen a la mentalidad y a la cultura de los pueblos.

³⁰ SOMMA, *ult. op. cit.*, p. 39.

dad, este planteamiento nos retrotrae hasta cierto punto al *realismo jurídico* de Karl N. Llewellyn y Jerome N. Frank, a la *jurisprudencia sociológica* de Roscoe Pound, y en general a una interpretación postmoderna del Derecho, centrada en la emancipación del individuo frente al Estado, en la propugnación y defensa de la diversidad, en el fin del monopolio estatal de la creación jurídica y en la crítica a la propia noción de universalidad con su correspondiente reconocimiento de la diversidad multicultural³¹. Todo ello, como veremos en el epígrafe 2.3, se traduce en una aproximación metodológica «neorromántica» que conduce al rechazo frontal del propio ideal del Derecho comparado como instrumento de modernización y unificación del Derecho. En definitiva, el Derecho comparado se centraría e identificaría fundamentalmente con el desarrollo de una Teoría general del Derecho³².

2.2 LAS FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO: ENUMERACIÓN

Es muy habitual en la manualística al uso que los comparatistas comiencen su exposición sobre el Derecho comparado enumerando cuáles son sus funciones principales. Y en este sentido, se destaca su valor paradigmático como único mecanismo capaz de crear una ciencia jurídica en el sentido estricto de la palabra. Lo explican en términos muy sencillos Zweigert y Kötz: «ningún estudio merece el nombre de *científico* cuando se limita a fenómenos que ocurren dentro de sus fronteras nacionales». Esto es, lo que los autores denominan como «narcisismo legal» (fenómeno que identifican con el proceso codificador del siglo XIX), acabó ensimismando a los juristas en sus propios ordenamientos jurídicos nacionales, provocando una estrechez de miras centrada en lo exclusivamente local y, por ende, contraria a la propia idea del conocimiento y la ciencia³³. Uno de los príncipes más destacados del Derecho, Rudolph Von Ihering, tras constatar que las fronteras políticas son las fronteras del arte jurídico, afirmaba: «¡Forma desconsoladora e indigna de una verdadera ciencia!». No obstante, creía que del mismo Derecho dependía franquear esos límites, «transformándose en jurisprudencia comparada»³⁴. En definitiva, si una de las

³¹ «La convivencia multicultural exige refrenar el poder unificador y disciplinante del Estado, que en el ámbito de lo privado vendría representado por el modelo de ciudadano universal emanado del Código napoleónico», SÁNCHEZ LORENZO (2010), p. 7.

³² Se trata de una de los temas que aborda el Derecho comparado contemporáneo, MICHAELS (2012), p. 297.

³³ *Vid.*, ZWEIFERT/KÖTZ, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

³⁴ IHERING (1998), p. 12.

características de la ciencia es su vocación de universalidad, sólo a través del Derecho comparado podrán adquirir los estudios jurídicos el estatus de ciencia propiamente dicha. Tal y como indica Sacco, «the primary and essential aim of comparative law as a science, then, is better knowledge of legal rules and institutions»³⁵.

Junto a esta función, se afirma su condición de instrumento formativo-educativo del jurista, que adquiere de esa forma una cosmovisión más completa de la realidad del Derecho y de los pueblos³⁶, lo cual, a su vez, le permite comprender mucho mejor su propio ordenamiento jurídico³⁷. De esta forma, el conocimiento por sí mismo se convierte en función esencial del Derecho comparado («fin cognoscitivo»). Puede decirse que conocer los avatares de la codificación civil francesa y su resultado no es sólo un ejercicio de estudio recomendable desde el punto de vista estrictamente cognoscitivo y formativo, sino imprescindible para la comprensión de muchas de las normas jurídicas de nuestro Código civil. Y por ello, los comparatistas insisten y claman por que el Derecho comparado se incluya en los planes de estudio de las distintas facultades de Derecho³⁸.

Ahora bien, junto a estas funciones puramente académicas, los comparatistas se encargan de poner de manifiesto que el Derecho comparado no es una disciplina meramente científica, creada para colmar el simple deseo de conocer lo ajeno (conocimiento técnico puro) y mejorar la formación general del jurista, sino que además posee una utilidad tangible, práctica e instrumental. Efectivamente, se dice que el Derecho comparado es esencial en dos ámbitos: unificación y armonización del Derecho, por un lado, y, por otro lado, modernización de los ordenamientos jurídicos nacionales³⁹. Por lo tanto, su utilidad radica en que es un instrumento básico para alcanzar cierta universalidad del Derecho (una de las aspiraciones del mundo globalizado) y, a su vez, en que el ejercicio de la comparación jurídica es imprescindible para conseguir mejorar y modernizar los Derechos nacionales mediante la búsqueda e identificación de modelos que ofrezcan soluciones útiles a problemas comparti-

³⁵ SACCO, (1991) p. 4.

³⁶ «It increases his knowledge and understanding of the culture and way of life of other peoples, makes possible meaningful communication with foreign colleagues, is an interesting and useful in tellectual exercise, stimulates knowledge and use of foreign languages, and as a result of all this contributes to an increased understanding between people in general», BODGAN (2013), p. 15.

³⁷ *Vid.*, PETERS, SCHWENKE (2000), pp. 830 y ss.

³⁸ FAUVARQUE-COSSON (2002), pp. 293-309.

³⁹ También se emplea cada vez más por parte de los Jueces y Tribunales como criterio que ayuda a interpretar las normas nacionales, ZWEIGERT/KÖTZ (2011), pp. 18 y ss.

dos (école de vérité)⁴⁰. A lo largo del presente estudio analizaremos con detalle esta función instrumental del Derecho comparado como elemento imprescindible para alcanzar la unificación y armonización del Derecho⁴¹.

3. LA METODOLOGÍA COMPARATISTA

Los juristas que han consagrado sus esfuerzos a cultivar el Derecho comparado suelen prestar cierta atención a la cuestión de la metodología empleada a la hora de realizar sus investigaciones⁴². No es nuestra intención la de profundizar en el método del Derecho comparado (ya que parece algo excesivo para un trabajo como éste), pero sí quisiera exponer, por su importancia práctica, los dos grandes métodos que la doctrina jurídica coincide en establecer como básicos y, en cierto punto, antagónicos⁴³: la comparación funcional y la comparación cultural.

Debemos a la excelsa obra de Zweigert y Kötz la aportación del método funcionalista como característica operativa del Derecho comparado⁴⁴. Los autores parten del principio de la *praesumptio similitudinis*, que implica que «el sistema jurídico de toda sociedad enfrenta esencialmente los mismos problemas, los resuelve por medios diferentes entre sí, y, a pesar de todo, obtiene resultados similares»⁴⁵. Esta presunción de similitud conduce a un segundo axioma: el jurista ha de comparar cosas que cumplan una misma

⁴⁰ Según ZITELMANN, el Derecho comparado puede concebirse como una «école de vérité» que intensifica y enriquece la oferta de soluciones, citado por ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 15.

⁴¹ Dejaremos para otro trabajo, por cuestiones de espacio, el análisis de la función del Derecho comparado como instrumento para la modernización y actualización de los ordenamientos jurídicos nacionales.

⁴² Por mucho que, como afirmara Gustav RADBRUCH, «las ciencias que tienen que ocuparse de su propia metodología son ciencias enfermas», *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1969, 12.ª ed, p. 253 [citado por ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 33].

⁴³ Así, MICHAELS (2012) pp. 297 y 298.

⁴⁴ ZWEIGERT/KÖTZ (2011), pp. 36 y ss. No obstante, el antecedente de esta doctrina se encuentra en una obra del propio Konrad ZWEIGERT, anterior a la primera edición de 1971 del *Einführung in die Rechtsvergleichung*, titulado «Méthodologie du droit comparé» y publicado en *Mélanges Maury I* (1960), pp. 579-596; en alemán, «Zur Methode der Rechtsvergleichung», (1960) 13 *Studium Generale – Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildung und Forschungsmethoden*, pp. 193 a 200. Incluso, se afirma que el primero en mencionar la aplicabilidad del principio funcionalista fue el propio Ernst RABEL, «Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung», *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht*, n.º 13, 1924, p. 282. Todos estos datos los he obtenido del excelente trabajo de MICHAELS (2008), p. 362.

⁴⁵ En similares términos, se ha dicho que: «The significant achievements of comparative legal research during the XIXth century showed that different legal systems tend to provide common solutions to common problems, despite the multiplicity of cultures, languages, legislations, styles and taxonomies, to which lawyers make recourse in reaching particular outcomes», ANTONIOLLI/FIORENTINI (2010), p. 1.

función (funcionalidad), buscando en el sistema extranjero principios que guardan una *equivalencia funcional* con las reglas que interesan del propio Derecho⁴⁶. Por lo tanto, debe *actuar en términos puramente funcionales*, definiendo los problemas, los intereses en juego, pero evitando hacer referencia a los conceptos técnicos específicos contenidos en el propio sistema jurídico o a las construcciones dogmáticas elaboradas por la doctrina nacional⁴⁷. Ralf Michaels ofrece un ejemplo muy ilustrativo: la institución de la *consideration*, típica del *common law*, puede compararse con los requisitos formales de la contratación del Derecho alemán, ya que ambos cumplen una misma función, a saber, actuar como mecanismos de protección frente a la conclusión acelerada de los contratos, así como servir de prueba o indicio de la seriedad de la promesa contractual realizada⁴⁸.

No obstante, el método de la *praesumptio similitudinis* cuenta con detractores muy relevantes, como Pierre Legrand, el cual llega a tacharlo de «unscientific», puesto que, en su opinión, el buen comparatista debe buscar y fijarse en las diferencias más que en las coincidencias⁴⁹. Además, se entiende que tal doctrina parte de una petición de principio al considerar de forma apriorística que existe una coincidencia entre los distintos ordenamientos jurídicos del mundo, algo que, como mínimo, habría que probar. Finalmente, también se ha dicho que la expansión de este método responde a una clara intención de corte político, consistente en intentar aproximar el Derecho de los diferentes Estados a través de los movimientos unificadores y armonizadores que se registran en el mundo⁵⁰. Por todas estas razones, se plantean otras alternativas metodológicas que pasamos a exponer brevemente.

El método comparativo cultural –también conocido como «cultural comparison» o «comparative legal cultures»⁵¹– centra su atención en el concepto de «cultura jurídica», esto es, en la comprensión de el Derecho nacional como un producto cultural de una sociedad determinada⁵². Tal y como señala el profesor John Bell, el

⁴⁶ «[...] function serves as yardstick for comparison, as tertium comparationis. Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfill similar functions in different legal systems», MICHAELS (2008), p. 342.

⁴⁷ *Vid.*, ZWEIGERT/KÖTZ, (2011), pp. 34 y ss.

⁴⁸ Así, MICHAELS (2012), p. 298.

⁴⁹ LEGRAND (2002), pp. 61 a 76.

⁵⁰ *Vid.*, GESSNER (1995) p. 50.

⁵¹ Uno de sus mayores exponentes es el profesor Pierre LEGRAND, el cual, no en vano, ocupa desde 1994 la Cátedra «Comparative Legal Cultures» en la Universidad de Tilburg. *Vid.*, sobre esta metodología, LEGRAND, (1995), pp. 262 a 273. Igualmente, COTTERREL (2012), pp. 710 y ss.

⁵² En palabras del professor Ole LANDO (2000), p. 358: «Some consider the national law to be part of the nation's cultural heritage. It reflects the spirit of the people. The law of

concepto de cultura jurídica implica «a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts»⁵³.

Por lo tanto, se propone una visión del Derecho –influenciada por cierto postmodernismo trufado de antropología cultural⁵⁴ y sociología– que supere los estrechos confines del ordenamiento jurídico positivizado⁵⁵ e incluya su dimensión como elemento cultural de los pueblos («legal culture»)⁵⁶. Bajo este punto de vista, el Derecho no es sólo la ley, sino el estilo del legislador, el lenguaje empleado por los jueces en sus sentencias, la visión y valores populares, los conceptos e instituciones nacionales, la forma en la que los abogados y otros operadores jurídicos trabajan con el Derecho⁵⁷, etc. En definitiva, incluye toda la práctica social (*social practice*) del sistema jurídico como *totum*. Y esta dirección metodológica aboca de manera irremediable a las siguientes conclusiones:

1) Cada regla opera en su propio entorno y contexto, por lo que acaban siendo diferentes (sistemas cerrados)⁵⁸. Suficientemente ilustrativas de este pensamiento son las palabras de Cornu: «La loi des Français se pense et s'écrit en français. Le code civil français forme un tout. C'est notre coutume générale»⁵⁹.

2) Las diferencias jurídico-culturales, como expresión de una tradición histórica, deben respetarse en todo caso (soberanía cultural)⁶⁰. En este sentido, uno de los más conspicuos seguidores

a nation is based on its entire past. The law must develop, but a people should not cut off its historical roots. They are innate in the people». Con relación al concepto de «cultura legal», *vid.*, COTTERRELL (1997), pp. 13 a 31.

⁵³ BELL (1995), pp. 19 a 31.

⁵⁴ Así, HOFSTEDE (1991).

⁵⁵ Existe, en el Derecho Internacional Público, una expresión interesante de este respeto a la cultura nacional: la excepción de «diversidad cultural» en las reglas de la Organización Mundial de Comercio, como mecanismo de protección frente a obligación que tienen los Estados de liberalizar el mercado. «Gracias a la «excepción cultural», se han podido mantener políticas activas de promoción y protección de la lengua y la cultura locales, desde lógicas no mercantiles». Son palabras de TORRENT (2002), p. 19.

⁵⁶ «According to a widespread understanding, legal culture represents that cultural background of law which creates the law and which is necessary to give meaning to it», R. MICHAELS (2012), p. 1059. No obstante, se ha dicho que el concepto de «legal culture» no llegó a emerger hasta el momento en el que el debate sobre la europeización del Derecho privado comenzó, denunciándose de esa manera su carácter oportunista y, habría que decir, hasta un cierto punto impostado, HESSELINK, (2012), p. 345. Así, se afirma que el proyecto europeo «porterait atteinte au pluralisme culturel de l'Europe et des nations qui la composent», MALLAURIE (2002), p. 285.

⁵⁷ HOECKE, WARRINGTON (1998), p. 495.

⁵⁸ LEGRAND (2006), p. 38.

⁵⁹ CORNU (2002), p. 351.

⁶⁰ *Vid.*, COLLINS (1995), pp. 353 y ss. En nuestro Derecho se pronuncia a favor del «valor de la identidad cultural», SÁNCHEZ LORENZO (2002), pp. 225 y 226. (*vid.*, especialmente, el numeroso elenco de autores que comparten esta posición, en la nota a pie de página n.º 70 de su trabajo).

de esta doctrina es Pierre Legrand, el cual realiza un canto a favor del pluralismo jurídico por cuanto cada sistema jurídico es expresión de la cultura y la historia de un país, y como tal ha de conservarse⁶¹.

3) Se cierran las puertas a cualquier intento de unificación-armonización⁶² e, incluso, de evaluación comparativa entre los distintos ordenamientos jurídicos como presupuesto de la circulación y trasplante de normas⁶³.

Bajo nuestro punto de vista, este planteamiento metodológico es aporético y parte de una premisa equivocada: la posibilidad de distinguir y separar nítidamente las distintas culturas jurídicas de carácter nacional⁶⁴. Creo que esto es tremendamente falso, casi onírico, prácticamente en cualquier manifestación cultural (música, literatura, arquitectura, pintura, etc.), pero muy especialmente en la jurídica, sometida desde sus inicios (o sea, desde el Derecho romano⁶⁵) a un proceso de interacción, integración e intercambios difícilmente rechazable⁶⁶, más aún si hablamos del Derecho de obligaciones y contratos. Por supuesto, sería igualmente absurdo negar que existen manifestaciones culturales jurídicas concretas y específicas en muchos países del mundo (*estoppel*, *Nachfrist*, etc.), pero ello no quiere decir que sean la regla general, ni, lo que es más importante, que no encuentren en otros lugares expresiones más o menos similares bajo distintos hábitos⁶⁷. A mayor abundamiento, negar a estas alturas la posibilidad de unificar y armonizar el Derecho contractual privado, como consecuencia de las insalvables diferencias culturales, es tanto como apuntarse a las tesis terraplanistas: o se realiza una «lectura alternativa» de los hechos (*alternativa facts*), o simplemente se falta a la verdad. Hasta tal punto esto es cierto que, como señala Hesselink, al contrario de lo que ocurría

⁶¹ «My presentation is assuredly too schematic to do justice to the richness of the available materials and the complexity of the stories they tell. But it should show the reader how a pursuit of the trajectory of epistemological explication can contribute to a better understanding of the culture of English common law and to a deeper appreciation of its irreducible difference from Continental legal cultures», LEGRAND (1996), pp. 52 y ss.

⁶² «l'unitarisme communautaire serait une entreprise réductrice, récessive et pour tout dire totalitaire, l'obsession fusionniste une aberration culturelle», CORNU (2002), p. 351.

⁶³ WATSON (1993).

⁶⁴ En este sentido, se ha dicho que «este enfoque tiene, además, un punto débil que se concreta en la presunción de que es posible distinguir entre cultura doméstica y cultura extranjera», AJANI (2010), p. 66.

⁶⁵ *Vid.*, con detalle, ZIMMERMANN (2011), pp. 27 a 53.

⁶⁶ «Une culture se construit justement en grande partie par la digestion et l'importation des concepts d'ailleurs», SEFTON-GREEN (2002), p. 92.

⁶⁷ «When the comparative study of law does contribute to achieving this uniformity, one of the principal instruments by which it does so is by showing that certain differences among legal systems are merely apparent», SACCO (1991) p. 4.

en el momento de nacimiento y constitución de los nacionalismos originales en el siglo XIX, «today national private law is indeed the default situation»⁶⁸.

No obstante, también es cierto que muchas veces las diferencias se exageran, y se plantea en términos excesivamente maniqueos la confrontación entre las dos aproximaciones metodológicas, hasta el punto de parecer mundos completamente alejados entre sí. Sin embargo, una de las voces más autorizadas en metodología comparada, Ralf Michaels, ha señalado con buen criterio que, en realidad, las discrepancias son menores de lo que a simple vista parece, por las siguientes razones⁶⁹:

i) Ambas metodologías rechazan que el objeto de la comparación sea la fría letra de la ley (*black letter law*), apostando claramente por la búsqueda del papel general del Derecho en la sociedad, lo que exige conocer sus antecedentes culturales, el contexto histórico en el que se desarrolla, la lengua en la que se ha redactado, etc.

ii) Igualmente, las dos aproximaciones aceptan que existen diferencias entre los distintos sistemas, ya que, no en vano, el paradigma de la presunción de similitud parte del reconocimiento de que en los distintos países del mundo los problemas se resuelven de forma similar, si bien la vía para alcanzar dicha solución suele ser diferente.

Por todo ello, frente al debate excluyente funcionalismo-culturalismo, se han ofrecido otras alternativas, como el llamado «pluralismo metodológico»⁷⁰, que en el fondo otorga al comparatista la facultad de escoger libremente entre ambas aproximaciones, o el «legal paradigms», una doctrina que pretende ser un *tertius genus* que combine elementos de las dos metodologías estudiadas⁷¹. Igualmente, el profesor Rodolfo Sacco impulsó el «método estructuralista», según el cual los ordenamientos jurídicos nacionales cuentan con una suerte de estructura continuada y constante que no queda afectada por los cambios políticos que se suceden en su devenir histórico⁷². No obstante, en nuestra opinión la metodología

⁶⁸ HESSELINK, (2012), p. 345.

⁶⁹ MICHAELS (2012), p. 298.

⁷⁰ HUSA (2003), pp. 419 a 447.

⁷¹ HOECKE/WARRINGTON (1998), pp. 495 a 535.

⁷² SACCO (1991), p. 12. Esta tesis parte de ciertos estudios de lingüística –DE SAUSSURE y CHOMSKY– que sostienen que el menor cuenta con un sistema innato, una estructura preliminar, que le permite aprender el lenguaje materno con facilidad: «en particular, de la lingüística que considera la comparación como “el instrumento más potente del cual se dispone para poner a la luz regularidades estructurales que de otro modo pasarían inadvertidas”», SOMMA (2017), pp. 7 y 8.

funcionalista sigue siendo la más apropiada desde un punto de vista técnico-jurídico, amén de que es la que mejor se adapta a la realidad de los procesos de armonización y unificación jurídica que tienen lugar en el mundo actual. Precisamente esta cuestión es la que pasaremos a analizar con detalle a continuación.

3. ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

3.1 EL DERECHO UNIFORME

3.1.1 Concepto

El fenómeno del Derecho Uniforme⁷³ no es tan novedoso como a primera vista pudiera parecer⁷⁴. Aunque es en tiempos más recientes cuando el uso de este término se extiende y hace común, los primeros textos aparecieron a finales del siglo XIX y se centran, de forma muy significativa, en el transporte internacional de bienes⁷⁵ así como en la unificación del derecho de la propiedad intelectual⁷⁶, por entenderse que la protección de los derechos y creaciones exclusivas de los autores era un elemento fundamental para el correcto funcionamiento del mercado de los intercambios comerciales. Eran, señala Bonell, tiempos en los que la ideología iluminista y cosmopolita, basada en una fe ciega en el progreso de la humanidad (*belle époque*), inspiraba el proceso de unificación global (*Weltprivatrecht*, en palabras de Zitelman)⁷⁷.

Posteriormente, las Guerras Mundiales, así como la nueva configuración político-económica del mundo que siguió a aquéllas (especialmente, con la aparición de un bloque socialista y la pérdida de poder e influencia de Europa), acabaron momentáneamente con el sueño de ese Derecho universal, hasta que los trabajos fueron retomados con bastante éxito por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL). Gracias a este organismo vieron la luz numerosos textos normati-

⁷³ Sobre esta cuestión, *vid.*, con detalle, ILLESCAS ORTIZ (1993) pp. 37 a 91.

⁷⁴ *Vid.*, en la doctrina civilista, uno de los primeros trabajos, CASTÁN TOBEÑAS (1959).

⁷⁵ Así, Convención de Berna sobre transporte internacional de mercaderías por ferrocarril (1890).

⁷⁶ Por ejemplo, la Convención de París para la tutela de la propiedad industrial (1883) o la Convención de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas (1886).

⁷⁷ *Vid.*, BONELL (1999), p. 5.

vos uniformadores en muy distintos ámbitos, como la compraventa internacional y contratos similares o afines, los instrumentos de financiación del comercio internacional, el comercio electrónico, el pago y sus garantías, los medios de solución alternativa de las controversias, el transporte internacional de mercaderías, etc.⁷⁸

Ahora bien, ¿a qué hacemos en realidad referencia cuando hablamos del «Derecho Uniforme»? Franco FERRARI destaca que se trata de «un conjunto de normas jurídicas de redacción idéntica que son vinculantes a nivel general en al menos dos jurisdicciones en las que se supone que deben interpretarse y aplicarse de la misma manera»⁷⁹. Y según palabras del conocido comparatista italiano Michael Joachim BONELL, el Derecho Uniforme es una técnica que pretende superar las diferencias existentes entre las distintas experiencias jurídicas nacionales, proponiendo una normativa común destinada a resolver las cuestiones que forman su objeto de una manera sustancialmente igual⁸⁰. A la vista de lo expuesto en estas definiciones, podemos deducir que cuatro son las características esenciales que pueden predicarse de este Derecho Uniforme:

a) En primer lugar, se compone de normas jurídicas de carácter «uniforme». La idea de uniformidad hace referencia a la «identidad sustancial» de las reglas, y presupone la existencia de un objetivo muy claro: acabar con las discrepancias y diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos del mundo para, de esa forma, proporcionar certidumbre jurídica a los operadores del mercado internacional. Tal y como establecen los profesores Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscasillas, la uniformidad persigue «establecer una regla única de validez potencialmente universal para disciplinar una correcta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha»⁸¹. En otras palabras, la norma uniforme es una singular regla jurídica de aplicación vocacionalmente universal o, al menos, regional (así ocurre en el ámbito de la Unión Europea), que desconoce las fronteras nacionales y que pretende eliminar *ab initio* los problemas que provoca la determinación del Derecho aplicable al caso concreto de acuerdo con las reglas de conflicto que proporciona el Derecho Internacional Privado.

⁷⁸ Para una información completa de todos los textos adoptados por UNCITRAL, consultar, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html (consultada en abril de 2020).

⁷⁹ FERRARI (2012), p. 1732.

⁸⁰ *Vid.*, BONELL (1999), pp. 3 y 4.

⁸¹ ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS (2003), p. 32.

b) Por otro lado, cuando hablamos de «normas jurídicas» nos referimos a normas de origen legal en un sentido jurídico más preciso. Por lo tanto, puede considerarse Derecho Uniforme un texto articulado incluido en un Tratado Internacional (por ejemplo, la *Convención de Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales*, hecha en Nueva York en 2005), las normas jurídicas de carácter inmediatamente vinculante que emanan de una organización supranacional (caso de los Reglamentos de la Unión Europea y, en ciertos casos, las Directivas⁸²) o, incluso, las Leyes Uniformes de Naciones Unidas⁸³. El primer tipo se denomina Derecho Uniforme convencional y el segundo Derecho Uniforme supranacional⁸⁴.

¿Y qué ocurre con los textos de *soft law* que, como veremos más adelante, han proliferado en la actualidad, con las recopilaciones de usos internacionales o, entre otros, con las guías jurídicas⁸⁵, las disposiciones modelo o las recomendaciones de UNCITRAL⁸⁶? Desde la doctrina jurídica más prestigiosa se ha propuesto un concepto de Derecho Uniforme mucho más extenso que incluya a estos instrumentos⁸⁷. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, estos son modelos excesivamente débiles para alcanzar la unificación, y por ello, preferimos incluirlos, a efectos sistemáticos y dog-

⁸² Se trata del conocido «efecto vertical de las directivas», que surge cuando el Estado obligado a incorporar una determinada directiva no lo ha hecho y, además, ésta reconoce derechos a los ciudadanos a través de disposiciones claras, precisas e incondicionales [en este sentido, STJCE de 4 diciembre 1974, (asunto *Van Duyn V./Home Office*, C-41/74); desde entonces son muchas las sentencias que, a modo de sanción, han reconocido la eficacia jurídica directa frente al Estado incumplidor, STJCE, 19 enero 1983 (asunto *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Inmestadt*, 8/81)]. Respecto a la llamada «eficacia horizontal», consistente en la invocación *inter privatos* de una Directiva no transpuesta, la sentencia *Faccini* considera que este tipo de efecto horizontal no se encuentra permitido [STJCE de 14 julio 1994 (asunto 91/92, del Pleno del Tribunal); STJCE de 7 marzo 1996 (asunto C-192/94, *El Corte Inglés*)]. *Vid.*, Fernández Salmerón, (1999), p. 61.

⁸³ Así: Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de junio de 1985; Ley modelo sobre Transferencias internacionales de crédito de 15 de mayo de 1985; Ley modelo sobre comercio electrónico de 1996; Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (1997); Ley modelo sobre la firma electrónica de 2001. Las Leyes Uniformes se asemejan a las Directivas, por cuanto los Estados no se encuentran inexorablemente vinculados a la literalidad de un texto normativo que deben aceptar o rechazar (*all-or-nothing principle*), estando autorizados para introducir excepciones o para incorporar en su ordenamiento tan solo aquello que consideren adecuado. Por lo tanto, hay que reconocer que se trata de un modelo o fuente de uniformización considerablemente más débil que los Tratados internacionales o los Reglamentos Europeos. Respecto a los defectos de las leyes uniformes como instrumentos de unificación, puede verse, GREGORY (2003), p. 317.

⁸⁴ *Vid.*, BONELL (1999), p. 11.

⁸⁵ Guía Jurídica de UNCITRAL sobre Operaciones de Comercio Compensatorio Internacional (1992).

⁸⁶ Por ejemplo, Recomendación de UNCITRAL sobre el Valor Jurídico de los Registros Computarizados (1985). Con relación a estas técnicas legislativas, *vid.*, OLIVENCIA RUIZ (1993), pp. 19 a 21.

⁸⁷ ILLESCAS ÓRTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 47

máticos, bajo el concepto de instrumentos de armonización. Tal y como ha señalado FERRARI, «these kinds of «laws» lack one of the prerequisites of uniform law, namely being binding on a general level⁸⁸.

c) Por otro lado, su origen es internacional, ya que, como acabamos de ver, suelen partir de convenios, tratados y acuerdos internacionales adoptados por los Estados⁸⁹. Igualmente, su ámbito de aplicación es supranacional, por cuanto se dirige habitualmente a regular situaciones de carácter transfronterizo⁹⁰, como ocurre con la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 1.1 CISG)⁹¹.

d) Su finalidad esencial es la de regular aspectos concretos del comercio internacional ya que, en palabras de GALGANO, la ausencia de certeza, «se revela como un obstáculo en las relaciones económicas»⁹². En otros términos, el Derecho Uniforme aparece como el medio más adecuado para proporcionar seguridad jurídica a los operadores comerciales, frente a otras técnicas, como el Derecho Internacional Privado⁹³ o la autorregulación de las partes⁹⁴, que se han mostrado como insuficientes.

3.1.2 Clases

Una vez delimitado en estos términos el concepto de «Derecho Uniforme», resulta conveniente señalar que existen dos grandes modelos de uniformización en función de cuál sea su objeto: Derecho Uniforme sustantivo y Derecho Uniforme conflictual. El pri-

⁸⁸ FERRARI (2012), p. 1735.

⁸⁹ Con relación al carácter internacional del Derecho Uniforme, *vid.*, ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 35.

⁹⁰ No obstante, en la doctrina jurídica también se hace referencia a la llamada «unlimited uniform substantive law», destinada a regular situaciones jurídicas de carácter estrictamente nacional. En cualquier caso, lo más habitual es que se lleven a cabo textos constitutivos de «limited uniform substantive law», esto es, dirigidos a las relaciones transfronterizas. *Vid.*, FERRARI (2012), p. 1732.

⁹¹ «La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes».

⁹² GALGANO (1999) p. 211. Igualmente, se ha dicho que el crecimiento del comercio internacional puso de manifiesto la necesidad de una «regolamentazione universalmente uniforme», BONELL (1976), pp. 4 y 5.

⁹³ Siempre se ha dicho que el recurso al Derecho internacional privado presenta el problema de su imprevisibilidad, debido a la diversidad y complejidad de las normas de conflicto y de los criterios de conexión utilizados, *vid.*, RABEL (1948), pp. 281 y 294.

⁹⁴ La posibilidad de que las partes determinen el derecho aplicable en función del principio de la «autonomía de la voluntad material» (*Materiellrechtliche Verweisung*) no es suficientemente satisfactoria, ya que las cláusulas de determinación de la *lex contractus* suelen esconder una situación unilateral de poder en la que la parte «débil» de la contratación normalmente se ve obligada a aceptar las reglas del país del otro contratante como fuente normativa de la relación contractual. *Vid.*, GONDRA (1978), p. 234.

mero pretende uniformizar las normas de derecho material o sustantivo, mientras que el segundo persigue hacer lo propio con las reglas de Derecho internacional privado.

Hay que reconocer que la forma más elemental y básica para empezar a dotar de cierta certidumbre a las relaciones supranacionales es la de recurrir a la unificación de las normas de Derecho internacional privado. Estas normas, conocidas con el nombre de «reglas de conflicto», como es sabido, tienen por finalidad determinar cuál es el ordenamiento jurídico que debe regular una determinada relación de carácter internacional, pero, al ser diferentes en cada Estado, conducen a soluciones muy dispares, por lo que la conclusión de convenios internacional destinados a unificar normas de conflicto es una vía adecuada para insuflar de cierta seguridad jurídica a las relaciones supranacionales.

Puede decirse que, desde que ASSER propusiera la unificación del derecho conflictual en 1880⁹⁵, el balance de la actividad desarrollada hasta la actualidad ha sido más que notable y muy favorable. Efectivamente, son numerosos los convenios suscritos y ratificados por los Estados, tanto a nivel mundial como regional, y sobre las más variadas materias de derecho privado, como la separación y el divorcio⁹⁶, las obligaciones contractuales⁹⁷, las obligaciones extracontractuales⁹⁸, el Derecho sucesorio⁹⁹, los regímenes económicos matrimoniales¹⁰⁰, la insolvencia transfronteriza¹⁰¹ o, entre otros, el reconocimiento de sentencias civiles¹⁰². Tal proliferación de convenios tiene una fácil explicación: es mucho más sencillo

⁹⁵ ASSER (1880), pp. 3 a 22.

⁹⁶ Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

⁹⁷ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁹⁸ Reglamento (CE) n.º 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).

⁹⁹ Reglamento (UE) n.º 650/2012, Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

¹⁰⁰ Reglamento (UE) n.º 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

¹⁰¹ Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

¹⁰² Reglamento (UE) n.º 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. Reglamento (UE) n.º 2201/2003 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental [éste será derogado el 1 de agosto de 2022, entrando en vigor entonces el Reglamento (UE) n.º 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y

unificar normas de conflicto que normas materiales, ya sea por razones técnicas y/o políticas.

Sin embargo, en nuestra opinión la solución de unificar el Derecho internacional privado es notoriamente insuficiente, pues, en cualquier caso, las normas de conflicto ordenarán la aplicación de un ordenamiento jurídico de carácter local que, normalmente, será insatisfactorio para abordar con éxito los peculiares problemas que se plantean en las transacciones internacionales¹⁰³. Además, puede tratarse de un «unfamiliar law» para el tribunal, lo cual provocará incertidumbre, inseguridad y seguramente generará costes jurídicos derivados de la necesidad de determinar y comprender el contenido de tal Derecho¹⁰⁴. Por ello, no es ni siquiera extraño que los propios expertos en Derecho internacional privado reconozcan que el método conflictual ha mostrado cierta ineficacia¹⁰⁵, por mucho que siga siendo –así lo creo firmemente– imprescindible en el mundo de los hechos reales¹⁰⁶.

Frente a la unificación del derecho de conflictos, la unificación del derecho material esquivada y supera con creces las descritas aporías que afectan a aquél. Efectivamente, la creación de reglas uniformes de derecho sustantivo directamente aplicables a las relaciones jurídicas sometidas a su ámbito de aplicación (tanto internas¹⁰⁷ como internacionales), acaba definitivamente con la incertidumbre que generan las normas de derecho internacional privado, pues

de responsabilidad parental]. Reglamento (UE) n.º 4/2009 sobre Competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos.

¹⁰³ Tal y como señalaba René DAVID (1967, pp. 118 y 121), respecto a los contratos de carácter internacional, «se le hace violencia a la naturaleza de las cosas cuando se las quiere someter a un derecho nacional».

¹⁰⁴ FERRARI (2012), p. 1733.

¹⁰⁵ En este sentido, se ha afirmado que «es indudable que el Derecho uniforme consiste en la técnica de reglamentación óptima del Derecho del comercio internacional, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos», FERNÁNDEZ ROZAS, (1999), p. 36.

¹⁰⁶ Por de pronto, el Derecho sustantivo uniforme, caso de existir, no suele ser exhaustivo, por lo que sigue siendo imprescindible el recurso a las normas de Derecho internacional privado para determinar qué Derecho nacional es aplicable a afectos de solventar el conflicto jurídico planteado. Por ejemplo, la Convención de Viena no regula las cuestiones relacionadas con la validez del contrato [art. 4 a) CISG], lo que implica que si en una compraventa internacional sometida a su ámbito de aplicación surge una reclamación relacionada, por ejemplo, con un vicio de la voluntad, habrá que recurrir para resolverla a las normas de Derecho internacional privado que, en el caso de Europa, estarían contenidas en el Reglamento Roma I [según el artículo 4 a), a falta de elección, se aplicaría la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual]. *Vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ (2014), pp. 2335 y ss. Además, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, los propios textos uniformes remiten, a efectos de la determinación de su aplicabilidad, al Derecho internacional privado [art. 1.1 b) CISG].

¹⁰⁷ Aunque no es lo habitual, tal y como dijimos anteriormente algunos textos uniformes se aplican incluso a las relaciones internas (*unlimited uniform substantive law*). El ejemplo clásico lo encontramos en la Ley Uniforme sobre la Letra de cambio, aprobada en la Convención de Ginebra de 1930 e incorporada a nuestra Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque.

cualquier sujeto involucrado en una operación regulada por el texto uniforme podrá conocer *ab initio* cuál es la regla jurídica aplicable. Además, dicha regla, al ser creada con la intención de responder a las específicas situaciones jurídicas que se plantean en las relaciones transfronterizas, será la más apropiada para resolver el problema planteado. En definitiva, el Derecho uniforme sustantivo acaba con las diferencias reguladoras¹⁰⁸ e instituye un sistema normativo compartido que, en consecuencia, resulta seguro y cierto para todos los operadores jurídicos.

3.1.3 El empleo de la técnica comparatista en la construcción del Derecho uniforme

El Derecho comparado se muestra como un instrumento esencial y completamente imprescindible a efectos de la identificación y/o creación de las normas uniformes. Y es que hay que tener en cuenta que la especificación de las reglas sustancialmente idénticas, que habrán de compartir necesariamente jurisdicciones de las distintas «familias jurídicas» del mundo, solamente puede realizarse tras un arduo trabajo comparatista¹⁰⁹.

Efectivamente, los trabajos de uniformización jurídica suelen comenzar con la designación de una persona responsable (*Comparative Reporter*) para iniciar/activar el estudio y debate en torno a un determinado tema jurídico, para lo cual, normalmente, preparará un cuestionario que se remitirá a los *National Reporters* encargados de evacuar informes (*reports*) de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, de una forma objetiva y esencialmente descriptiva. Una vez concluidos dichos informes se abandona la fase que podríamos denominar de «Derecho comparado descriptivo» (no científico) y se pasa a una mucho más creativa y académica, en la que los comparatistas deben estudiar la multitud de datos recibidos con la finalidad de contraponer las distintas soluciones existentes, buscar los elementos comunes¹¹⁰ y, finalmente, adoptar una norma: la compartida por todos (*common law approach*¹¹¹), la mejor (*better law approach*) o, en su caso, una nueva solución

¹⁰⁸ Se ha dicho con acierto que «el Derecho uniforme y el Derecho internacional privado constituyen a primera vista dos sistemas jurídicos incompatibles pues, de un lado, si el primero se generaliza desaparece uno de los elementos conformadores del segundo, cual es, el pluralismo de sistemas jurídicos», FERNÁNDEZ ROZAS (1996), p. 5209.

¹⁰⁹ *Vid.*, LANDO (2001), pp. 1015 a 1032.

¹¹⁰ Ante todo, «hay que identificar los elementos comunes de las jurisdicciones a fin de integrarlos al derecho uniforme», ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 26.

¹¹¹ Conviene en este sentido mencionar al proyecto *Common Core of European Private Law*, que buscaba trazar una cartografía jurídica en la que se apreciara el núcleo común de los diferentes ordenamientos jurídicos de la UE, BUSSANI/MATTEI (2000).

ingeniosa e innovadora¹¹². Por lo tanto, se lleva a cabo una actividad puramente comparativa, basada en el conocimiento de los distintos ordenamientos jurídicos, la identificación de sus divergencias y similitudes y, finalmente, la formulación de una regla de carácter uniforme.

Ahora bien, es evidente que la formulación de Derecho Uniforme no es algo factible para cualquier materia, ya que existe un presupuesto cuya presencia es imprescindible para que dicha tarea pueda ser llevada a cabo: la existencia de un elevado nivel de compatibilidad del objeto de uniformización escogido¹¹³. Esto es, la materia que pretende uniformizarse ha de ser lo suficientemente reconocida y compartida a nivel internacional como para permitir su aproximación sin que lleguen a saltar las costuras de la defensa de la cultura legal nacional. Así, se antoja muy complicada la unificación del Derecho sucesorio o del Derecho de familia, ya que ambas disciplinas regulan fenómenos normalmente imbuidos de una cierta idiosincrasia local, de las particularidades históricas y de los estilos nacionales. Sin embargo, el sector del Derecho patrimonial privado, mucho más expuesto desde sus orígenes a las recíprocas influencias y a los trasplantes de normas, es bastante más proclive y susceptible de unificación, como veremos a continuación con el ejemplo paradigmático del proceso unificador en Derecho privado: la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

3.2 EL *SOFT LAW* COMO FRUTO DEL DERECHO COMPARADO

Uno de los hitos más destacables de la ciencia jurídica iusprivatista del siglo XXI ha sido la aparición y proliferación de los llamados textos de *soft law*, por cuanto ha dado lugar a lo que BERGER ha denominado como «noción no positivista del derecho»¹¹⁴. Efectivamente, a principios del milenio hemos vivido un fenómeno, que en ocasiones ha parecido incluso desbocado, de eclosión de una serie de instrumentos jurídicos preparados por organismos carentes de potestad normativa y, por lo tanto, sin vocación ni intención de que se conviertan en Derecho propiamente dicho¹¹⁵. Así, y centrando-

¹¹² Puede consultarse una interesante descripción del método comparatista en la preparación y redacción de los *Principles on European Tort Law* (PETL) en MARTÍN CASALS (2005), pp. 4 a 6.

¹¹³ FERRARI (2012), p. 1732.

¹¹⁴ BERGER (2011), pp. 57 y 66.

¹¹⁵ Sobre este fenómeno, *vid.*, con detalle, OLIVA BLÁZQUEZ (2017), pp. 57 y ss.

nos en el ámbito donde más se ha cebado la creación del *soft law*, el Derecho de obligaciones y contratos, podemos citar a título ejemplificativo los siguientes textos: los *Principios Europeos de Derecho de los Contratos* (PECL), los *Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (PICC), el *Borrador de Marco Común de Referencia* (DCFR), los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*¹¹⁶, los *Principles of Asian Contract Law* y, entre otros, el *Draft Text of the OHADAC Principles on International Commercial Contracts*, preparado por la Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe¹¹⁷.

Todos estos instrumentos, como hemos adelantado, rompen con la tradición jurídica moderna según la cual las normas que constituyen nuestro ordenamiento jurídico sólo pueden ser creadas por los órganos dotados de la suficiente potestad pública para hacer tal cosa, como los parlamentos, el poder ejecutivo dentro de los límites que establece la división de poderes, las organizaciones supra-regionales, etc. Este Derecho, que normalmente se ha conocido como *hard law*, se contrapone ahora con el *soft law*, expresión de obvio origen anglosajón con la que se hace referencia a la existencia de un Derecho blando o débil (*diritto debole*)¹¹⁸ constituido por principios o reglas generales y cuya principal característica es precisamente su carencia de fuerza legal¹¹⁹.

Tal y como señala Bonell, se trata de formas o técnicas alternativas de creación de instrumentos jurídicos «privi di un'efficacia normativa diretta ma proprio per questo piu agevolati nella preparazione e piu flessibili nei contenuti»¹²⁰. En consecuencia, la aplicación de tales normas es puramente dispositiva y voluntaria para los operadores jurídicos¹²¹, y se asienta en el argumento de su autoridad moral y técnica (*auctoritas*). En otras palabras, el *soft law* no se impone *ratione imperii* (como la ley), sino *imperio rationis*¹²².

Pues bien, junto a esta condición de no tratarse de Derecho en el sentido ortodoxo y clásico de la palabra, hay otra característica que se predica prácticamente de todos estos textos: se trata de instrumentos normativos creados en el seno de comisiones de expertos, procedentes fundamentalmente del ámbito académico, cuyo

¹¹⁶ MORALES MORENO (2014), pp. 227 a 254.

¹¹⁷ Una versión de los citados principios en español puede consultarse en <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>.

¹¹⁸ CASTRONOVO (1995), pp. 31 y 32.

¹¹⁹ La técnica de los principios se inspira en los *Restatements of Laws* formulados por el *American Law Institute*. *Vid.*, LANDO/BEALE (2003), p. 34.

¹²⁰ BONELL (1999), p. 11.

¹²¹ *Vid.*, VAN ERP (2003), BONELL (1992), p. 618.

¹²² *Vid.*, al respecto, CANARIS (2000), pp. 5 a 31.

método de trabajo se asienta esencialmente en el uso del Derecho comparado. En otros términos, nos encontramos ante una suerte de *ius professorum* o *professorenrecht* que ha adoptado a la comparación jurídica como método y herramienta principal de discusión y reflexión¹²³.

Efectivamente, la «Comisión del Derecho europeo de contratos» (más conocida como «Comisión Lando») empleó de forma recurrente el Derecho comparado para preparar los PECL¹²⁴. De hecho, en la introducción general de los Principios se señala expresamente que la Comisión se ha basado «en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros» con el objeto de identificar, en la medida de lo posible, «el núcleo común del Derecho de contratos de todos los Estados miembros de la Unión y crear, sobre la base de este núcleo común, un sistema que pueda funcionar»¹²⁵. La búsqueda de ese núcleo común se ha llevado a cabo a través de la metodología –anteriormente citada– de la *praesumptio similitudinis*¹²⁶; esto es, en palabras del profesor Hesselink, la Comisión se ha centrado más en los elementos compartidos que en las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos¹²⁷. Buena prueba de ello es el ingente esfuerzo que se hizo en la publicación final de las tres partes de los PECL, en las que aparecen riquísimas notas que desgranán los entresijos del derecho comparado europeo relativo a cada una de sus normas. Un trabajo sin precedentes y de un valor académico ciertamente incalculable e inigualable¹²⁸.

No obstante, es conveniente reconocer que la creación de los PECL no fue una simple tarea mecánica de búsqueda e identificación comparatista de los elementos comunes, ya que también hubo espacio suficiente para la creación jurídica. En este sentido, los autores reconocen que las reglas adoptadas no son siempre una

¹²³ En este sentido, *vid.*, KEIRSE (2011), pp. 39 y 40.

¹²⁴ «The Lando-Commission prepared itself in the 1980s for the task of developing “Principles of European Contract Law” (PECL) upon a comparative law basis», SCHULZE/WILHELMSSON (2008), pp. 154 y 155. Este empleo del Derecho comparado no debería resultar extraño, por cuanto uno de sus objetivos primordiales es el de «ser aplicados con carácter general como Derecho de contratos de la Unión Europea» [1:101 (1) PECL], sirviendo de base «para cualquier futuro Código europeo de contratos».

¹²⁵ LANDO/BEALE (2003), pp. 33 y 34.

¹²⁶ En este sentido, se ha dicho que parece completamente lógico recurrir a esta metodología desde el punto de vista práctico de la búsqueda de la armonización y unificación que implican los PECL, Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002), pp. 79 y 80.

¹²⁷ HESSELINK (2002), p. 92.

¹²⁸ «These Principles, being the result of years of comparative research and international cooperation among leading European scholars, have reached a remarkable degree of success as an authoritative reference for the development of national legal systems in Europe», ANTONIOLLI/FIORENTINI (2010), p. 2.

mera interpolación o compromiso de las leyes nacionales existentes, puesto que algunas disposiciones reflejan sugerencias e ideas que no se han materializado aún en el Derecho de ningún Estado¹²⁹. Por todo ello, se ha dicho que los PECL padecen en este punto de una cierta ambigüedad, provocada por el hecho de que sus redactores, lejos de conformarse con demostrar todo lo que comparte el Derecho de los contratos europeo, han querido actuar como legisladores ofreciendo al mundo un proyecto de *Código Europeo de los Contratos*¹³⁰. Aunque este doble enfoque puede ser objeto de críticas (sobre todo por el presunto exceso de competencias que se autoatribuyó la Comisión), compartimos la idea de reflejar en los PECL lo que, en opinión de los académicos que intervinieron en su redacción, debe ser el mejor Derecho, con independencia de que en ocasiones éste no coincida con el actualmente existente. Aquí reside el fenómeno que FLETCHER acuñó con el nombre de «valor subversivo del derecho comparado»¹³¹, consistente en procurar el avance de la ciencia jurídica con la aportación de nuevas normas que superen el *statu quo* representado por el derecho positivizado.

Los PICC también se asentaron principalmente sobre un estudio comparatista del Derecho contractual legislado, lo cual, hasta un cierto punto, puede resultar sorprendente, ya que se esperaba que un texto cuyo fin declarado es el de ser la expresión escrita de la nueva *Lex Mercatoria*¹³² se basaría en otros materiales, como las condiciones generales de los contratos mercantiles internacionales, los términos estandarizados de ciertas entidades supranacionales¹³³, etc. Por el contrario, el *Working Group*, creado en el año 1980 con la finalidad de redactar estos Principios –cuyo presidente fue el profesor Bonell–, se estructuraba sobre la base de una serie de *rapporteurs* a los que se adjudicaba un concreto tema de trabajo cuyo estudio iniciaban con los llamados «preliminary comparative studies», los cuales posteriormente servían para preparar un primer borrador de las *black letter rules* y de los comentarios oficiales. No obstante, hay que reconocer que, por lo que respecta

¹²⁹ LANDO, BEALE, *ult. op. cit.*, p. 33. En otras palabras, aunque la Comisión tiende a buscar los principios comunes constitutivos del núcleo común europeo (*common core approach*), en ciertas ocasiones ha optado por proponer la norma que se ha entendido como la más funcional y mejor posible (*better law approach*), aun cuando esta no coincida exactamente con ninguna de las existentes en los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea.

¹³⁰ HESSELINK (2002), p. 93.

¹³¹ FLETCHER (1998), p. 683 y ss.

¹³² En el Preámbulo se señala que los Principios «pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la «lex mercatoria» o expresiones semejantes».

¹³³ VOGENAUER (2009), p. 10.

al empleo de la metodología comparatista, han sido muchas las voces que han criticado, por un lado, el hecho de haber centrado los esfuerzos en el análisis del derecho contractual de los países occidentales (*Western legal systems*)¹³⁴ y, por otro lado, la debilidad de tales estudios en muchas de las reglas que componen los PICC¹³⁵. Y ello porque, tal y como reconoció el propio Consejo Gubernativo de Unidroit, las normas de los Principios «embody what are perceived to be the best solutions, even if still not yet generally adopted»¹³⁶. En otras palabras, en los PICC abundan mucho más las soluciones basadas en el *better law approach* que en el *common core* del Derecho contractual mundial¹³⁷. En cualquier caso, y a pesar de este enfoque pragmático que finalmente adoptaron los Principios de Unidroit, es innegable la presencia de los estudios comparatistas como punto metodológico de partida.

Desafortunadamente, no puede decirse lo mismo del DCFR. Es suficientemente conocido el hecho de que este texto tiene una naturaleza híbrida que lo distingue de los anteriores: a pesar de tratarse de un instrumento de *soft law* carente de eficacia jurídica vinculante, su origen y desarrollo se debe a una iniciativa puramente política de las instituciones europeas. Pues bien, si se rastrea en sus antecedentes, podemos comprobar que su germen se encuentra en la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, de 11 de julio de 2001, en la que se ofrecían varias opciones (hasta cuatro) relativas al futuro desarrollo del Derecho de los contratos en Europa¹³⁸. Este documento fue sometido al escrutinio de las instituciones políticas de la Unión, los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia, habiendo vencido la Opción III, que proponía redactar principios comunes no vinculantes a todas las legislaciones

¹³⁴ El propio BONELL reconoce que resultaba imposible tomar en consideración todos los ordenamientos jurídicos existentes, amén de que no todos tienen la misma importancia, BONELL (2005), p. 47. No obstante, se ha afirmado con razón que este carácter occidentalizado puede causar problemas cuando se trate de jurisdicciones no pertenecientes a este ámbito concreto, MICHAELS (2009), p. 31.

¹³⁵ VOGENAUER (2009), p. 10.

¹³⁶ GOVERNING COUNCIL OF UNIDROIT (2004), p. xv.

¹³⁷ Se ha dicho que los Principios de UNIDROIT, hasta la fecha, representan la descripción más precisa del consenso internacional sobre las normas que mejor se adaptan al comercio transfronterizo, HYLAND (1992), p. 542. No obstante, puesto que en los comentarios oficiales a los PICC no suelen citarse las fuentes que inspiraron cada solución (al contrario de lo que hacen los PECL), es muy difícil llegar a saber si las reglas finalmente adoptadas eran las mejores o, por el contrario, respondían a intereses personales, filias y fobias de cada redactor. Con relación a esta cuestión, VOGENAUER (*ult. op. cit.*, p. 11) no tiene reparo alguno en declarar que en algunas ocasiones el *rapporteur* se limitó a ofrecer la solución que favoreciera o estuviera más cercana a su propio ordenamiento jurídico.

¹³⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (COM 2001, 398 final), p. 7. *Vid.*, CAMPUZANO DÍAZ (2002), pp. 54 a 65.

(*soft-law*) a través de una previa investigación de Derecho comparado y con la colaboración de académicos y profesionales de la justicia. Es más, posteriormente la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 12 de febrero de 2003, titulada «*Un derecho contractual más coherente: Plan de acción*»¹³⁹, concluyó que era necesario aumentar la coherencia y calidad del *acquis communautaire* en el ámbito del Derecho contractual, tarea que habría de llevarse a cabo a través de la creación de un *Common Frame of Reference* (CFR) o «marco común de referencia», cuya finalidad era la de establecer los «principios comunes del derecho contractual», así como una «terminología común». Por lo tanto, como puede observarse, la presencia de los estudios comparatistas se estableció desde un principio como condición *sine qua non*.

¿Se cumplió con este mandato explícito? Aparentemente sí, ya que en la edición completa del DCFR, publicada en el año 2010 («DCFR Full Edition»), cada una de las llamadas *black letter rules* se acompañan de comentarios específicos y de notas de derecho comparado, siguiendo el ejemplo de los PECL. Sin embargo, ello puede resultar engañoso, al menos por tres razones¹⁴⁰:

(i) Por de pronto, los Libros II y III DCFR, en los que se recoge el grueso de la teoría general de los contratos y obligaciones, son una extrapolación –con ciertas mejoras y cambios puntuales– del contenido de las Partes I, II y III PECL, por lo que en este ámbito el trabajo comparatista ya estaba hecho.

(ii) El resto de los libros contienen cuestiones completamente novedosas: los contratos en particular (Libro IV), la gestión de negocios ajenos (Libro V), la responsabilidad extracontractual (Libro VI), el enriquecimiento injustificado (Libro VII), la adquisición y pérdida de la propiedad (Libro VIII), las garantías reales sobre activos muebles (Libro IX) y, por último, el trust (Libro X). Pues bien, las carencias de los estudios comparatistas en la mayoría de estos Libros son muy notables, especialmente en lo relativo a las obligaciones no contractuales y los contratos en particular (con la única excepción de la compraventa), cuya regulación, tal y como reconoce Zimmermann, se ha llevado a cabo sin que se hayan cons-

¹³⁹ Bruselas 12 de febrero de 2003 (COM 2003, 68 final). *Vid.*, http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_es.pdf Este texto parte de las 181 respuestas y contribuciones recibidas a raíz de la publicación de la anterior Comunicación de julio de 2001.

¹⁴⁰ Una crítica interesante puede verse en, SMITS (2008), pp. 147 y 148. El autor, básicamente, cuestiona la metodología empleada –presuntamente comparatista–, por la ausencia de explicación sobre el modo o la forma en que se aplicó: «did one look for the common denominator of the involved jurisdictions or for the solution considered to be the “better” one (and, if so, for what reason)?».

tituido unas bases comparadas y académicas suficientes¹⁴¹. En definitiva, tal y como afirma Vaquer Aloy, ha faltado la investigación comparativa dirigida a destilar las bases comunes de las instituciones abordadas en el texto¹⁴².

(iii) Finalmente, hay que recordar que algunos contratos (véase la donación) e instituciones (así, el *trust*), carecen tanto de comentarios como de notas de derecho comparado. En otros términos, aquí los autores reconocen implícitamente que el trabajo comparatista brilló por su ausencia.

En nuestra opinión, los redactores del DCFR (*working team*), acuciados por las prisas que las instituciones comunitarias imprimían al objeto de cumplir con los plazos acordados inicialmente para que la obra viera la luz¹⁴³, abandonaron la idea de identificar el «common core» del Derecho patrimonial privado europeo (éste es el objeto del DCFR), mediante un trabajo comparatista minucioso e inevitablemente pausado y prolongado en el tiempo, y en su lugar optaron por reflejar en el texto lo que consideraron como las mejores soluciones o «best rules» de cada caso¹⁴⁴. El propio Hans Shulte-Nölke, uno de los más conspicuos impulsores y protagonistas del DCFR, reconoce que se seleccionaron «no ya reglas comunes, sino una aproximación a las mejores reglas», lo cual conllevó que algunas de dichas reglas «no son comunes en el sentido de existir en todos o en muchos sistemas europeos»¹⁴⁵. Basta con pensar en el contrato de servicios y sus diferentes variantes (procesamiento, diseño, tratamiento médico, información y asesoramiento, etc.) o en el enriquecimiento injustificado para comprender la imposibilidad de alcanzar unas bases comunes en estas materias¹⁴⁶. Es más, se ha llegado a afirmar que las notas de derecho comparado, en algunos casos, se incorporaron al texto una vez que se había tomado la previa decisión regulatoria¹⁴⁷. En definitiva, el uso que el DCFR ha hecho de la técnica comparatista no ha sido precisa-

¹⁴¹ ZIMMERMANN (2009), pp. 496 y ss.

¹⁴² VAQUER ALOY (2009), p. 247.

¹⁴³ Hay que recordar que el «Sexto Programa Marco» financió con 4,4 millones de euros a la denominada «Joint Network on European Private Law» (CoPECL), la cual se obligaba en consecuencia a redactar el DCFR en los plazos establecidos por la Comisión. <http://www.copeccl.org>. En diciembre de 2007 se presentó a la Comisión la primera versión, conocida como «Draft Common Frame of Reference. Interim Outline Edition».

¹⁴⁴ Igualmente, VAQUER ALOY (2009), p. 246.

¹⁴⁵ SHULTE-NÖLKE (2015), p. 28.

¹⁴⁶ En este sentido, se ha destacado que en materia de enriquecimiento injustificado la discusión no ha hecho más que comenzar, mientras que en la gestión de negocios ajenos la existencia de raíces comunes es poco visible. Incluso, puede decirse que el contrato de servicios carece de antecedentes útiles en el Derecho codificado, ZIMMERMANN (2009), pp. 496, 499 y 503. Igualmente, ANTONIOLLI/FIORENTINI (2010), p. 12.

¹⁴⁷ VAQUER ALOY (2009), p. 246.

mente digno de elogio, especialmente si lo contraponemos con el excelente trabajo que se llevó a cabo por la Comisión Lando a la hora de redactar los PECL.

4. LA CISG COMO PRIMER EJEMPLO DEL «MESTIZAJE JURÍDICO»

4.1 INTRODUCCIÓN

La Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹⁴⁸ (más conocida por su acrónimo inglés, CISG) se considera como el ejemplo paradigmático de la unificación convencional realizada a través de un Tratado de carácter internacional (*top-down*) vinculante para todos los Estados-parte (*hard law*)¹⁴⁹. La CISG se ha ganado a pulso su indiscutible papel referencial en el Derecho privado uniforme por el reconocido éxito que ha supuesto en el marco de la historia de los movimientos unificadores¹⁵⁰, tal y como lo demuestra su extenso ámbito de aplicación, que alcanza prácticamente a las dos terceras partes del comercio mundial¹⁵¹, la copiosa jurisprudencia que aplica sus disposiciones o, entre otros elementos, su influjo en diferentes iniciativas legislativas tanto internacionales como nacionales¹⁵².

¹⁴⁸ *Vid.*, ADAME GODDARD (1994).

¹⁴⁹ No hay ninguna duda de que la vía más adecuada para conseguir el fin de la unificación jurídica es la celebración de convenciones o tratados internacionales, puesto que estos, desde el momento en que son aprobados y ratificados por los Estados, pasan a convertirse en legislación interna inmediatamente aplicable. No obstante, las dificultades que presenta esta técnica son por todos conocidas, en cuanto resulta muy complejo reunir a representantes de todas las naciones del mundo para que alcancen un acuerdo sobre todo un conjunto de normas que, en las operaciones descritas, sustituirán a sus ordenamientos locales. De hecho, prácticamente todas las convenciones, con la excepción de la CISG, se cuentan por fracasos (así, Convención de Nueva York de 14 de julio de 1974, sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, Convención de Hamburgo de 31 de marzo de 1978 sobre el transporte marítimo de mercancías –Reglas de Hamburgo–, Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente –Nueva York, 1995– y Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001).

¹⁵⁰ La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo reconoce expresamente que la norma más importante de Derecho material a nivel internacional es la CISG (p. 8, párrafos 18 a 20).

¹⁵¹ Actualmente, son 94 los Estados parte de la CISG, https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (consultado en abril de 2021).

¹⁵² Una exposición detallada de estas cuestiones puede verse en OLIVA BLÁZQUEZ (2017), pp. 65 a 68. En nuestro país, la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos es muy clara al respecto: «Aunque podrían citarse muchos otros precedentes, el camino fue abierto por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para la

Pues bien, la pregunta que como juristas y académicos tenemos que hacernos es bastante obvia: ¿a qué se debe este éxito sin precedentes? Como es bien sabido, con mucha frecuencia sucede en la vida que las causas de una victoria hunden sus raíces en la actitud y las medidas adoptadas frente a una derrota previa, esto es, en la reacción frente al fracaso, y eso es precisamente lo que ha ocurrido en este caso. Efectivamente, la respuesta a la pregunta que hemos formulado podemos encontrarla indagando en las causas que llevaron al estrepitoso fracaso del antecedente más inmediato de la CISG, las Leyes Uniformes de la Haya de 1964, creadas en el seno UNIDROIT¹⁵³, las cuales apenas fueron suscritas por nueve Estados¹⁵⁴. Aunque son muchas las razones que condujeron a este notable descalabro¹⁵⁵—sobre todo teniendo en cuenta que los trabajos para la unificación de la compraventa internacional empezaron en el año 1929¹⁵⁶—, hay una de entre todas ellas que ha sido destacada de manera prácticamente unánime por la doctrina jurídica: el eurocentrismo de sus normas jurídicas¹⁵⁷. En otras palabras, los redactores de las Leyes Uniformes de la Haya ignoraron casi por completo no sólo la importantísima tradición del *common law*, sino a la no menos significativa—en aquel momento— familia socialista, e incluso a los intereses de los países en vías de desarrollo. Dicho en otras palabras, ambos textos legales pecaban de un gravísimo defecto: la falta de una tarea de comparación jurídica seria, profunda y global.

Por el contrario, uno de los méritos que más ha puesto en valor la doctrina jurídica respecto a la CISG ha sido precisamente el de haber sabido aunar a la vez tradiciones jurídicas tan diferentes como la del *civil law* y el *common law*¹⁵⁸, la de los países en vías de desarrollo y

Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL) y adoptada en Viena en 1980», *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII, Enero 2009, p. 11.

¹⁵³ Se trataba de la Ley Uniforme sobre la Formación del Contrato (LUFCEI) y la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional (LUCI).

¹⁵⁴ Italia, la República Federal Alemana, los países del Benelux, el Reino Unido, San Marino, Israel y Gambia.

¹⁵⁵ *Vid.*, BERMAN (1965), pp. 358 y ss.

¹⁵⁶ Gracias a los denodados esfuerzos de Ernst RABEL, el cual redactó en 1929 un documento titulado «Informe sobre el Derecho comparado en materia de venta». Posteriormente presentó en una sesión del Consejo Directivo de UNIDROIT otro informe titulado «Observaciones sobre la utilidad de la unificación del derecho de la venta desde el punto de vista de las necesidades del comercio internacional», mediante el cual pretendía responder a las críticas formuladas en torno a la conveniencia de la creación de una ley uniforme. En relación con las cuestiones históricas ligadas al proceso de unificación recomendamos especialmente la lectura del completo estudio realizado por PARRA-ARANGUREN (1986), pp. 9 a 89.

¹⁵⁷ Se ha afirmado que la Conferencia de la Haya estuvo dominada por «industrialized, free Enterprise nations of Western Europe», CUMMING (1979), p. 165. Todavía, en la actualidad, se considera que la unificación legal a nivel mundial presenta problemas a la vista «of the invariably Eurocentric...character of this enterprise», ZIMMERMANN (2007), p. 541.

¹⁵⁸ «The text is a blend of the techniques of the common law and the civil law», STEYN (1994), p. 13. De esta forma, se puso fin al problema de la compatibilidad de las

los desarrollados (Norte-Sur)¹⁵⁹ e incluso la de los países socialistas con los de economía de mercado (Este-Oeste)¹⁶⁰. No en vano, la adecuación de sus soluciones a los problemas contemporáneos, la calidad técnica de algunas de sus categorías dogmáticas y el hecho de ser la expresión neutral de una voluntad compartida, la han convertido en un instrumento de cierto «culto jurídico» entre los comparatistas, además de en modelo para la modernización de las legislaciones nacionales¹⁶¹ y en herramienta de cabecera para la redacción de los textos más modernos de la contratación internacional¹⁶². En definitiva, nos encontramos ante un instrumento jurídico que es fruto de un consenso y un mestizaje jurídico sin precedentes¹⁶³, por cuanto combina de forma inaudita elementos provenientes de distintos sistemas jurídicos, manteniendo un cierto equilibrio digno de toda alabanza¹⁶⁴.

Aunque en un trabajo limitado como el presente resulta completamente imposible enumerar todas y cada una de las normas de la CISG que son fruto de la tarea comparativa, creemos conveniente citar algunas de los más relevantes a modo de ejemplo ilustrativo. Y para ello, dividiremos el estudio en tres grupos diferentes: normas provenientes del *common law*, normas típicas del *civil law* y, finalmente, soluciones de *aparente* compromiso.

4.2 COMMON LAW

4.2.1 El common law en la CISG

Se ha afirmado desde la doctrina jurídica más relevante que «las instituciones básicas de la Convención han sido tomadas del

dos grandes familias jurídicas que, como afirmara el profesor OLIVENCIA, habían actuado hasta el momento como un peso muerto que lastraba el impulso unificador, OLIVENCIA RUIZ (1981), p. 764.

¹⁵⁹ DATE-BAH (1981), pp. 23 a 38.

¹⁶⁰ *Vid.*, con detalle, MASKOW (1981), pp. 41 a 59.

¹⁶¹ *Vid.*, FERRARI (2008), p. 476.

¹⁶² Según BONELL, fueron precisamente los méritos y defectos de la Convención de Viena los que empujaron a UNIDROIT a embarcarse en el ambicioso proyecto de los Principios: por un lado, si no hubiera sido por la aceptación global del Convenio, cualquier intento de redactar normas generales sobre los contratos comerciales internacionales hubiera sido impensable; por otro lado, el convencimiento de que la Convención era lo máximo que podía alcanzarse a nivel legislativo supranacional impulsó al Instituto a abandonar la idea de crear un nuevo instrumento normativo vinculante y, en su lugar, a tomar otro camino en su proyecto, BONELL (1996-1), p. 29.

¹⁶³ No en vano, ha sido calificada como «compromise document», STOCKS (1993), p. 1419, nota a pie de página n.º 22.

¹⁶⁴ Suficientemente ilustrativo de este mestizaje o cohabitación de la que hablamos es el título del estudio llevado a cabo por S. G. ZWAR: «The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles» (1988), pp. 109 a 128.

sistema del *common law*»¹⁶⁵. Aunque *a priori* puede parecer una aseveración algo exagerada, ya que no todo es Derecho angloamericano, coincidimos en que los conceptos-clave y las figuras sobre las que descansan los pilares fundamentales de la CISG provienen de tal Derecho. En este sentido, el modelo unitario de incumplimiento y el sistema uniforme de remedios que se construye en torno al mismo responde genuinamente al *common law*, al igual que gran parte de la teoría de la formación del contrato y, especialmente, de la transmisión de los riesgos en la compraventa.

Junto a estas figuras esenciales, no sólo para la dogmática del contrato de compraventa, sino para la teoría general del contrato, se incluyeron otra serie de instituciones típicas del *common law*, como la revocabilidad de la oferta, la *anticipatory repudiation*, el deber de mitigar los daños (*duty to mitigate*), las *merger clauses*, etc. Por todo ello, no es de extrañar que uno de los mayores expertos en la Convención de Viena, el profesor Peter Schlechtriem, afirmara que en el fondo era «the Trojan horse of common law thinking»¹⁶⁶. A continuación, analizaremos algunas de estas figuras, centrándonos especialmente en las que consideramos más importantes y significativas.

4.2.2 El modelo de incumplimiento: noción unitaria y sistema uniforme de remedios

El *common law* y el sistema europeo-continental divergen de forma especialmente notable en la concepción del incumplimiento del contrato y del sistema de acciones-remedios derivados del mismo¹⁶⁷. El primero gira en torno al concepto unitario de *breach of contract* y de un sistema uniforme de *remedies*, mientras que en el segundo el propio concepto de incumplimiento es confuso y, además, el régimen de las acciones es difuso y disperso. ¿A qué se debe esta disparidad tan importante en el tratamiento de un fenómeno tan aparentemente símil? Pues, como señalaran Zweigert y Kötz, a la diferente forma en la que se contempla la relación jurídico-obligatoria en cada uno de los sistemas¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Son palabras de VILUS (1989), p. 1436.

¹⁶⁶ SCHLECHTRIEM (2002).

¹⁶⁷ *Vid.*, una exposición especialmente clara y lúcida al respecto, en P. DEL OLMO, *De incumplir la obligación a incumplir el contrato: el nuevo modelo del incumplimiento*, <https://almacendederecho.org/de-incumplir-la-obligacion-a-incumplir-el-contrato-el-nuevo-modelo-del-incumplimiento>, 3 junio 2020.

¹⁶⁸ *Vid.*, ZWEIFERT/KÖTZ (2011), p. 503.

Efectivamente, en el *civil law* la obligación se entiende como un vínculo (*vinculum iuris*)¹⁶⁹ que genera en el deudor un deber de conducta, esto es, un deber de actuación, de dar, hacer o no hacer alguna cosa concreta (art. 1088 CC). Esta concepción de la obligación tiene tres implicaciones muy relevantes:

i) Por un lado, la responsabilidad contractual, en palabras de Morales Moreno, tiende a construirse con cierto «subjetivismo» y bajo el presupuesto del reproche de la conducta fallida del deudor (culpabilidad)¹⁷⁰. Esto es, sólo se genera responsabilidad contractual cuando el deudor ha dejado de observar la conducta pactada (*lex contractus*), lo cual a su vez acaba generando una insatisfacción en la prestación que esperaba el acreedor. Esto explica por qué en la mayoría de los Códigos civiles aparecen sistemáticamente desplazados, esto es, fuera del ámbito de las reglas generales sobre responsabilidad por incumplimiento, los supuestos del saneamiento por evicción y por vicios ocultos, en los que la responsabilidad emerge con independencia de cuál haya sido la conducta concreta del deudor¹⁷¹.

ii) Por otro lado, con carácter general suele distinguirse entre tres tipos de incumplimiento que dan lugar a específicos modelos de remedios (*cause-oriented approach*): imposibilidad absoluta, imposibilidad relativa (cumplimiento defectuoso de la prestación) y mora¹⁷².

iii) Finalmente, el incumplimiento de la obligación otorga al acreedor un «poder coercitivo», el cual se refleja en la posibilidad de instar el cumplimiento en forma específica o la reparación de los daños y perjuicios ocasionados¹⁷³. El resto de remedios, como la resolución, la suspensión del contrato o la reducción del precio, se mantienen al margen del régimen general de la responsabilidad por incumplimiento. Este planteamiento, según el profesor Morales Moreno, se debe al hecho de que los Códigos civiles acogieron el modelo romano de la obligación unilateral (del deudor frente al

¹⁶⁹ *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst. 3, 13 pr.). Vid., un delicioso análisis sobre la *obligatio* romana en HATTENHAUER (1987), pp. 78 y ss.

¹⁷⁰ DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO (2002), p. 318.

¹⁷¹ En estos casos, el vendedor, a través del contrato, se compromete no sólo a realizar determinados esfuerzos con relación a la calidad de la cosa vendida, sino que asume directamente que ésta sea inmune a cualquier vicio, vid., ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 502.

¹⁷² Vid., SCHWENZER/HACHEM/KEE (2012), p. 534.

¹⁷³ En nuestro Código civil, tratan estas acciones los artículos 1096 a 1099 CC y 1101 a 1110, que parten de la concepción de la obligación unilateral. Por el contrario, el remedio resolutorio, que presume la reciprocidad, se encuentra desplazado en el artículo 1124 CC, en materia de obligaciones condicionales.

acrededor), asentado en una *stipulatio* que permitía al acreedor obtener una indemnización por el valor pecuniario de la cosa¹⁷⁴.

Todos estos elementos coadyuvaron a la implementación de una singular concepción de la relación obligatoria y del incumplimiento que, a su vez, ha conducido a lo que se ha calificado como «construcción desmembrada del sistema de remedios»¹⁷⁵.

El sistema del *common law* parte de unos presupuestos doctrinales abiertamente opuestos. Por de pronto, la relación obligatoria se conceptúa en términos de garantía de un resultado concreto a cargo del deudor de la prestación. El matiz no es precisamente menor: mientras en el *civil law* la idea matriz es el «deber» del deudor (de observar una determinada conducta), en el sistema angloamericano la clave de bóveda es la «promesa de garantía» de alcanzar el resultado previsto en el programa prestacional¹⁷⁶. Además, el sistema descansa en la idea del incumplimiento de la relación contractual (necesariamente bilateral), y no en la inobservancia de una obligación unilateral (cuya presencia en la sociedad de mercado es menor). Esta forma de percibir la relación entre los contratantes tiene, a su vez, unas consecuencias inmediatas¹⁷⁷:

i) Por un lado, el incumplimiento se construye sobre la categoría única *del breach of contract*, que incluye a cualquier supuesto de falta de ejecución exacta de la prestación pactada, con independencia de cuál sea su naturaleza concreta¹⁷⁸. Por lo tanto, bajo la noción de «ruptura del contrato» encuentran amparo los casos de retraso en el cumplimiento (nuestra mora), de falta de conformidad de los bienes entregados (nuestro saneamiento por vicios ocultos) o, en fin, los de simple ausencia de ejecución de la prestación (incumplimiento absoluto)¹⁷⁹.

ii) Como consecuencia inmediata de la concepción unitaria del incumplimiento, se construye un sistema uniforme de remedios contractuales, que abarca fundamentalmente la indemnización de daños y perjuicios, la resolución del contrato y, con ciertas limitaciones, el cumplimiento en forma específica.

¹⁷⁴ *Vid.*, MORALES MORENO (2006), p. 21.

¹⁷⁵ MORALES MORENO (1997) p. 291. Hay que recordar que la *stipulatio* (figura basililar del derecho contractual romano) tenía carácter unilateral y abstracto, Catresana (1994), pp. 439 y ss. Igualmente, SHULZ (1990), p. 99.

¹⁷⁶ ZWEIGERT/KÖTZ (2011), p. 503.

¹⁷⁷ Seguimos en este punto la brillante exposición del profesor MORALES MORENO (1997), pp. 291 y 292.

¹⁷⁸ Los países nórdicos, en los que se aplica la *Nordic Sale of Goods Act* de 1989, también reconocen un concepto unitario de incumplimiento, LANDO (2011), p. 683.

¹⁷⁹ Se ha afirmado con razón que el sistema inglés «aporta una concepción simple y omnicompreensiva del incumplimiento contractual», SÁNCHEZ LORENZO (2013), p. 201.

iii) Finalmente, la noción de incumplimiento se desvincula de cualquier elemento subjetivo, y se objetiviza, dependiendo únicamente del hecho de que se haya realizado el contrato en los términos inicialmente previstos (garantía del resultado). Esto implica que la responsabilidad contractual no exige la prueba de la existencia de un comportamiento culposo o negligente por parte del deudor, sino la no ejecución de lo pactado (en cuanto riesgo explícitamente asumido por el deudor).

Pues bien, no hay ninguna duda de que la CISG, en palabras de Alpa y Bessone, ha seguido de forma prevalente el sistema del *common law*¹⁸⁰. Efectivamente, la Convención de Viena parte de una visión uniforme del incumplimiento contractual y de un sistema unitario de remedios muy cercana a la que construye el ordenamiento jurídico angloamericano¹⁸¹. Veamos ambas características de forma separada.

El carácter unitario de la noción de incumplimiento se pone de manifiesto por el hecho de que habrá *breach of contract* siempre y cuando vendedor o comprador no cumplan con las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la propia Convención (arts. 45 y 61 CISG). Por lo tanto, no se distingue, como se hace en el *civil law*, entre distintos tipos de incumplimiento, sino que se considera que la no ejecución de lo pactado en el contrato o la no observancia de las obligaciones legales establecidas en la CISG da lugar al incumplimiento («Breach-of-Contract Approach»¹⁸²). Por otro lado, el incumplimiento se percibe en términos objetivos, desvinculándose de la posible culpabilidad del deudor de la prestación (concepción objetiva). Eso no quiere decir que no se prevean ciertos supuestos en los que las partes podrán exonerarse de su obligación (arts. 79 y 80 CISG), pero se limitan a casos de fuerza mayor y caso fortuito imprevisibles (respecto a los cuales no tiene sentido extender la garantía de la prestación contractual) y, además, únicamente permitirán al deudor liberarse de la responsabilidad por daños y perjuicios, quedando a disposición del acreedor de la pres-

¹⁸⁰ ALPA/BESSONE (1980), p. 294.

¹⁸¹ «As a matter of principle the Convention is based upon a uniform concept of breach of contract which includes all kinds of non-compliance such as non-delivery, late delivery, delivery of goods of a wrong description, lack of conformity of the goods, etc. The remedies laid down in the Convention are basically the same for all the different types of breach. For a lawyer trained in a common law jurisdiction this does not come as a surprise, but it breaks a long tradition in many civil law countries», BASEDOW (2005), p. 490. En este mismo sentido, BONELL (1980), pp. 261 y 262.

¹⁸² SCHWENZER/HACHEM/KEE (2012), pp. 540 y ss.

tación el resto de acciones que la Convención ha previsto (como la reducción del precio o la resolución del contrato)¹⁸³.

Por lo que respecta al sistema uniforme de remedios, este consiste en un conjunto de acciones comunes, no jerarquizadas, tanto para el vendedor como el comprador: cumplimiento en forma específica (arts. 28, 46 y 62 CISG), resolución del contrato (arts. 25, 49 y 64 CISG), plazo suplementario (arts. 47 y 63 CISG) e indemnización de daños y perjuicios (arts. 74 a 77 CISG, incluyendo intereses *ex art.* 78 CISG). Junto a todo ello, el comprador tiene derecho a solicitar la reducción del precio de las mercaderías (art. 50 CISG), mientras que el vendedor puede solicitar la subsanación de cualquier falta de conformidad (arts. 37 y 48 CISG) así como la especificación de las mercaderías (art. 65 CISG). En definitiva, no hay remedios especiales vinculados a incumplimiento concretos (como el saneamiento por vicios ocultos o, entre otros, la figura del *aliud pro alio*), sino un conjunto de acciones coherentes y de carácter uniforme puestas a disposición de las partes frente a cualquier tipo de incumplimiento contractual.

Así pues, los redactores de la Convención de Viena –siguiendo los trabajos del profesor Rabel¹⁸⁴– optaron por acoger en su seno las líneas maestras del sistema de incumplimiento-remedios del *common law*. Una solución juiciosa, coherente y elegante¹⁸⁵, que supera las numerosas aporías y complejidades que presenta el sistema jurídico continental. Bajo nuestro punto de vista, ésta ha sido una de las aportaciones más trascendentales que ha realizado la CISG a la ciencia jurídica *iusprivatista* moderna¹⁸⁶, y sus efectos han sido muy importantes, tal y como tendremos la oportunidad de comprobar más adelante.

4.2.3 Anticipatory breach

El remedio resolutorio se vincula en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a la existencia de un incumplimiento de carácter esencial, cierto, actual y suficientemente probado. Esto es, para

¹⁸³ En este punto la CISG sí diverge claramente del *common law*, *vid.*, KLEINSCHMIDT (2018), p. 1080.

¹⁸⁴ RABEL supo ver que gran parte de las inconsistencias y problemas del concepto de incumplimiento provenían del mantenimiento de las viejas fórmulas heredadas del Derecho romano, y apostó porque la responsabilidad por cumplimiento defectuoso (vicios ocultos) se recondujera a la teoría general del contrato, proponiendo asimismo un concepto unitario de incumplimiento y un sistema uniforme de remedios (II 101-32, citado por KLEINSCHMIDT, 2018, p. 1078).

¹⁸⁵ Para BONELL, este sistema resulta «coherente sotto il profilo teorico-generale», BONELL (1980), p. 262.

¹⁸⁶ Igualmente, SCHWENZER/HACHEM/KEE (2012), p. 543.

que proceda la resolución contractual es presupuesto imprescindible la falta de cumplimiento de una obligación prevista en el programa prestacional tras el período fijado para la ejecución de la prestación, nunca con anterioridad.

Sin embargo, en el *common law* existe una figura denominada *anticipatory breach*¹⁸⁷ o *anticipatory repudiation*¹⁸⁸, que hunde sus raíces históricas en el derecho inglés¹⁸⁹, y en virtud de la cual se permite poner fin al contrato antes de que venza la fecha prevista para su ejecución, siempre y cuando el acreedor presuma que un futuro incumplimiento acaecerá con anterioridad a la llegada del momento fijado para el cumplimiento de la prestación¹⁹⁰. Mediante esta regla se permite a la parte cumplidora ejercitar sus derechos con celeridad y minimizar los daños que sufrirá como consecuencia de un futuro incumplimiento bastante probable¹⁹¹. Por el contrario, la mayoría de ordenamientos del *civil law* no contemplaban originariamente esta figura¹⁹², si bien, hay que reconocer la situación está cambiando en tiempos más recientes¹⁹³.

Habida cuenta de la innegable funcionalidad, así como del carácter práctico de la figura, especialmente en aquellos casos en que el deudor, explícita (cuando haya manifestado de antemano su intención de no cumplir) o implícitamente¹⁹⁴ (cuando pueda deducirse de sus propios actos concluyentes: no fabricar los bienes que se comprometió a entregar, no haberlos adquirido de un tercero, etc.), indica que no va a cumplir con la pactado, el artículo 72 CISG acabó acogiendo esta institución en los siguientes términos¹⁹⁵: «si antes de la fecha de cum-

¹⁸⁷ Uno de los trabajos más clásicos sobre esta materia es MUSTILL (1990).

¹⁸⁸ Esta expresión es típicamente norteamericana: § 2-610 Uniform Commercial Code; § 253 Second Restatement.

¹⁸⁹ El *leading case* al respecto fue *Hochster v. De la Tour* (1853) y, posteriormente, *Frost v. Knight* (1872). En Australia, es referente el caso *Foran v. Wight* (1989).

¹⁹⁰ En este sentido, *vid.*, SHALEV (1973), p. 124.

¹⁹¹ Así lo afirman, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT (2010), p. 515.

¹⁹² En cualquier caso, es conveniente destacar que distintos ordenamientos jurídicos continentales (Grecia, Dinamarca, Holanda, Italia) reconocen reglas hasta un cierto punto similares, *vid.*, LANDO/ BEALE (2003), pp. 615 y ss. En España, por otro lado, ha sido aceptada por la jurisprudencia en algunas sentencias [SSTS de 26 febrero 2013 (RJ 2013, 4935) y 18 julio 2013 (RJ 2013, 5200)].

¹⁹³ Especialmente, en los nuevos Códigos civiles de Europa del Este y del centro de Europa. *Vid.*, al respecto, SCHWENZER/HACHEM/KEE (2012), p. 744.

¹⁹⁴ El derecho inglés distingue, de forma similar, entre «disablement», que no precisa la existencia de una voluntad deliberada de incumplir (aunque sea una consecuencia de su acción u omisión), y «renunciation/repudiation» que, por el contrario, parte de la existencia de una voluntad clara e inequívoca de no cumplir, TREITEL (2011), pp. 840 y ss. El artículo III.- 3:504 DCFR también contempla expresamente los dos supuestos: «Un acreedor puede resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento de una obligación contractual si el deudor ha declarado su intención de no cumplirla, o queda claro de otro modo que dicho incumplimiento se producirá, y si éste es esencial».

¹⁹⁵ Curiosamente, la principal oposición a la instauración de este mecanismo resolutorio provino de los países en vías de desarrollo, *vid.*, STRUB (1989), pp. 475 a 501.

plimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto» (igualmente, arts. 9:304 PECL, III.– 3:504 DCFR y 7.3.3 PICC)¹⁹⁶. De esta forma, en palabras de HORNUNG, se restaura la libertad dispositiva de la parte inocente¹⁹⁷.

Obviamente, el principal reto al que se enfrenta esta figura reside en la determinación de cuándo resultará patente (obvio) el futuro incumplimiento de la prestación acordada, en tanto que se trata de una prognosis de futuro muy difícilmente evaluable con rigor y certidumbre. No en vano, se ha dicho con razón que la resolución anticipada contiene una cierta dosis de especulación¹⁹⁸. En general, la jurisprudencia que ha aplicado esta norma ha entendido que no puede exigirse una seguridad absoluta de que se va a incumplir, sino una probabilidad alta («high standard of probability»¹⁹⁹), ya que en caso contrario la regla sería inútil²⁰⁰. Además, el incumplimiento debe ser en todo caso esencial para que pueda invocarse el remedio resolutorio de forma anticipada²⁰¹. En cualquier caso, el párrafo segundo del artículo 72 CISG establece que, si hubiere tiempo, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones [salvo que la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones, en cuyo caso no hará falta la notificación *ex art. 72 (3) CISG*].

A modo de cierre, y dejando al margen las aporías aplicativas que se presentan, puede decirse que lo que resulta innegable es que la Convención de Viena optó por incluir de forma explícita la figura de la *anticipatory repudiation*, abriendo de esa manera sus puertas a otra institución típica del *common law* que ha acabado posteriormente penetrando en algunos ordenamientos del *civil law* como el alemán²⁰² o el holandés (art. 6:80 BW).

¹⁹⁶ En los Comentarios Oficiales al artículo 7.2.3 PICC se aclara que una mera sospecha, aun bien fundada, no será suficiente para resolver el contrato (*Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, La Ley, Madrid, 2012, p. 273). Hace falta, por lo tanto, que resulte claro de las circunstancias concurrentes que el deudor no puede cumplir o no cumplirá la obligación principal en su fecha de vencimiento para que, de ese modo, pueda equipararse a efectos resolutorios un incumplimiento esencial posible con un incumplimiento esencial real una vez vencido el plazo para cumplir la obligación. VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE (2011), Book 3. Artículo III.– 3:504 DCFR. Comentario B.

¹⁹⁷ HORNUNG (2005), p. 719.

¹⁹⁸ SCHWENZER/HACHEM/KEE (2012), p. 744.

¹⁹⁹ KLEINSCHMIDT (2018), p. 1362.

²⁰⁰ LG Berlín, 30 septiembre 1992. OLG Düsseldorf, 14 enero 1994. UNILEX.

²⁰¹ KLEINSCHMIDT (2018), p. 1364.

²⁰² En Alemania, tras la reforma del BGB del año 2002, ha pasado a reconocerse expresamente en el §323 (4), WEIDT (2008) pp. 78 y ss.

4.2.4. Transmisión del riesgo en la compraventa

La cuestión de la transmisión del riesgo es uno de los temas más clásicos de la teoría del contrato de compraventa²⁰³. El problema, muy resumidamente, consiste en determinar si, en el caso de que las mercaderías vendidas se hubieren perdido o deteriorado por fuerza mayor o caso fortuito, el comprador sigue teniendo la obligación de pagar el precio pactado (*Preisgefahr*), asumiendo el riesgo de la operación (*periculum est emptoris*), o si, por el contrario, el vendedor dejará de tener derecho a cobrar la cantidad acordada, soportando en tal caso el riesgo (*periculum est venditoris*). Y, ante este dilema, desde el *civil law* se han formulado históricamente teorías divergentes, que normalmente vinculan la transmisión del riesgo al comprador con el acaecimiento de un evento determinado, como la conclusión del contrato²⁰⁴, la transmisión de la propiedad²⁰⁵ o la entrega de los bienes²⁰⁶. Todos estos criterios plantean problemas específicos cuya exégesis detallada resulta imposible en estos momentos²⁰⁷, pero, en general, comparten una misma tara: se trata de conceptos jurídicos abstractos y generales (*key concepts*) que, debido a su escasa flexibilidad, resultan incapaces de hacer justicia en cada uno de los supuestos variopintos en que la cuestión de la transmisión del riesgo se presenta en el comercio contemporáneo.

Por el contrario, la aproximación que hace a esta cuestión el *Uniform Commercial Code* norteamericano (§§ 2-509, 2-510)²⁰⁸ es radicalmente distinta. Efectivamente, este texto legal consagra una nueva técnica analítica denominada *typological approach*, a través de la cual se persigue determinar la transmisión del riesgo en cada una de

²⁰³ «From Justinian to Rabel the passing of risk has been a controversial problem in the contract of sale», C. M. SCHMITTHOFF (1966), p. 169. *Vid.*, en nuestra doctrina, el imprescindible trabajo de ALONSO PÉREZ (1972).

²⁰⁴ Artículo 185 del Código de las obligaciones suizo. Artículo 1452 Código Civil Español. LÓPEZ Y LÓPEZ (1993), pp. 895 a 898.

²⁰⁵ Este sistema, fruto de una progresiva espiritualización de la *traditio* verificada en la doctrina francesa bajo la influencia de los pensadores de la Escuela de Derecho Natural, ha sido adoptado por muchos ordenamientos, como el francés (art. 1138 y 1538 *Code Civil*), el italiano (1376 y 1465.1 *Codice Civile*) o el inglés (*The Sale of Goods Act*, 1893, sect. 20). No obstante, RABEL señalaba que «to make the passing of property and risk coincide is suprisingly primitive», RABEL (1938), p. 551.

²⁰⁶ Se trata del *Übergabeprinzip*, recogido en el párrafo 446 del BGB: «Con la entrega de la cosa vendida se transmite al comprador el riesgo de una pérdida o de un deterioro fortuitos». Igualmente, el art. 97.1 LUVI establecía que «los riesgos se transmitirán al comprador desde que la entrega de la cosa tiene lugar en las condiciones previstas en el contrato y en la presente Ley».

²⁰⁷ *Vid.*, nuestro trabajo, OLIVA BLÁZQUEZ (2015), pp. 199 y 200.

²⁰⁸ «These provisions of risk of loss deal with the problem in much the same way as the equivalent provisions of the Uniform Commercial Code (UCC 2-509, 2-510).» AMERICAN BAR ASSOCIATION (1984), p. 48.

las distintas situaciones que la realidad de los intercambios comerciales ofrece. Es decir, en vez de establecer un criterio jurídico omnicomprendivo de atribución de los riesgos, se describen detalladamente los supuestos que con mayor frecuencia se presentan en el tráfico jurídico para, a continuación, determinar caso a caso el momento exacto en el que el comprador comienza a asumir el riesgo.

Pues bien, en la alternativa metodológica *lump concepts-narrow issues*, la Convención de Viena optó por el segundo de los criterios, esto es, por el enfoque casuístico, por responder esencialmente a las exigencias objetivas del tráfico, es decir, a las necesidades de la práctica y de la realidad comercial²⁰⁹. De esta manera, se regulan de forma separada tres supuestos diferentes: la transmisión del riesgo en los contratos de compraventa que implican transporte (art. 67 CISG), la transmisión del riesgo en tránsito (art. 68 CISG) y otros supuestos de cierre (art. 69 CISG). La fórmula ha sido muy bien acogida por la doctrina jurídica y, por ello, posteriormente se ha reproducido en el DCFR y en la finalmente defenestrada *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*²¹⁰ (CESL). En consecuencia, la visión angloamericana de la transmisión del riesgo se ha impuesto sin mucho problema sobre el enfoque metodológico-conceptual típico de los países europeo-continentales.

4.3 CIVIL LAW

Aunque, como hemos visto, existe un cierto consenso en el marcado carácter angloamericano de la Convención de Viena, es innegable la presencia a lo largo de su articulado de instituciones típicas del *civil law*. A modo simplemente enunciativo, a continuación, analizaremos de forma breve las que consideramos más relevantes: la forma del contrato, el remedio de la reducción del precio y la figura del *Nachfrist*.

4.3.1 Forma del contrato

Establece el artículo 11 CISG que el «contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso

²⁰⁹ El profesor J. HONNOLD señala que las normas de la Convención fueron redactadas en términos de «concrete commercial events», HONNOLD (1984), p. 27.

²¹⁰ El 11 de octubre de 2011 se publicó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final].

por testigos». Salta a la vista que esta norma recoge el «principio de informalidad» o «principio de espiritualismo», en virtud del cual la validez de los contratos no queda supeditada a la observancia de determinadas formas o solemnidades. Y este principio de «consensualismo», como es suficientemente conocido, es típico de los ordenamientos jurídicos ubicados en la familia jurídica continental²¹¹.

Sin embargo, la norma –que ya aparecía recogida en su antecedente inmediato, el artículo 15 ULIS– levantó cierta polémica entre distintas delegaciones diplomáticas pertenecientes al eje socialista, que, encabezadas por la extinta Unión Soviética²¹², consideraban natural la exigencia de forma escrita en la contratación internacional²¹³. Es más, en algunos países del *common law*²¹⁴, como los Estados Unidos de América²¹⁵, la forma se exige a modo de prueba para que los contratos puedan ejecutarse en sede judicial (*indirect form requirement*)²¹⁶.

Los redactores de la CISG optaron por obviar estas diferencias y establecieron sin ningún matiz el principio de libertad de forma, por la sencilla razón de que la validez de los acuerdos concluidos en el comercio internacional, caracterizado por la celeridad de los

²¹¹ Art. 1172 CC Francia («Les contrats sont par principe consensuels»), § 125 BGB (implícitamente), 158 CC Grecia, 3:37 BW, art. 219 CC Portugal, arts. 1258 CC y 58 CCo España. Otros ordenamientos jurídicos, como el chino, recogen en la actualidad este principio: «The parties may conclude a contract in written, oral or other forms» (art. ** CC China).

²¹² Actualmente, el artículo 162 CC Rusia (*The Consequences of the Non-observance of the Simple Written Form of the Deal*) establece lo siguiente: «1. The non-observance of the simple written form of the deal shall in the case of a dispute deprive the parties of the right to refer to the testimony for the confirmation of the deal and of its terms, while not depriving them of the right to cite the written and the other kind of proofs».

²¹³ Desde la doctrina más ilustre se afirmó que el comercio internacional no era posible si la información únicamente quedaba registrada en la memoria de los contratantes, de ahí la importancia de la forma escrita, ENDERLEIN, MASKOW, STROBACH (2005), p. 159.

²¹⁴ También ocurre en algunos ordenamientos jurídicos del *civil law*, como en Italia: art. 2721 *Codice civile*: «Ammissibilità: limiti di valore. La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede le L. 5.000 (att. 233, Cod. Proc. Civ. 224 e seguenti). Tuttavia l'autorità giudiziaria può consentire la prova oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza (Cod. Proc. Civ. 439)». Igualmente, el artículo 1727 CC de Ecuador establece que «al que demanda una cosa de más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América de valor no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda» (art. 1727 CCE).

²¹⁵ § 2-201. UCC (*Formal Requirements; Statute of Frauds*): «(1) A contract for the sale of goods for the price of \$5,000 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some record sufficient to indicate that a contract for sale has been made between the parties and signed by the party against which enforcement is sought or by the party's authorized agent or broker». Además, todos los Estados de los E. E. U. han aprobado sus propios *Statutes of Frauds*, *vid.*, KLASS (2010), p. 90. En el mismo sentido, *vid.*, *Sale of Goods Act 1893* (Irlanda). Curiosamente, el *Statute of Frauds*, que tuvo su origen en Inglaterra en el año 1677 (*Act for the Prevention of Frauds and Perjuries*), fue derogado por el Parlamento inglés en el año 1954 [*Law Reform (Enforcement of Contracts) Act*], por lo que ya no es aplicable. *Vid.*, una breve y clara explicación histórica del requisito de la forma escrita en el *common law*, en FARNSWORTH (1991), pp. 33 a 36.

²¹⁶ SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 267.

intercambios, no puede quedar encorsetada por el cumplimiento de ciertos requisitos formales que no harían otra cosa que impedir su correcto desarrollo²¹⁷. En otras palabras, la mejor solución (*better law approach*) acabó imponiéndose, si bien, lo acertado de esta opción se vio empañada por el reconocimiento de un derecho de reserva a favor de aquellos Estados contratantes que deseen continuar aplicando sus requisitos formales en las relaciones contractuales internacionales (arts. 12 y 96 CISG)²¹⁸.

4.3.2 Reducción del precio

La *actio quanti minoris* o acción de reducción del precio es una institución que tiene su origen en el Derecho Romano²¹⁹ y que se encuentra reconocida de forma extensa en los países del *civil law*²²⁰. Como remedio contractual, se aplica en aquellos casos en que se ha producido un cumplimiento defectuoso o no conforme de la prestación acordada (respecto a la cantidad, calidad, plazo de entrega, envasado, etc.), en cuyo caso el acreedor de la prestación que esté dispuesto a aceptar dicha prestación no conforme podrá solicitar del deudor una reducción del precio con la finalidad de ajustar el contrato «a la nueva situación»²²¹.

Sin embargo, este remedio resulta «unfamiliar for most Common lawyers»²²². Efectivamente, los países del *common law* desconocen la posibilidad de instar la reducción del precio²²³, fundamentalmente porque, como explican I. Schwenger, P. Hachem, C. Kee, al no vincularse el remedio indemnizatorio con la idea de

²¹⁷ «Even we Americans, who have retained the requirement of a writing, are sufficiently hesitant about its merits that we have not opposed the CISG provision», FARNWORTH (1981), p. 13.

²¹⁸ No han sido muchos los Estados que han hecho uso de esta reserva (Argentina, Armenia, Chile, Bielorrusia, Federación Rusa, Paraguay, Ucrania y Vietnam), pero es evidente que el mecanismo de aplicación de la reserva introduce cierta complejidad e inseguridad jurídica en el comercio internacional. *Vid.*, los casos expuestos por ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, pp. 130 y ss.

²¹⁹ *Vid.*, R. ZIMMERMANN (1996), p. 318.

²²⁰ § 932 ABGB, § 42 y 43 SGÅ Dinamarca, arts. 534, 535 y 540 CC Grecia, art. 1492.1 CC Italia, arts. 1469, 1486 y 1553 CC España. No obstante, nuestra jurisprudencia ha generalizado el empleo del remedio más allá de estas normas: contrato de obra (STS 15.3.1979), compraventa de inmuebles (STS 22.4. 2004) o, entre otros, contratos de viajes combinados [SAP Las Palmas 16.9.2005].

²²¹ «[...] in which case the contract is adjusted to the new situation: the price is reduced», MÜLLER-CHEN, «Article 49» (2005), p. 595.

²²² E. E. BERGSTEN, A. J. MILLER (1979), p. 255.

²²³ «[...] en los ordenamientos de derecho anglosajón no se conocía como tal hasta que se tuvieron que adaptar a la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (1999/44/CE), que hace referencia a la reducción del precio; pero en la mayoría de los casos conseguían resultados muy similares por otros medios». VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, III.-3:601. Comentario A.

culpa, no surgió nunca la necesidad de contar con el remedio de la reducción del precio²²⁴. En otros términos, consideraron que la indemnización de daños y perjuicios era suficiente para satisfacer al comprador en estos casos²²⁵.

Durante los trabajos preparatorios de la CISG se pensó en no incluir esta figura al entenderse que la indemnización de daños y perjuicios era un remedio que satisfaría mejor los intereses del comprador, pero finalmente se optó por regular la reducción del precio, en los siguientes términos: «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato»²²⁶. La decisión parece bastante sensata, no sólo porque se respeta una institución muy común en muchos ordenamientos jurídicos (*common law approach*), sino porque se proporciona al comprador un remedio que en ciertas ocasiones puede resultarle útil²²⁷, tal y como se pone de manifiesto en la jurisprudencia existente al respecto²²⁸.

²²⁴ No obstante este desconocimiento de la *actio quanti minoris*, pueden alcanzarse resultados similares en el *common law*, ya que en los casos de mercancías defectuosas puede el comprador recuperar, en concepto de daños, la diferencia entre el valor de las entregadas y el que hubieran tenido las conformes, *vid.*, LANDO/BEALE, p. 637. Igualmente, el artículo § 2-714 UCC (*Buyer's Damages for Breach in Regard to Accepted Goods*) establece que los daños en caso de falta de conformidad «is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value they would have had if they had been as warranted, unless special circumstances show proximate damages of a different amount».

²²⁵ SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 762. Por el contrario, puesto que en muchos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del *civil law* exigen culpa del deudor para que resulte procedente la acción de daños y perjuicios, la reducción del precio es un remedio extremadamente útil para aquellos casos en que no concurre un comportamiento culposo.

²²⁶ No obstante, la norma añade que el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48, o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esas normas. La explicación de esta limitación reside en que «en estos casos no hay obviamente nada que reducir, aunque sí subsiste la acción por daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar», ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 257.

²²⁷ Hay que tener en cuenta que el remedio indemnizatorio no coincide exactamente con la reducción del precio: «Unlike damages-based remedies, the principle of the price reduction remedy is not dependent on actual loss being suffered by the buyer, but is solely dependent on the abstract relationship between the actual value of the goods delivered and the hypothetical value of conforming goods», PILIOUNIS (2000), pp. 1 a 46; hemos consultado la versión online puesta a disposición en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html#N_108_. Igualmente, TEDESCHI (1980), p. 276. Por otro lado, también debe tomarse en consideración el hecho de que es posible ejercer ambos remedios separadamente, por ejemplo, solicitando reducción del precio por los bienes defectuosos, así como, por otro lado, los daños que hubieren podido derivarse de la entrega tardía de esos mismos bienes, *vid.*, ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 258. En este sentido se pronuncia expresamente la sentencia del Oberlandesgericht Schleswig de 22 de agosto de 2002, UNILEX.

²²⁸ El remedio de la reducción del precio se ha aplicado incluso en laudos arbitrales, CIETAC China International Economic and Trade Arbitration Commission, 31 julio 1995. UNILEX.

4.3.3 Resolución en caso de simple retraso en el cumplimiento: el otorgamiento del plazo suplementario (*Nachfrist*)

Como es sabido, los casos de simple retraso puntual en el cumplimiento de una obligación generan una problemática específica. Es obvio que, tratándose de prestaciones fungibles (como el pago de dinero), un retraso puntual no puede calificarse de incumplimiento esencial, por cuanto no se habrá impedido la ejecución o el cumplimiento del fin práctico del contrato (que seguirá siendo posible). Por todo ello, el retraso, en un principio y por sí solo, no permite la resolución del contrato por incumplimiento esencial, pues podría incluso llegar a encubrir un ejercicio abusivo de tal derecho por parte del acreedor²²⁹.

Ahora bien, la existencia del retraso pone de manifiesto una actitud cuanto menos sospechosa del deudor, y, por ello, distintos ordenamientos jurídicos del mundo reconocen al acreedor el derecho de otorgar al deudor, mediante una notificación fehaciente, una prórroga de duración razonable para que cumpla efectivamente con la prestación demorada. Si, una vez transcurrido el período de tiempo concedido, el deudor no ha cumplido con lo que le correspondía, el acreedor podrá proceder a resolver el contrato de forma directa. Se trata, como puede observarse, de una norma que se basa en la equidad y en el principio general de buena fe, y puede decirse que tiene su origen en una institución alemana conocida con el nombre de *Nachfrist* (período adicional) contenida en el parágrafo 323 BGB²³⁰, y reproducida en otros textos legales pertenecientes a la órbita del Derecho continental (*civil law*)²³¹.

La filosofía de la medida se basa en que, mientras el cumplimiento sea posible, se debe conceder al deudor una segunda oportunidad para cumplir mediante el otorgamiento de un plazo de

²²⁹ Únicamente cabría la resolución contractual en dos supuestos: (i) cuando se base en retardos prolongados que pasan a frustrar el fin práctico perseguido por el negocio, creando en el otro contratante una situación de espera que resulta intolerable y le hace perder todo interés en la contraprestación; (ii) cuando se haya pactado un «término esencial» para el cumplimiento (como la entrega del traje de novia en la víspera de la celebración de la boda, o de las sillas de un espectáculo antes del mismo), ya que entonces cualquier retraso equivaldrá automáticamente a un incumplimiento esencial con posibilidades resolutorias.

²³⁰ No obstante, se reconoce también la posibilidad de poder ejercitar el remedio resolutorio directamente, esto es, sin previo otorgamiento del plazo, en ciertos casos especiales en los que se deduce la existencia de un incumplimiento esencial (*res ipsa loquitur*), como cuando el deudor haya denegado la prestación de forma seria y definitiva o el plazo establecido se haya convertido en término esencial.

²³¹ Así: § 918 AGBG Art. 107.1 del Código de las obligaciones de Suiza, art. 436.2 del Código civil de Portugal, art. 1605 CC Québec, art. 6:267 del Código civil de Holanda, §§ 25(2), 54(2) y 55(2) Sale of Goods Act de Finlandia y Suecia, art. 383 CC Grecia y, entre otros, en art. 1088 c) del Código civil y comercial de Argentina.

duración razonable. La razonabilidad del período otorgado depende de las condiciones del caso concreto y de la naturaleza de la prestación incumplida²³². Eso sí, en caso de desperdiciar dicha oportunidad, el acreedor podrá resolver el contrato, sin tener que otorgar nuevos períodos suplementarios de cumplimiento (salvo que así lo decida libre y voluntariamente).

Pues bien, los artículos 47 y 63 CISG recogieron la figura del *Nachfrist*²³³, y, por eso, determinan que tanto el comprador como el vendedor podrán fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por la otra parte de las obligaciones que le incumban (entrega de los bienes y pago del precio respectivamente). La parte que haya concedido el plazo adicional no podrá durante la vigencia del mismo ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato²³⁴, a menos que haya recibido la comunicación de la contraparte de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado (esto no es más que una expresión concreta de la prohibición del *venire contra factum proprium*²³⁵). Como puede verse, la concesión del plazo adicional de cumplimiento es potestativa, en ningún caso obligatoria²³⁶, si bien, normalmente resultará muy útil para la parte cumplidora, ya que una vez transcurrido el período de gracia sin que se haya verificado el cumplimiento podrá resolverse automáticamente el contrato, sin necesidad de verificar si el incumplimiento puede o no calificarse de esencial. O, en otras palabras, el incumplimiento inicial se convierte en esencial cuando ha terminado el plazo adicional. Es más, aunque sea discutible, distintas resoluciones judiciales y arbitrales han entendido que el otorgamiento de un plazo suplementario es un requisito de la resolución del contrato²³⁷.

²³² Así, en el DCFR se establece que «hay diversos factores que pueden ser importantes. Puede ser relevante el plazo establecido inicialmente para el cumplimiento: si el plazo es corto, la prórroga también puede ser corta. Puede ser relevante la necesidad del acreedor de obtener un rápido cumplimiento, siempre que eso sea evidente para el deudor incumplidor. Puede ser importante la naturaleza de las mercancías, servicios o derechos que se tienen que suministrar o transportar: una prestación complicada puede requerir un plazo más largo que una sencilla. También puede ser relevante la naturaleza del acontecimiento que haya ocasionado el retraso; a una parte que no haya podido cumplir su obligación debido al mal tiempo debe concedérsele una prórroga más larga que a una parte que simplemente se olvidó de la obligación», VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. III.- 3:503 DCFR. Comentario D.

²³³ Un interesante estudio comparativo puede verse en DI PALMA (1999), pp. 28 a 38.

²³⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ (1998), p. 426.

²³⁵ MÜLLER-CHEN, «Article 47» (2005), p. 554.

²³⁶ Los Tribunales no pueden conceder unilateralmente ese plazo de gracia (*vid.*, arts. 45.3 y 61.3 CISG).

²³⁷ Así, ICC 8128/1995. OLG Frankfurt am Main, 18 enero 1994 LG Düsseldorf, 11 octubre 1995. UNILEX.

En el fondo, el *Nachfrist* es una medida de sentido común y bastante lógica²³⁸, y, por ello, no es de extrañar que uno de los más ilustres representantes del mundo del derecho angloamericano en la Conferencia Diplomática celebrada en Viena, el profesor E. Allan Farnsworth, afirmase que, aun tratándose de un mecanismo bastante desconocido en el *common law*, «met with general acceptance among the common law lawyers who have examined it»²³⁹.

4.4 SOLUCIONES DE APARENTE COMPROMISO

4.4.1 Las opciones transaccionales en la CISG

Ya hemos podido ver cómo los redactores de la CISG pretendieron integrar a lo largo del texto uniforme instituciones procedentes indistintamente de los dos grandes sistemas jurídicos, el *civil law* y el *common law*, en un ejercicio de reconocimiento y superación de los problemas que hasta el momento había puesto de manifiesto el proceso histórico de uniformización del contrato de compraventa internacional. Ahora bien, junto a estas normas podemos encontrar un conjunto de casos que tienen en común el hecho de constituir soluciones de compromiso frente a situaciones que fueron percibidas como de insalvable «colisión jurídica». Esto es, durante los trabajos preparatorios de la CISG hubo determinadas cuestiones en las que se puso de manifiesto un enfrentamiento muy importante entre las grandes familias jurídicas, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo que, por ejemplo, adoptara la que se entendiera como la mejor solución posible (*better law approach*), se optó por una salida transaccional que pretendía contentar a todos.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, no es desde luego una opción elegante, ya que, bajo la premisa de contentar a todos, finalmente se ofrecen soluciones insatisfactorias. Es más, como podrá comprobar el lector, en el título empleado para identificar el presente epígrafe hemos incluido la palabra «aparente» en letra cursi-

²³⁸ En este sentido, aunque el Código civil español no regula la figura del plazo suplementario, la conducta ordinaria del acreedor es conceder al deudor un plazo nuevo y definitivo de pago, entre otras cosas, para despejar las incertidumbres que en muchas ocasiones se ciernen sobre qué ha de considerarse como un incumplimiento esencial o sustancial a efectos resolutorios. CARRASCO PERERA (2017), 22/29. Es más, el artículo 66 bis 2 del TRLGDCU reconoce expresamente esta figura en los siguientes términos: «Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato». *Vid.*, con detalle, FENOY PICÓN (2015), pp. 886 y ss.

²³⁹ *Vid.*, FARNSWORTH (1981), p. 17.

va con la deliberada intención de poner de manifiesto cómo en la mayoría de los casos el compromiso alcanzado no fue real, sino ficticio, ya que prevaleció oculta una de las soluciones contrapuestas. Pasemos a verlo con mayor detalle.

4.4.2 El principio de la buena fe en la contratación

Es muy común entre los ordenamientos jurídicos del *civil law* que se reconozca el principio general de la buena fe contractual como un elemento informador del comportamiento y actuación de las partes a lo largo de toda la vida del contrato (formación, cumplimiento y ejecución), lo cual se traduce en la existencia de un deber de transparencia, de cooperación, de lealtad comercial o, entre otros, de confidencialidad²⁴⁰. Paradigmático resulta en este sentido el parágrafo 242 del BGB (*Treu und Glauben*), que establece el deber de todo deudor de cumplir las prestaciones según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico. Y, en el mismo sentido, se pronuncia el artículo 1258 CC, el cual determina que 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 fe, al uso y a la ley²⁴¹.

Sin embargo, en el *common law* inglés²⁴² no se impone a las partes el deber general de actuar conforme a la buena fe²⁴³. En las célebres y contundentes palabras de Lord Ackner, emitidas en el fallo correspondiente al caso *Walford v Miles*, «the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations»²⁴⁴. Esto no quiere decir que en Inglaterra un contra-

²⁴⁰ Sobre esta cuestión *vid.*, *in extenso*, ZIMMERMANN, WHITTAKER (2000).

²⁴¹ Igualmente, art. 762 CC Portugal, art. 1375 CC Italia, arts. 6:2 BW y art. 288 CC Grecia.

²⁴² *Vid.*, CARTWRIGHT (2017), pp. 40 a 45.

²⁴³ No ocurre lo mismo en otras jurisdicciones formalmente pertenecientes al *common law*, como los Estados Unidos, cuyo § 1-304 del *Uniform Commercial Code* establece que «Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement». Por su parte, el § 2-103 define expresamente el concepto de «Good faith» en los siguientes términos: «means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing» (*Cfr.*, 205.21 Second Restatement on Contracts). No obstante, merece la pena destacar que el deber general de actuar de buena fe se limita al momento del cumplimiento, no al de la formación del contrato.

²⁴⁴ Merece la pena citar el resto del razonamiento por lo contundente de las conclusiones: «Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [counsel for one of the parties in the case], of course,

tante de mala fe disfrute del completo amparo del ordenamiento jurídico, ya que existen una serie de remedios (*unconscionability, misrepresentation, false representation, mistake*) que permiten a los contratantes liberarse de un contrato realizado bajo el vicio de *unfairness*²⁴⁵. Pero resulta completamente claro que nadie puede invocar en sede judicial que un contratante ha incumplido su deber general de actuar de buena fe, ya sea en la fase de negociación o en la de ejecución del contrato²⁴⁶.

¿Cómo resolvió la CISG este enfoque diametralmente opuesto del deber de actuar de buena fe? Durante los trabajos que condujeron a la redacción del texto vienés se planteó la posibilidad de incluir una norma en la que se estableciera el deber de las partes de observar en el curso de la formación del contrato los principios de «fair dealing and act in good faith»²⁴⁷. La mayoría de los representantes de los países del *common law* se opusieron a la misma, por lo que finalmente se alcanzó una confusa fórmula de compromiso en el artículo 7.1 CISG, cuyo tenor es el siguiente: «En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional». Es decir, se recoge de forma transaccional que el principio de buena fe se tendrá en cuenta a la hora de interpretar las normas de la CISG, pero más allá de esta finalidad hermenéutica se supone que no podrá ser invocado.

Pero, ¿ha sido así? La práctica jurisprudencial ha demostrado que a los jueces y tribunales les resulta útil recurrir a una cláusula general como la de buena fe para poder solventar algunos de los litigios que se les plantean y, en consecuencia, han invocado su presencia en el artículo 7.1 para, yendo más allá de los inicialmen-

accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies». [1992] 2 AC 128 at 138.

²⁴⁵ «English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle [se refiere el Tribunal al principio de buena fe] but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hire-purchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways», Bingham LJ, en *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*, [1989] QB 433 at 439.

²⁴⁶ «English law does not recognise a general duty to negotiate nor to perform contracts in good faith», ZIMMERMANN/WHITTAKER, p. 39.

²⁴⁷ Sobre esta cuestión, *vid.*, FARNSWORTH (1981), p. 18.

te previsto, extender su aplicación como un principio general de toda la CISG²⁴⁸. Tal y como afirma Perales Viscasillas, «en la actualidad, y pese a lo conflictivo de la cuestión durante la aprobación de la Convención de Viena (y en los trabajos previos), es claro que el papel de la buena fe no queda confinado a la interpretación de la Convención sino que se está aplicando por los tribunales como estándar de comportamiento exigible a las partes»²⁴⁹.

Y lo más interesante es que esto ha ocurrido no sólo en sentencias dictadas por tribunales ubicados en jurisdicciones del *civil law*²⁵⁰, lo cual puede parecer hasta un cierto punto lógico, sino incluso en cortes del *common law*. En este sentido, una sentencia de 12 de marzo de 1992 de la *Court of Appeal* de *New South Wales* (Australia) recurrió al principio general de buena fe del art. 7.1 CISG para resolver un pleito en el que se enjuiciaba una cláusula de rescisión contractual, siendo llamativo que, como se reconoce en la resolución, tal figura no se reconoce expresamente en el derecho australiano²⁵¹. A partir de aquí, se ha considerado como un precedente judicial citado por otros tribunales²⁵². En otros términos, un principio esencial del *common law* ha acabado cediendo bajo el peso del Derecho uniforme y su capacidad expansiva.

4.4.3 El cumplimiento en forma específica

Algo parecido a lo que acabamos de relatar ocurrió con uno de los remedios o acciones que finalmente se recogieron en la CISG: el cumplimiento en forma específica. Efectivamente, tanto el com-

²⁴⁸ Así lo ha calificado el Tribunal Supremo alemán en dos ocasiones: *Bundesgerichtshof*, 09.01.2002 y 13.02.2013, UNILEX.

²⁴⁹ ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 117.

²⁵⁰ Incluyendo España: SAP Girona 21 enero 2016 (JUR 2016, 45910).

²⁵¹ «Good Faith. The kind of reasonableness I have been discussing seems to me to have much in common with the notions of good faith which are regarded in many of the civil law systems of Europe and in all States in the United States as necessarily implied in many kinds of contract. Although this implication has not yet been accepted to the same extent in Australia as part of judge-made Australian contract law, there are many indications that the time be fast approaching when the idea, long recognised as implicit in many of the orthodox techniques of solving contractual disputes, will gain explicit recognition in the same way as it has in Europe and in the United States». UNILEX.

²⁵² «I would note in passing that the supposed uncertainty with «good faith» terminology has not deterred every state and territory legislature in this country from enacting into domestic law the provisions of Art 7(1) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: for example, Sale of Goods (Vienna Convention) Act 1986 (NSW)», *Federal Court of Australia, South Sydney District Rugby League Football Club Ltd. V. News*. UNILEX. Igualmente, New South Wales Court of Appeal, en los casos *Alcatel Australia Ltd v Scarcella*(1998) 44 NSWLR 349, *Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd* [2001] NSWCA 187 and *Vodafone Pacific Ltd v Mobile Innovations Ltd* [2004] NSWCA 15. En Canadá, *Transamerica Life Inc v ING Canada Inc* (2003) 68 OR (3d) 457, 468.

prador (art. 46 CISG) como el vendedor (art. 62 CISG) podrán exigir a su contraparte el cumplimiento *in natura*, esto es, la ejecución exacta e idéntica de las obligaciones a las que se hubiera comprometido (la entrega de las mercaderías, el pago del precio, la recepción, etc.) siempre y cuando no hayan ejercitado un derecho o acción incompatible con dicha exigencia (como la resolución del contrato). Es más, dicho remedio se ubica sistemáticamente en primer lugar entre el elenco de remedios puestos a disposición del vendedor y el comprador, lo cual parece querer indicar su carácter ciertamente privilegiado o prioritario²⁵³.

Sin embargo, la propia Convención de Viena aclara que ningún tribunal estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención (art. 28 CISG). Es decir, aunque nadie puede discutir la posibilidad de que un contratante invoque este remedio, un juez no estará obligado a exigir al deudor demandado que cumpla lo pactado cuando, en el caso de ser aplicable su derecho interno, no habría hecho esto mismo²⁵⁴.

¿A qué obedece esta regla limitativa de la eficacia del remedio del cumplimiento específico? Pues nuevamente al distinto posicionamiento que *civil law* y *common law* adoptan al respecto: el primero se muestra a favor del cumplimiento *in natura* como una consecuencia lógica e inmediata del principio *pacta sunt servanda*²⁵⁵ (*vid.*, arts. 1096 CC y 699 y ss. LEC)²⁵⁶, hasta el punto de que Rabel calificó a este remedio como «la columna vertebral de la obligación»²⁵⁷; por el contrario, el segundo privilegia el remedio indemnizatorio (*action for damages*), relegando la acción de incumplimiento a ciertos casos excepcionales (no en vano, se trata de un *equitable remedy*), como, en palabras de Cartwright, cuando «la indemnización no pueda compensar adecuadamente las pérdidas sufridas por la parte demandante»²⁵⁸, o en general cuando se trate de bienes inmuebles o «scarce» o «unique goods»²⁵⁹.

²⁵³ En este sentido se pronuncia ADAME MARTÍNEZ (2013).

²⁵⁴ *Vid.*, Zürich Arbitration, Suiza, 31 May 1996, en el que se rechazó la «specific performance» porque el Derecho aplicable no contemplaba tal remedio y, en su lugar, se otorgó una indemnización de daños y perjuicios, CLOUT case No. 417.

²⁵⁵ No en vano, se ha calificado como «el centro de gravedad del sistema» del Código civil, L. DÍEZ-PICAZO (1996), p. 678. También se ha dicho que es la otra cara de la moneda del deber de prestación, MORALES MORENO, «El derecho...» (2006), p. 191.

²⁵⁶ *Vid.*, § 241 BGB, §§ 918 y 919 ABGB; art. 1453 1 CC Italia; art. 3:296 (1) BW. 21 § Sales of Goods Act Dinamarca.

²⁵⁷ RABEL, *Recht des Warenkauf*, vol. I, p. 357 (citado por SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 563).

²⁵⁸ *Vid.*, CARTWRIGHT (2017), p. 48.

²⁵⁹ *Vid.*, ANDREWS (2011), p. 531.

Durante los trabajos preparatorios se puso de manifiesto que las diferencias entre estos enfoques eran «insalvables», por lo que se decidió escoger una fórmula transaccional²⁶⁰: se reconoce como remedio, pero se limita su ejecución en vía judicial²⁶¹. Realmente, la solución no es un ejemplo de buen hacer comparatista –nada que ver con la redacción mucho más elaborada que del remedio hace el art. 9:102 PECL–, ya que, en vez de alcanzar una vía de compromiso entre estas visiones, se opta por mantener la compatibilidad de ambas²⁶² en un dudoso ejercicio de funambulismo jurídico entre el derecho sustantivo y el derecho procesal.

En cualquier caso, se ha puesto sobradamente de manifiesto que los efectos de esta limitación en la accionabilidad del remedio han sido muy menores en la práctica²⁶³, ya que normalmente los comerciantes y empresarios sólo exigirán el cumplimiento en forma específica cuando se trate de bienes infungibles y únicos, es decir, muy difícilmente obtenibles en el mercado y, como acabamos de ver, en estos casos cualquier juez del *common law* acabará reconociendo la ejecución del remedio, puesto que en su propia jurisdicción haría lo mismo²⁶⁴. Y, por otro lado, hay que tener en cuenta que la CISG no exige al juez –en caso de que su Derecho no reconozca para el caso concreto el remedio de la «specific performance»– que rechaze la ejecución de la acción de cumplimiento instada, limitándose a afirmar que «no estará obligado» a hacerlo, lo cual, *contrario sensu*, implica que podrá conceder el remedio cuando lo estime conveniente. Y desde luego, así lo hará siempre y cuando lo estime como el remedio más apropiado ante las insuficiencias de la indemnización de daños y perjuicios (en cuanto remedio en un principio natural del sistema jurídico del *common law*).

²⁶⁰ Así lo reconoce UNCITRAL: «The article constitutes a compromise between legal systems that deal differently with the right of a party to claim specific performance of the contract», *UNCITRAL, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012), p. 126.

²⁶¹ MÜLLER-CHEN, «Article 28» (2005), p. 318.

²⁶² Así se pronuncian, SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 572.

²⁶³ MÜLLER-CHEN, «Article 28», p. 319.

²⁶⁴ *Vid.*, BRIDGE (1999) (3.19). En este sentido, el *U. S. District Court of Illinois*, en sentencia de 07.12.1999, declaró aplicable el remedio del cumplimiento en forma específica tras recordar que, de acuerdo con una interpretación contemporánea del § 2-716 (1) UCC, dicho remedio podía concederse cuando el comprador demostrara la dificultad de obtener bienes similares en el mercado. Por otro lado, hay un dato aún más relevante: aunque son más de tres mil las sentencias que han aplicado la CISG, apenas dos o tres han aplicado el artículo 28, lo cual pone de manifiesto la escasa problemática que plantea («[...] the issue has not created any practical difficulties»), SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 571).

4.4.4 Los contratos con precio abierto

La posibilidad de que pueda existir un contrato de compraventa en el que no se haya determinado previamente el precio que el comprador tendrá que pagar por las mercaderías²⁶⁵ también dio lugar a una intensa polémica durante los trabajos preparatorios de la Convención de Viena²⁶⁶. Efectivamente, en algunos ordenamientos jurídicos se reconoce la posibilidad de que existan contratos sin precio, como en el *common law* (*open price contracts*)²⁶⁷, donde suele entenderse que en caso de ausencia de determinación del precio el comprador tendrá que pagar «a reasonable Price»²⁶⁸ (también dentro del sistema jurídico-continental se encuentran ejemplos de admisibilidad de contratos sin precio, como en el Derecho alemán o en el austríaco²⁶⁹). Por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos, como el español o el francés²⁷⁰, el precio es un elemento constitutivo del contrato y debe estar determinado o ser determinable desde un principio (*pretium certum*), provocando en caso contrario la ineficacia del contrato (*cfr.* arts. 1447, 1449 y 1450 CC).

Así pues, los redactores de la CISG se encontraron ante un escollo aparentemente insalvable, pues resultaba muy complejo construir un puente de entendimiento entre dos alternativas que a simple vista son antagónicas. Y la solución finalmente adoptada confirma este parecer. Efectivamente, la clave para entender cuál fue la solución de la Convención de Viena se encuentra en los artículos 14 y 55, cuya redacción literal es abiertamente contradictoria:

El primero determina que «[l]a propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de que-

²⁶⁵ Sobre esta cuestión, *vid.*, FERRANTE (2014).

²⁶⁶ *Vid.*, para una primera aproximación, J. HONNOLD, «International Sales Law and the Open-Price Contract», en V.V.A.A., *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf*. Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 915 a 933.

²⁶⁷ § 2-305 UCC: *Open Price Term*. (1) «The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled».

²⁶⁸ Art. 8 *Sale of Goods Act* 1979. *Ascertainment of price*. «(1) The price in a contract of sale may be fixed by the contract, or may be left to be fixed in a manner agreed by the contract, or may be determined by the course of dealing between the parties. (2) Where the price is not determined as mentioned in sub-section (1) above the buyer must pay a reasonable price. (3) What is a reasonable price is a question of fact dependent on the circumstances of each particular case».

²⁶⁹ § 315 BGB (que hace referencia a «criterios equitativos» en caso de determinación unilateral de la prestación) y § 1054 ABGB. También se reconoce en el artículo 1474. I CC Italia y, entre otros, en el artículo 212 (1) CO Suiza.

²⁷⁰ Art. 1591 *Code civil*: «Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties». Por su parte, el artículo 1592 aclara que «Il peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente». Por lo tanto, en principio no cabe la compraventa sin precio.

dar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos». Por lo tanto, la CISG determina que tan sólo habrá oferta –y, en consecuencia, podrá iniciarse el proceso de formación contractual– si ésta es lo suficientemente precisa, aclarándose a continuación que cumplirá este requisito si el precio está determinado o, al menos, es determinable. Así pues, de la literalidad del artículo 14 CISG se deduce fácilmente que el precio es un elemento esencial de la oferta, y su ausencia completa dará lugar a la inexistencia de aquélla²⁷¹.

Por el contrario, el artículo 55 CISG determina lo siguiente: «Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate». La simple lectura superficial de la norma provoca perplejidad, ya que reconoce abiertamente que es posible realizar un contrato sin precio inicial, en cuyo caso se aplicará el precio de mercado de los bienes vendidos. Pero, ¿no decía el artículo 14 CISG que sin precio no hay oferta? ¿Es que resulta posible que haya contrato sin oferta válida? Como puede verse, se trata de una contradicción en los términos en toda regla, que llevó a algunos autores a declarar que no era posible celebrar válidamente un contrato de compraventa que no tuviera precio²⁷².

La clave para resolver este galimatías jurídico reside en la expresión «cuando el contrato haya sido válidamente celebrado». ¿Cómo es posible que se celebre eficazmente un contrato sin precio si, en tal caso, no habría una oferta válida? Pues la respuesta se encuentra en el artículo 6 CISG, que consagra el carácter dispositivo de todas las normas de la Convención y, en consecuencia, permite su exclusión tanto explícita como implícita²⁷³. Esto es, *a priori* resulta posible concluir un acuerdo de compraventa sin necesidad de incluir el precio siempre y cuando las partes lo hayan querido así, ya sea porque lo han previsto de forma expresa en el contrato²⁷⁴, o porque, de

²⁷¹ La norma, a su vez, responde a la preocupación de los países en vías de desarrollo –compartida por los Estados pertenecientes a la «familia jurídica socialista»– de que las empresas de los países industrializados, en su condición habitual de vendedoras, acabaran imponiendo unilateralmente el precio de los productos, *vid.*, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995), pp. 9 y 10.

²⁷² TALLON (1984), pp. 7 y ss.

²⁷³ *Vid.*, con detalle sobre esta cuestión, PERALES VISCASILLAS (1996), pp. 353 y ss.

²⁷⁴ *Vid.*, SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 135. En este sentido se expresa *Landgericht Neubrandenburg* de 3 de agosto de 2005. UNILEX.

acuerdo con los criterios interpretativos del artículo 8 CISG, pueda deducirse implícitamente de los actos de los contratantes o, incluso, de los propios usos del tráfico mercantil *ex* artículo 9 CISG²⁷⁵. Pues bien, son tantas las opciones que se abren con esta interpretación sistemática de las disposiciones normativas de la Convención de Viena que puede llegarse a la conclusión de que lo que aparentemente era una excepción en realidad es la regla: el principio de la validez de los contratos con precio abierto. Así, será válido el contrato en el que no se acordó el precio si el comprador aceptó los bienes sin mostrar ninguna objeción al respecto²⁷⁶, aquél en el que, en base a las prácticas previas, se envían las mercaderías sin necesidad de previa aceptación²⁷⁷, o el contrato en el que el propio oferente-comprador emplea la expresión comercial «envío inmediato» (*Liefertermin sofort*)²⁷⁸, por entenderse que nos encontramos ante una perfección del contrato mediante actos concluyentes (el envío de la mercaderías solicitadas *ex* art. 18.3 CISG)²⁷⁹. En definitiva, en todos aquellos casos en que el contrato se ha ejecutado de alguna forma –algo muy normal en el comercio internacional, caracterizado por la urgencia del cumplimiento de los contratos– va a entenderse que éste se perfeccionó válidamente, determinándose el precio unilateralmente pero *arbitrium boni viri* y, en caso de ser notoriamente abusivo, en función de lo establecido en el mercado²⁸⁰. Por todo ello se ha dicho que el conflicto entre los artículos 14 y 55 CISG «is more a theoretical than practical nature»²⁸¹.

4.4.5 La irrevocabilidad de la oferta mediante la fijación de un plazo fijo

Puede afirmarse que la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo entienden que una oferta es perfectamente revocable

²⁷⁵ HAGER (2005), p. 626. Incluso, hay que tener en cuenta que puede haberse hecho uso de la reserva del artículo 92 CISG (relativa a la Parte II), en cuyo caso el artículo 14 no sería aplicable.

²⁷⁶ *Court d'appel de Grenoble*, 26 de abril 1995. UNILEX.

²⁷⁷ *Court d'appel de Grenoble*, 21 de octubre 1999. UNILEX.

²⁷⁸ *Handelsgericht St. Gallen* (Suiza), 5 de diciembre de 1995. UNILEX.

²⁷⁹ «3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente».

²⁸⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995), p. 9.

²⁸¹ Así se pronuncian, entre otros, SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 140. No obstante, hay excepciones a esta regla general. Por ejemplo, el § 145 BGB establece que quien propone a otro la celebración de un contrato queda vinculado por la oferta a no ser que haya excluido la vinculación. Igualmente, § 862 ABGB, art. 230 CC Portugal, art. 185 CC Grecia, § 9 Ley de Contratos de Dinamarca y Suecia.

por parte del oferente al menos hasta el momento en el que el contrato haya sido concluido mediante su aceptación²⁸². Por eso, no resulta extraño que el artículo 16.1 CISG determine que «la oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación». *Contrario sensu*, si la aceptación fue enviada por la contraparte antes de que le llegase la revocación (art. 24 CISG)²⁸³, la oferta resulta irrevocable, ya que desde ese momento se entiende, según el sistema de formación establecido por el texto vienés, que el contrato se había concluido y, en consecuencia, había devenido firme (art. 23 CISG)²⁸⁴.

Ahora bien, mucho más discutible y discutida es la cuestión de determinar si la oferta es irrevocable cuando el oferente se ha limitado a fijar un plazo de tiempo durante el cual el destinatario puede aceptar la oferta. ¿Puede considerarse en este caso que el oferente, implícitamente, está diciendo que su oferta es irrevocable durante dicho periodo? Y aquí las divergencias entre el *common law* y el *civil law* parecen nuevamente irreconciliables: los juristas del ámbito angloamericano entienden que se trata de un simple plazo de caducidad pasado el cual el destinatario no podrá aceptar, pero desde luego nada obsta a que el emisor pueda en cualquier momento revocar su oferta sin necesidad de esperar a que expire el tiempo señalado en la oferta²⁸⁵; por el contrario, desde el derecho continental se interpreta que cuando alguien señala un plazo fijo para aceptar está comprometiéndose de alguna forma a no revocar la oferta durante dicho plazo.

La Convención de Viena, tras muchas discusiones, trató de mediar entre ambas posturas aparentemente antagónicas y estableció que «la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable»

²⁸² SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 136. En el mismo sentido, HAGER, p. 626.

²⁸³ «A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención «llega» al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual».

²⁸⁴ Respecto al momento de formación del contrato, *vid.*, ILESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, pp. 156 y ss.

²⁸⁵ No obstante, hay que recordar que en este punto no existe unanimidad entre los distintos países que cultivan la tradición del *common law*. Por ejemplo, el § 2-205 UCC, intitulado «Firm offers», establece que: «An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offeree must be separately signed by the offeror». Por eso, se ha dicho que «[a]n American, at last, will not be troubled by the offeror's power to provide under article 16(2) that an offer is not revocable», FARNSWORTH (1981), p. 14.

(art. 16.2 CISG). Pues bien, los hechos han demostrado que esta solución presuntamente conciliadora²⁸⁶ no ha servido de nada, ya que la falta de claridad de la norma, por no decir su deliberada ambigüedad²⁸⁷, ha dado lugar a que cada cual interprete la regla de acuerdo con lo que dictan los principios de su tradición jurídica²⁸⁸. Así, desde la tradición jurídica continental se entiende que la oferta es irrevocable²⁸⁹, mientras que los juristas del *common law* apuestan por su revocabilidad²⁹⁰. Y, aunque ha habido intentos, como los de SCHLECHTRIEM, por ofrecer una interpretación ecléctica (*tertius genus*) según la cual la fijación de un plazo fijo equivale a la presunción *iuris tatum* (por lo tanto susceptible de rebatir) de irrevocabilidad²⁹¹, lo cierto es que éste sigue siendo un ámbito en el que no hay acuerdo entre la doctrina jurídica²⁹². Además, la ausencia de pronunciamientos judiciales hace que ni siquiera podamos pensar en la existencia de una interpretación jurisprudencial mayoritaria en uno u otro sentido²⁹³.

4.4.6 La transmisión del riesgo de la «res in transitio»

Por último, merece la pena exponer brevemente un caso en el que la colisión jurídica no se produjo, como hemos visto hasta ahora, entre los dos grandes sistemas normativos del mundo, sino entre los países industrializados y los –entonces– países en vías de desarrollo, que se enfrascaron en la Conferencia diplomática celebrada en Viena en el año 1980 en una discusión aparentemente técnica, pero de un gran trasfondo político-económico que sería conocida con el nombre de *North-South debate*²⁹⁴.

²⁸⁶ «Illusionary compromise», EÖRSI (1983), p. 333.

²⁸⁷ EÖRSI (1987), nota 1.7.2.

²⁸⁸ Así lo reconoce de forma expresa, KLEINHEISTERKAMP (2009), p. 249.

²⁸⁹ NEUMAYER, MING (1993), «Art. 16», nota 5 a).

²⁹⁰ En el sentido de que no será suficiente con el establecimiento de un plazo fijo para entender que la oferta es irrevocable, siendo, por lo tanto, necesario que se ponga de manifiesto de alguna forma la intención de quedar vinculado por la oferta, FARNSWORTH (1984), p. 3-10.

²⁹¹ SCHLECHTRIEM, «Art. 16» (2005), p. 211.

²⁹² En nuestra doctrina jurídica, el profesor DíEZ-PICAZO entendió que el mero señalamiento del plazo fijo para la aceptación por sí solo no hace la oferta irrevocable, a menos que en el señalamiento del plazo se pueda encontrar una voluntad o una objetiva declaración del carácter firme de la oferta durante el plazo o de la irrevocabilidad, DíEZ-PICAZO [1997 (reimpresión 2006)], p. 177.

²⁹³ En la recopilación jurisprudencial de UNCITRAL se establece claramente que: «There are no reported cases applying this subparagraph», UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 97.

²⁹⁴ EÖRSI (1983), p. 352. No en vano, la posición de Paquistán coincidía con la del Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano.

El problema jurídico radicaba en la determinación exacta del momento de la transmisión del riesgo en las llamadas compraventas *in transitu*, muy habituales en el mercado internacional de las materias primas. Inicialmente, el artículo 80 del Proyecto de Convención establecía que «[e]l riesgo respecto a las mercaderías vendidas en tránsito será asumido por el comprador a partir del momento de la entrega de la mercadería al transportista que expida los documentos que controlen su disposición». Esta solución fue muy criticada por determinados representantes de países en vías de desarrollo, que consideraron como injusta la transmisión retroactiva del riesgo teniendo en cuenta que el comprador adquiere las mercaderías en tránsito sin inspeccionarlas y desconociendo en qué estado se encuentran. Tras varios debates infructuosos²⁹⁵, finalmente se llegó a un acuerdo de compromiso²⁹⁶ cuyo contenido es el que sigue: el riesgo, como principio general, se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato (art. 68.1 CISG), pero, si así resultare de las circunstancias, será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte (art. 68.2 CISG).

Así pues, a primera vista parece que el posicionamiento de los países en vías de desarrollo fue reconocido en el párrafo primero de la norma, por lo que podríamos entender que éstos acabaron imponiendo su parecer. Sin embargo, el segundo inciso de la norma recoge, a modo de excepción, exactamente la regla que pretendían evitar, esto es, la transmisión del riesgo retroactivamente cuando «así resultare de las circunstancias», expresión que, según el parecer unánime de la doctrina, hace referencia al hecho de que el vendedor entregue al comprador una póliza de seguro endosada a su favor²⁹⁷. Pues bien, teniendo en cuenta que en el comercio internacional lo más común será que se produzca la entrega de dicha póliza, puede afirmarse que lo que aparentemente era una solución excepcional acabó convirtiéndose en la norma general. O, si se quiere, en términos más simples y mundanos podemos decir que, tras numerosas discusiones, los países industrializados acabaron ganando la partida e imponiendo su visión jurídico-política. Pero sobretodo, la pregunta que hay que hacerse es, si todos eran conscientes de que la regla en principio excepcional iba a acabar siendo la norma general, ¿por qué no se hizo exactamente lo contrario? La respuesta es sencilla y hay que ubicarla en la paz política que los

²⁹⁵ *Vid.*, con detalle, OLIVA BLÁZQUEZ (2000).

²⁹⁶ KRITZER (1989), p. 447.

²⁹⁷ HONNOLD, «Risk of Loss» (1984), p. 8-12.

encargados de tramitar un complejo texto de carácter internacional tienen que encontrar para alcanzar el objetivo final de su aprobación. No obstante, el precio que ha habido que pagar ha sido el de haber incluido una norma confusa que puede acabar provocando cierta inseguridad jurídica.

4.4.7 **A modo de conclusión: una lección sobre el empleo diletante de la técnica comparatista**

A lo largo del presente epígrafe hemos expuesto una serie de casos que tienen tres cosas en común: por un lado, se trataba de cuestiones jurídicas muy importantes que, aparentemente, se afrontaban y resolvían de manera divergente en el Derecho comparado; por otro lado, ante la imposibilidad de que una de las visiones encontradas acabara imponiéndose (puesto que ninguna de las partes implicadas en el debate estaba dispuesta a ceder), se optó por adoptar una solución de compromiso de perfil técnico por lo común deficiente y confuso; finalmente, bajo la ficción de haber alcanzado un acuerdo transaccional capaz de respetar la singular aproximación al problema de cada una de las partes, ha acabado aflorando, gracias a la práctica, una realidad bastante diferente en la que se ha optado por acoger íntegramente una de las opciones enfrentadas, descartando la otra.

Efectivamente, aunque la buena fe en el comercio internacional se mencionó en el artículo 7.1 CISG, en sede exclusiva de interpretación del propio texto convencional, los jueces y tribunales han acabado entendiendo que se trata de un principio general que deben honrar los contratantes y que, como tal, puede emplearse a la hora de enjuiciar su comportamiento en el caso concreto (desdeñando de esa forma la antipatía con la que el *common law* mira a esta figura). Por otro lado, el cumplimiento específico ha sido admitido sin ningún tipo de problema como remedio típico frente al incumplimiento contractual (a través de los mecanismos de la reparación y sustitución), habiendo sido escasísima la incidencia real que la limitación establecida en el artículo 28 CISG ha tenido en la jurisdicción del *common law*. Lo mismo ha ocurrido con los contratos con precio abierto, cuya validez nadie discute a pesar de lo intrincado y confuso de las relaciones entre los artículos 14 y 55 CISG. Y, finalmente, el riesgo en los contratos de compraventa en tránsito se transmite de forma retroactiva desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte, quedando la regla que lo vincula con la celebración del contrato como un mero brindis al

sol. La única excepción ha sido la relativa a la revocabilidad de la oferta cuando se ha concedido al destinatario un plazo para aceptar, ya que en este punto no se ha impuesto una interpretación, quedando ésta al albur del criterio de cada jurisdicción (que será determinado, a su vez, por su pertenencia *al civil law* o al *common law*).

Este curioso fenómeno que nos ofrece la experiencia del Derecho uniforme nos permite extraer una lección muy poderosa: el comparatista tiene que apostar necesariamente por una solución, ya sea la que considere más apropiada (*better law approach*), o bien la que sea más compartida por los distintos ordenamientos jurídicos (*common law approach*), pero el escapismo no es en ningún caso una opción, sino una huida hacia ninguna parte. Es decir, las soluciones aparentemente transaccionales, en las que en realidad se ofrece una confusa solución intermedia o híbrida, puede ser una salida útil, pero sólo a corto plazo, ya que los problemas hermenéuticos que las reglas eclécticas inevitablemente provocan acabarán aflorando, y entonces los operadores jurídicos que se enfrentan al Derecho práctico optarán por aplicar la solución que consideren más sensata, tal y como ha ocurrido en los casos analizados.

En este sentido, resulta muy satisfactorio comprobar cómo los instrumentos de *soft law* que nacieron al albur de la Convención de Viena se han separado, en cada una de las cuestiones jurídicas que hemos tratado, de las soluciones intermedias y poco claras que ésta ofrecía, y en su lugar han consagrado la regla que han considerado como la más apropiada para resolver la problemática planteada. Efectivamente:

i) El principio de buena fe contractual aparece expresamente recogido como un pilar esencial, hasta el punto de que las partes no pueden limitar ni excluir tal deber (arts. 1.7 PICC, 1:201 PECL y III.-1:103 DCFR²⁹⁸).

ii) El reconocimiento del remedio del cumplimiento en forma específica no se topa con la limitación del artículo 25 CISG (arts. 7.2.1. a 7.2.5 PICC, 9:101 a 9:103 PECL y III.-3:301 a 3:303 DCFR).

iii) Se admite expresamente la validez de los contratos en los que no se haya fijado precio ni método para determinarlo [arts. 5.1.7 (1) PICC, 6:104 PECL, II.-9:104 DCFR²⁹⁹].

²⁹⁸ En los comentarios oficiales al DCFR se dice expresamente que el deber general de buena fe contractual no se reconoce en las legislaciones de todos los Estados miembros, pero con bastante sentido común se recuerda que «aquellas que no lo reconocen explícitamente tienen con frecuencia reglas específicas que producen resultados muy similares. Eso justifica la adopción de un deber general de buena fe contractual en las presentes reglas», VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference...op. cit.*, Art. II.- 1:103 (2) DCFR. Comment a

²⁹⁹ Nuevamente, se dice con mucha lógica en los comentarios oficiales al DCFR que «este artículo crea una serie de normas que pretenden «salvar» el contrato en los casos en

iv) El artículo 2:202 PECL afirma que la revocación de una oferta no produce efectos si «establece un plazo fijo para su aceptación». Como puede observarse, se acoge expresamente la solución del *civil law*, y se entiende sin más que cuando se establece un plazo fijo de aceptación la oferta es irrevocable³⁰⁰. Por el contrario, los PICC han conservado la solución de la CISG de forma literal en su artículo, lo cual ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina jurídica³⁰¹.

v) Y, finalmente, el artículo IV A.- 5:203 DCFR, relativo a la transmisión del riesgo de los bienes vendidos en tránsito, establece que «el riesgo se transmite al comprador en el momento en que los bienes se entregan al primer transportista. Sin embargo, si las circunstancias así lo exigen, el riesgo se transmite en el momento de la celebración del contrato». Tal y como puede verse, la norma «emplea los mismos elementos pero reconcilia la solución aportada por la CISG con las prácticas comerciales al convertir en regla la excepción de la primera frase del Artículo 68». Esto es, se establece como excepción que el riesgo puede aún transmitirse tras la celebración del contrato siempre y cuando las circunstancias así lo exijan, lo que ocurrirá, por ejemplo, en ausencia de un seguro que cubra los riesgos de transporte³⁰².

En definitiva, todas las normas han sido corregidas, depuradas y adaptadas al tráfico jurídico-patrimonial, ignorando las discrepancias que puedan levantarse en aras de obtener la mejor solución posible. No sé si resulta diletante en este contexto invocar a Darwin, pero en nuestra opinión cierta selección natural ha acabado por provocar esta evolución hacia la regla jurídica capaz de sobrevivir por adaptarse mejor a la realidad de los intercambios comerciales.

que parece razonable hacerlo porque probablemente la intención de las partes fuera suscribir un contrato vinculante», VON BAR/CLIVE., *Draft Common Frame of Reference...op. cit.*, Art. II.- 9:104 DCFR. Comment A.

³⁰⁰ En los comentarios al artículo II.-4:202 (*Revocación de una oferta*) DCFR, cuyo contenido es idéntico al del artículo 2:202 PECL, se señala que «el apartado (3) incorpora ciertas mejoras al compromiso adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG). Las normas del apartado (3) se encuentran en la línea de lo que probablemente entenderían los empresarios y los consumidores sin conocimientos jurídicos cuando reciben una oferta. Si se determina que una oferta es irrevocable durante un periodo de tiempo determinado, es razonable que el destinatario asuma que de su aceptación dentro de ese plazo nacerá un contrato. De manera similar, si la oferta se limita a señalar un plazo, es probable que el destinatario entienda que se mantendrá abierta hasta que el plazo expire. Obviamente, el oferente podrá aclarar que la oferta se podrá revocar en cualquier momento», VON BAR/CLIVE., *Draft Common Frame of Reference...op. cit.*, Art. II.- 4:202 DCFR. Comment D.

³⁰¹ KLEINHEISTERKAMP, p. 257.

³⁰² El artículo 146 de la malograda Propuesta de Reglamento sobre una Normativa Común de Compraventa se pronunciaba en los mismos términos. *Vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, «Passing of risk» (2015), pp. 199 y 200.

5. EL INFLUJO DEL DERECHO COMPARADO EN LA LEGISLACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1 INTRODUCCIÓN

La Unión Europea se ha convertido con el paso del tiempo en el mayor espacio físico de Derecho uniforme que existe en el mundo, conformado por millares de normas jurídicas que tienen su origen en Tratados, Reglamentos y, principalmente, Directivas de todo tipo. Aunque ya en el año 1964 el primer presidente de la Comisión Europea, Walter Hallstein, llamó la atención sobre la necesidad de armonizar el área del Derecho privado³⁰³, lo cierto es que las autoridades europeas se limitaron, especialmente al principio, a intentar la armonización del sector del llamado derecho público de la economía, en cuanto que se entendía que era la mejor vía para alcanzar la instauración del mercado interior común. En palabras de Zimmermann, en los tiempos iniciales la Comunidad Económica Europea se identificaba con cuestiones más prosaicas, como los subsidios a la agricultura, la forma de los asientos de los tractores o el tamaño de los pepinos³⁰⁴.

El Derecho privado, por su vinculación histórica a la idea decimonónica de nación, por su aparentemente menor repercusión en el objetivo de la eliminación de las trabas al tráfico interno en Europa (protagonizadas por los aranceles y otras barreras de Derecho público), y, sobre todo, por el hecho de que los Tratados constitutivos no atribuyesen expresamente competencias a la entonces CEE, fue apartado inicialmente de los planes armonizadores europeos³⁰⁵. Sin embargo, a partir de los años ochenta se observa un importante cambio de tendencia, ya que se comienza a legislar sobre materias típicas del Derecho privado, lo que ha dado lugar a la consolidación del conocido «acervo comunitario» de derecho privado (*acquis communautaire*)³⁰⁶, el cual se ha extendido a numerosas áreas de este sector del ordenamiento jurídico: derecho de la propiedad intelectual³⁰⁷ e industrial³⁰⁸, derecho de daños³⁰⁹ y, entre

³⁰³ Walter HALLSTEIN, «Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *RabelsZ*, 1964, pp. 211 y ss. (citado por ZIMMERMANN, «Comparative Law...» (2007), p. 543.

³⁰⁴ ZIMMERMANN, «Comparative Law...» (2007), p. 543.

³⁰⁵ «Nei primi decenni della Comunità gli atti di armonizzazioni basati sull'art. 100 riguardavano raramente il diritto privato», BASEDOW (1998), p. 140.

³⁰⁶ Sobre el concepto de acervo comunitario, *vid.*, con detalle, ALPA (2003), pp. 224 y ss.

³⁰⁷ Por ejemplo, Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

³⁰⁸ Así, Directiva 98/71/CE, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

³⁰⁹ Directiva 85/374/CE, 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.

otros, derecho de sociedades³¹⁰ y seguros privados³¹¹. Por lo que respecta a la materia de obligaciones y contratos, también existen numerosos instrumentos normativos, algunos de ellos de especial importancia, como la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo o la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

Puede, en consecuencia, hablarse de la existencia de un *Derecho privado comunitario-europeo* (*Gemeinschaftsprivatrecht*), definido por Müller-Graff como el «Derecho comunitario vigente que contiene reglas de Derecho privado vinculantes para los Estados miembros de la Comunidad Europea»³¹². En cualquier caso, lo más importante es que en la generación de este Derecho privado europeo ha sido fundamental el papel que ha jugado el Derecho comparado como instrumento de creación de unas normas jurídicas carentes, no se olvide, de un precedente en la Unión Europea en cuanto institución político-jurídica suprarregional (no así en los Estados que la componen). Tal y como destaca Ralf MICHAELS, la promulgación del Derecho en la Unión Europea muy frecuentemente va precedida de un trabajo preparatorio y comprensivo en Derecho comparado, aunque éste normalmente no se conozca por cuanto se encarga a nivel interno y, lo que es bastante peor, no acabe publicándose³¹³.

5.2 EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: LA INFLUENCIA ALEMANA

Dentro del conjunto legislativo del Derecho privado contractual generado en la Unión Europea una de las piezas más importantes e influyentes ha sido la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebra-

³¹⁰ Entre otros, Reglamento n.º 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

³¹¹ Directiva 2000/26/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

³¹² MÜLLER-GRAFF (1991), p. 27. Con mayor precisión señala Sixto SÁNCHEZ LORENZO que se trata del derecho positivo en vigor en los países de la UE, y que incluye tanto la «integración positiva» (formada por las disposiciones contenidas en el Derecho comunitario constitucional u originario y en el Derecho derivado) como la «integración negativa» (reglas jurisprudenciales que decantan los límites a los Derechos privados nacionales impuestos por el juego del mercado interior y las libertades de circulación). SÁNCHEZ LORENZO (2002), pp. 4 y 5.

³¹³ MICHAELS (2012), p. 300.

dos con consumidores. El objetivo de esta conocida Directiva – difundida hasta la extenuación por los medios de comunicación españoles a raíz de las numerosas sentencias del TJUE dictadas contra el Reino de España en materia de cláusulas abusivas incluidas en los contratos de préstamo hipotecario³¹⁴– es el de establecer un régimen jurídico uniforme a nivel europeo respecto a las cláusulas abusivas que se incorporan en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

A tal efecto, se definen como abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE). No obstante, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución (rechazándose, en palabras de HESSELINK, la teoría del *iustum pretium*³¹⁵), por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). Esta última expresión ha dado paso al no menos conocido «principio de transparencia»³¹⁶, formalmente introducido en nuestro país mediante la STS de 9 mayo 2013 relativa a la celeberrima y tormentosa «cláusula suelo»³¹⁷. Finalmente, en caso de que se detecte la existencia de cláusulas abusivas estas no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por los derechos nacionales, si bien el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos siempre y cuando pueda subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 6 Directiva 93/13/CEE).

Esta Directiva no emerge, obviamente, de la nada. El debate sobre la cuestión de las cláusulas abusivas se había gestado durante muchos años entre la doctrina jurídica europea, que mostró su preocupación por el hecho de que este fenómeno se enfocara desde el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual formal, en tanto que resultaba ficticio entender que un contratante podía leer, entender e, incluso, negociar libremente el contenido de los contratos que concluía en el seno de una sociedad en la que se había consagrado la contratación en masa y estandariza-

³¹⁴ Así, entre otras muchas, STJUE de 14 marzo 2013 (asunto C-415/11), de 21 de enero de 2015 (caso Unicaja) y auto de 11 de junio de 2015 (caso BBVA).

³¹⁵ HESSELINK (2002), p. 118.

³¹⁶ En nuestra doctrina, la indiscutible obra de referencia es PERTÍÑEZ VILCHES (2004).

³¹⁷ *Vid.*, PERTÍÑEZ VILCHES (2017).

da³¹⁸. Partiendo de este reconocimiento previo, se llegó a la conclusión de que era necesario superar el enfoque basado exclusivamente en el escrutinio del proceso de generación e incorporación de las cláusulas unilateralmente redactadas (*procedural approach*) para pasar a un control del contenido propiamente dicho (*substantive fairness*). Esto es, se entendió que no bastaba con regular las cuestiones relativas a la incorporación de las condiciones generales de la contratación, así como con aplicar el principio *contra proferentem* o *in dubio contra stipulatorem*, sino que resultaba imprescindible dar un paso más y excluir a aquellas cláusulas que provocaran un desequilibrio importante entre los contratantes (*Inhaltskontrolle*)³¹⁹.

Como producto de este interesante debate, fueron diferentes los Estados que se preocuparon por regular, de manera fragmentaria, la cuestión de las cláusulas abusivas³²⁰. Así, el *Codice civile* italiano de 1942 fue el primero en establecer en su originario artículo 1341 la nulidad de las condiciones generales de la contratación a menos que la otra parte las aceptara por escrito. En Francia la *Ley Scrive-ner* de 10 de junio 1978 estableció un control de naturaleza administrativa sobre las cláusulas contenidas en condiciones generales, mientras que Bélgica definió las cláusulas abusivas en la Ley de Prácticas Mercantiles y Protección de los Consumidores de 14 de julio de 1991, por referencia al criterio de la desproporción manifiesta. Igualmente, la *Nordic Contracts Acts* incorpora en su artículo 36 el control sobre las cláusulas que se consideren injustas, el cual no se limita únicamente a las incluidas en condiciones generales de la contratación³²¹. El Reino Unido también promulgó en el año 1977 la *Unfair Contract Terms Act*, con la finalidad de establecer una serie de límites a la posibilidad de que una de las partes pudiera limitar mediante las condiciones contractuales la responsabilidad por incumplimiento del contrato o por negligencia (*exclusion clauses*), siempre y cuando tales condiciones no fueran justas y razonables. Pero, sin lugar a dudas, el referente indiscutible en este sector siempre ha sido la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de Alemania del año 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, conocida por su acrónimo *AGBG*) la cual, además de fijar el concepto de cláusula abusiva, estableció las célebres «lista gris» y «lista negra» de cláusulas abu-

³¹⁸ *Vid.*, ZWEIGERT/KÖTZ, p. 333.

³¹⁹ Expresión procedente de la jurisprudencia alemana, BGH, 29 octubre 1956 (BGHZ 22, 90).

³²⁰ En los países donde nunca se legisló al respecto, como España, se recurría fundamentalmente al principio de buena fe. *Vid.*, en nuestra doctrina, el imprescindible trabajo de DE CASTRO Y BRAVO (1982), pp. 988 y ss. Igualmente, Díez-PICAZO (1996), p. 379.

³²¹ Además, puede controlarse incluso el elemento del precio, NIELSEN (2011).

sivas, basándose en una importante experiencia jurisprudencial que se había desarrollado previamente por medio del principio general de la buena fe (§ 242 BGB)³²². Posteriormente, en Portugal se promulgó el Decreto-Ley n. 446/85 de 25 de octubre, que contiene dos listas grises y dos negras, las primeras aplicables a todos los contratos y las segundas únicamente a los dirigidos al consumo³²³.

Pues bien, el legislador europeo optó claramente por seguir el modelo alemán³²⁴, que se inspira, a la hora de determinar el concepto de cláusula abusiva, en el principio de la «buena fe» y, además, contiene un anexo complejo y extenso de cláusulas «que pueden ser declaradas abusivas» (*blacklist*). No obstante, existe una diferencia importante entre ambos cuerpos legislativos: la Directiva 93/13/CEE se aplica a las cláusulas abusivas «que no se hayan negociado individualmente» y que causen, en detrimento del «consumidor», un desequilibrio importante³²⁵, mientras que la AGBG se aplica a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos con condiciones generales³²⁶ y no limita su ámbito de aplicación a los consumidores. Esta dualidad de ámbitos de aplicación ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina jurídica, ya que los países que toman como punto de referencia a las condiciones generales de la contratación tienen que incorporar el criterio de la Directiva, lo cual genera fricciones y problemas de coordinación importantes. Así, en Alemania, cuando se trata de un contrato al consumo son objeto de control de contenido las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual, mientras que en contratos B2B o P2P únicamente serán objeto de escrutinio cuando se hayan incorporado en condiciones generales de la contratación³²⁷. Desde un punto de vista académico y sistemático es una solución confusa y carente de justificación que sólo provoca inseguridad y complejidad.

³²² Con relación al importante papel histórico jugado por la jurisprudencia teutona en la protección contra las cláusulas abusivas en las condiciones generales de la contratación, *vid.*, ZWEIGERT/KÖTZ, pp. 335 y 336.

³²³ Una exposición completa de la legislación europea puede encontrarse en LANDO/BEALE (2003), pp. 390 y 391. Con mayor detalle, ZWEIGERT/KÖTZ, pp. 333 y 343.

³²⁴ «The German Act has had a strong influence on the content of the EC Unfair Terms Directive», T. WILHELMSSON (2011), p. 575.

³²⁵ Originariamente se preveía que la Directiva se aplicara a todos los contratos al consumo, con condiciones generales o, incluso, individualmente negociados, pero finalmente se rectificó gracias a las duras críticas de la doctrina alemana, que entendió que podría entrañar una importante limitación del principio de la autonomía de la voluntad, *vid.*, WILHELMSSON, p. 575.

³²⁶ La razón se debe a que en el año 1935 Ludwing REISER (*Das Recht der AGB*) llegó a la conclusión de que las cláusulas incluidas en condiciones generales podían y debían ser objeto de control judicial por cuanto se trataba de una cuestión que afectaba al «bienestar público». Esto es, el público en general está expuesto a las condiciones generales de la contratación, y de ello se deriva que cuando sean abusivas es el correspondiente bienestar público el que se infringe, HELLWEGE (2012), p. 1591.

³²⁷ HELLWEGE, pp. 1589 y 1591.

5.3 EL CONCEPTO DE «FALTA DE CONFORMIDAD»

La 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, constituyó un hito de enorme importancia en la construcción del derecho contractual europeo³²⁸. Efectivamente, aun cuando su objeto originario era el de acabar con las diferencias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en materia de ventas de bienes de consumo con el fin de reforzar la confianza del consumidor e impulsar el mercado común, el tratamiento que hizo del cumplimiento e incumplimiento contractual trascendió los límites de una simple armonización sectorial del Derecho de consumo. En otras palabras, el planteamiento dogmático del incumplimiento que late tras la Directiva se ha ido extendiendo progresivamente al resto del Derecho contractual privado, alterando las reglas que históricamente habían regido en muchos Estados de la Unión Europea. En este sentido, se ha afirmado muy acertadamente que «the impact of European Law extends beyond the area to which it itself claims to apply and has a ‘spill-over’ effect on other (cognate and related) parts of national (private) law»³²⁹.

La Directiva 1999/44 CE se basa en los conceptos de «conformidad» y «falta de conformidad». Por un lado, establece en su artículo 2.1 que «el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa», enumerándose a continuación una serie de presunciones de conformidad de los bienes de consumo vendidos (art. 2.2)³³⁰. Por otro lado, señala que «el vendedor responderá ante el consumidor de cual-

³²⁸ *Vid.*, GRUNDMANN, BIANCA (2002); GARCÍA RUBIO, 2003. Esta Directiva quedará derogada a partir del día 1 de enero de 2022 (art. 23 Directiva (UE) 2019/771 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) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE).

³²⁹ MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON (2006), p. 515.

³³⁰ «2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo; b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso; c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo; d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado. 3. Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor».

quier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien» (art. 3.1). Se procede, de ese modo, a la unificación del binomio cumplimiento-incumplimiento en torno a una categoría amplia y unitaria que exige en todo caso la correspondencia entre el bien entregado con el acordado en el contrato. Además, se reconoce un conjunto armónico de remedios para los supuestos de falta de conformidad: reparación, sustitución, reducción del precio y resolución del contrato (art. 3.2)³³¹.

El considerando (7) de la Directiva 1999/44/CE señala que «el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales». Esta afirmación resulta muy discutible, no solo desde un punto de vista terminológico, sino principalmente por el hecho de que la cuestión de la responsabilidad del vendedor por la entrega de mercaderías defectuosas ha sido tratada históricamente de distintas formas en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. Por de pronto, la mayoría de los Códigos civiles recurren al «saneamiento por vicios ocultos» (basado en las acciones edilicias del Derecho romano) que, como es sabido, se articula como una especie de garantía legal o sistema de responsabilidad objetiva del vendedor distinta del incumplimiento y con un número más limitado de remedios³³². Además, a nivel nacional suelen reconocerse diferentes categorías y especialidades dentro del concepto general de «vicio o defecto» que no se tienen en cuenta en la Directiva³³³. Así pues, no puede decirse que el principio de conformidad sea compartido en las tradiciones jurídicas europeas, salvo que el legislador esté haciendo referencia implícitamente al hecho de que prácticamente en todos los Estados de la UE rige la CISG³³⁴.

Efectivamente, el «principio de conformidad» proviene del artículo 35 CISG³³⁵, y abarca todos los posibles problemas que pueden presentarse en el cumplimiento de la obligación de entrega, como las diferencias de calidad, cantidad, envasado y empaquetado, *aliud*, etc.

³³¹ «En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6».

³³² Arts. 1641 y 1642 *Code civil* francés; arts. 1490 y ss. *Codice civile* italiano; arts. 1484 y ss. Código civil español.

³³³ Así, en Suiza se distingue entre las características ordinarias del bien (*Sachein-genschaft*) y las garantías específicas de que el bien tiene ciertas características (*Zu-chi-serung*); en Francia se diferencia entre «vice caché» y «vice apparent»; en Austria entre *aliud* y *peius*; en Italia entre vicio, *aliud* y ausencia de cualidades esenciales, etc. *Vid.*, SCHWENZER (2005), pp. 411 y 412. En la doctrina española hay quien habla de «vicio relevante» y «vicio redhibitorio», DE VERDA Y BEAMONTE (2004), p. 139.

³³⁴ Salvo en Irlanda, Malta, Portugal y Reino Unido.

³³⁵ «El origen inmediato del modelo de responsabilidad contractual que utiliza la Directiva se encuentra en la Convención de Viena», MORALES MORENO (2006), p. 167.

En caso de «falta de conformidad» el vendedor estará obligado a responder por el incumplimiento en que incurre (salvo que le resulte inimputable *ex* artículos 79 y ss. CISG), estableciéndose para ello, como ya tuvimos la oportunidad de estudiar, un completo sistema de remedios a favor del comprador que incluye la sustitución, reparación, reducción del precio, resolución e indemnización de daños. En cualquier caso, es muy importante destacar que el concepto de «lack of conformity» adoptado por la Convención de Viena no se corresponde exactamente con ningún ordenamiento jurídico específico europeo. Se trata de un criterio genuino y propio de la Convención de Viena³³⁶, esto es, una innovación jurídica que supera tanto el sistema del saneamiento por vicios ocultos y del *aliud pro alio*³³⁷ (propio del *civil law*) como el de las *conditions* y *express and implies warranties*³³⁸ (propio del *common law*). En cualquier caso, sus consecuencias se inspiran claramente en el modelo anglosajón del «breach of contract», que considera a cualquier falta de realización del contrato como un incumplimiento generador de responsabilidad³³⁹.

Así pues, puede decirse que la Directiva 1999/44 CE hizo bien al asumir los principios de conformidad y falta de conformidad como criterios delimitadores del cumplimiento e incumplimiento contractual en la compraventa al consumo, superando el dispar tratamiento que los diferentes ordenamientos jurídicos europeos hacían hasta ese momento de la cuestión de los defectos del objeto vendido y sus consecuencias³⁴⁰. Es evidente que la incorporación de estos criterios novedosos al ordenamiento jurídico de los Estados de la Unión Europea ha dado lugar a que el régimen jurídico de la Convención de Viena, que ya regía para la práctica totalidad de los con-

³³⁶ En este sentido, vid., ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, p. 174.

³³⁷ En el comentario al art. IV. A.- 2:301 DCFR (*Conformidad con el contrato*) se afirma lo siguiente: «Algunos ordenamientos jurídicos establecen una diferencia entre bienes defectuosos y bienes que son completamente distintos de lo que las partes habían acordado, es decir, la llamada doctrina de *aliud pro alio*. Las reglas que nos ocupan rechazan esta distinción. Como consecuencia, el concepto de conformidad se aplica a todos los bienes, con independencia de si pueden desviarse sustancialmente de lo que las partes acordaron». Hay que tener en cuenta que el DCFR se inspira en la CISG a la hora de regular el contrato de compraventa. «In the preparation of the part on sales, the United Nations Sales Convention and the Consumer Sales Directive have naturally played a very significant role», EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER, ZIMMERMANN (2008), p. 663. Además, el contenido de este Título se corresponde básicamente con los *Principles of European Law on Sales* (PELS). Vid., HONDIUS, HEUTGER, JELOSCHKE, SIVESAND, WIEWIORSKA (2008). Igualmente, los *Principles of the Existing EC contract law* regulan las cuestiones vinculadas con el principio de conformidad de los bienes vendidos (art. 7: B-01).

³³⁸ Estas categorías se recogen en el Reino Unido en la *Sale of Goods Act* de 1979 (SGA), que, como es sabido, constituye el texto básico en el que se han codificado las normas sobre compraventa, y se aplica inicialmente sin tener en consideración la distinción entre empresarios y consumidores.

³³⁹ Vid., ANDREWS, p. 475.

³⁴⁰ KRUISINGA (2001), pp. 179 y ss.

tratos de compraventa de carácter internacional, extienda ahora su aplicación por vía refleja al fecundo campo de los contratos de compraventa al consumo, paradójicamente excluidos de su ámbito de aplicación [art. 2.1 a) CISG]. Por eso, se ha calificado a esta Directiva como el «Cheval de Troie» mediante el cual el texto vienés acaba influyendo directamente en las compraventas internas³⁴¹.

La nueva Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, conserva ambos principios, si bien, de una forma más coherente, distingue expresamente entre requisitos subjetivos (art. 6) y objetivos (art. 7) de conformidad³⁴², declarando la responsabilidad del vendedor «por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien y se manifieste en el plazo de dos años a partir de ese momento» (art. 10), lo cual, a su vez, permitirá al consumidor «exigir que los bienes sean puestos en conformidad o que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato de conformidad» (art. 13)³⁴³. En definitiva, la estructura dogmática general es la misma, residiendo la auténtica razón de ser del nuevo instrumento normativo (de armonización máxima *ex art.* 4) en la necesidad de adaptar el régimen de la compraventa de bienes a la Estrategia para un Mercado Único Digital, lo que implica, entre otras cosas, su actualización y adecuación a los contratos que incluyen bienes con elementos digitales.

5.4 EL DERECHO DE DESISTIMIENTO

5.4.1 Concepto, características y fundamentos del derecho de desistimiento

En el ámbito del Derecho privado de la Unión Europea se ha extendido y consagrado, muy especialmente en los últimos años, el mecanismo del «derecho de desistimiento» con el deseo de proteger al consumidor³⁴⁴ que, habitualmente, lleva a cabo un contrato en con-

³⁴¹ RAYNARD (1997), pp. 1020 y ss. El frustrado proyecto CESL también hacía gravitar todo el sistema del incumplimiento en la falta de conformidad: «the CESL follow rather the model of the unitary concept of the non-performance», ZOLL (2012), p. 464.

³⁴² Además, existen otras dos diferencias importantes: se ha ampliado el conjunto de requisitos de conformidad (han pasado de cuatro a ocho) y, por otro lado, ya no se hace referencia al equívoco concepto de «presunciones» de conformidad al que eludía el art. 2.2 Directiva 1999/44/CE, *vid.*, con detalle, MARÍN LÓPEZ (2019), pp. 6 y 7.

³⁴³ La Directiva 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, también gira en torno al concepto de conformidad (arts. 5 a 8).

³⁴⁴ Aunque la mayoría de las Directivas que otorgan este derecho limitan su ámbito de aplicación a las relaciones B2C, hay alguna excepción. Por ejemplo, la Directiva

diciones de cierta asimetría jurídica y económica. Esto es, la filosofía general de esta institución parte del reconocimiento de que la libertad formal para contratar no coincide, como señala el profesor Canaris, con la libertad material o real que tiene el consumidor cuando realiza un contrato³⁴⁵, debido al desequilibrio que existe a la hora de acceder a la información, de comprender, comparar y reflexionar sobre la oferta recibida. Y, precisamente por ello, se le otorga un plazo de tiempo con el objeto de que pueda reflexionar tranquilamente, sin la presión del empresario-vendedor, sobre la adquisición que ha llevado a cabo (*cooling-off period*) y, en caso de que se arrepienta de lo realizado, poner fin al contrato, quedando por lo tanto completamente liberado de unas obligaciones contractuales que, presuntamente, no comprendió bien, no asumió o que realmente nunca quiso.

Además, se trata de un derecho que opera *ad nutum*³⁴⁶, esto es, sin necesidad de que concurra ninguna causa justificativa ni motivo concreto³⁴⁷ que pueda amparar la destrucción unilateral del contrato (como la existencia de un comportamiento fraudulento, la ausencia de información completa, el error, etc.) ni de indemnizar o compensar económicamente a su contraparte con una suerte de dinero de arrepentimiento o multa penitencial³⁴⁸. Basta con la voluntad declarada del consumidor –en la forma legalmente requerida– para que el desistimiento pueda operar, sin que se permita al empresario oponerse por ninguna razón.

Así pues, puede decirse que desde un punto de vista dogmático el derecho de desistimiento se vincula a una «presuntamente» defectuosa formación de la voluntad del consumidor que se compensa con la facultad, de carácter irrenunciable o imperativo³⁴⁹, de

2002/83/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre el seguro de vida, cuyo artículo 35.1 reconoce el derecho de desistimiento a «el tomador de un contrato de seguro de vida individual», sin tener en cuenta expresamente su condición de consumidor.

³⁴⁵ CANARIS, «Wandlugen Des...» (2000), p. 344.

³⁴⁶ «The party exercising the right need not give reasons; he merely decides to do so», SCHULZE, MORGAN (2013), p. 294. En este sentido, el § 355 BGB determina que el desistimiento no debe contener ninguna motivación («Der Widerruf muss keine Begründung enthalten»).

³⁴⁷ «Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14», Art. 9.1 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

³⁴⁸ «Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna». Artículo 6.1. Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

³⁴⁹ Así, artículo 25 Directiva 2011/83/UE: «Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor».

poner fin al contrato. Además, dicha presunción es *iuris et de iure*, ya que no admite prueba en contra, esto es, no puede desvirtuarse ni siquiera en los casos en que el empresario pueda probar que la voluntad del consumidor se formó de una manera completamente libre y bien informada³⁵⁰.

Ahora bien, el principio *pacta sunt servanda*, capital para el correcto funcionamiento de una economía de mercado basada en los intercambios de bienes y servicios realizados en el marco de acuerdos contractuales, queda gravemente excepcionado cada vez que un consumidor ejerce el derecho de desistimiento, afectando a los intereses legítimos del otro contratante que confió en un negocio válidamente concluido. Y resulta completamente obvio que el reconocimiento de este derecho de manera general y abierto sería tanto como derribar a la figura del contrato en cuanto acuerdo de voluntades vinculante. Así, el legislador europeo no se ha planteado la posibilidad de otorgar al consumidor el derecho de desistimiento en los contratos de compraventa de bienes al consumo (Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo), por las nefastas consecuencias que ello conllevaría para el mercado único europeo.

Así pues, la cuestión nuclear reside en determinar cuándo y bajo qué condiciones puede reconocerse este derecho unilateral a poner fin al contrato. Pues bien, un análisis de la legislación que emana de la Unión Europea nos lleva a afirmar que este derecho únicamente se otorga a los consumidores que se encuentran en una posición de especial debilidad por tres razones posibles³⁵¹:

i) La complejidad de la materia objeto del contrato, tal y como en ocurre, por ejemplo, en los contratos de crédito al consumo³⁵².

ii) La realización del contrato bajo el llamado «factor sorpresa»³⁵³, lo cual sucede en las ventas realizadas fuera del establecimiento mercantil³⁵⁴ o en los contratos de aprovechamiento por turno³⁵⁵, en las que el negocio ha podido realizarse con prisas, bajo

³⁵⁰ «Furthermore, the presumption cannot be rebutted», MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 266.

³⁵¹ *Vid.*, TWIGG-FLESNER, SCHULZE (2010), p. 145.

³⁵² Art. 14.1 Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.

³⁵³ «En cuanto a los contratos celebrados fuera del establecimiento, debe permitirse al consumidor que ejerza un derecho de desistimiento, ya que puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica». Considerando n.º 37 Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores.

³⁵⁴ *Vid.*, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ (2014), pp. 507 a 562.

³⁵⁵ «Para dar al consumidor la oportunidad de comprender cabalmente cuáles son sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, debe concedérsele un plazo durante el cual pueda desistir del mismo sin necesidad de justificación y sin soportar coste alguno». Como puede observarse, el ejercicio del desistimiento se vincula a la complejidad y singu-

presión (*agressive sales techniques*), sin la debida reflexión o con falta de información. De esta forma se protege a un consumidor que se encuentra en una situación de especial debilidad y vulnerabilidad frente a un empresario, experimentado y conocedor de su sector de actuación mercantil, que pretende obtener un contrato de alguien que ha sido cogido por sorpresa y poco preparado para concluir un determinado acuerdo negocial.

iii) La imposibilidad de probar, conocer y acceder al producto de primera mano, lo cual sucede, por ejemplo, en las ventas a distancia³⁵⁶ y en la contratación de servicios financieros a distancia³⁵⁷. En el fondo, en estos casos lo que se pretende realmente por parte del legislador europeo es incentivar el desarrollo del mercado interno UE, promoviendo la participación del consumidor en las transacciones internacionales mediante el reconocimiento de un derecho unilateral y *ad nutum* de poner fin al contrato³⁵⁸.

5.4.2 Un derecho de desistimiento made in Europe: críticas

Aunque el mecanismo del desistimiento unilateral se ha convertido con el paso del tiempo en un genuino signo de identidad del Derecho del consumo europeo³⁵⁹, conviene aclarar que no es una invención de la Unión Europea. Nuestro Código civil reconoce numerosos casos de desistimiento en distintos contextos: en el contrato de obra (art. 1594 CC), de servicios (art. 1584 CC), de sociedad civil (art. 1705 CC), de mandato (art. 1732.1.º y 2.º CC), de comodato (art. 1750 CC) y de depósito (art. 1775 CC). También hay ejemplos concretos en la legislación especial, como en los arrendamientos urbanos (art. 11 LAU), en los arrendamientos rústicos (art. 24.d LAR) o en el contrato de agencia (art. 25 LCA). No obstante, la terminología empleada es heterogénea, empleándose distintos conceptos, como «denuncia» (art. 25 LCA), «renuncia»

laridad del contrato llevado a cabo, que justificaría el otorgamiento de un plazo suplementario a efectos de reconsiderar el negocio concluido (Considerando 11 Directiva 2008/122/EC, 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).

³⁵⁶ «Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento». Considerando n.º 37 Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores.

³⁵⁷ Art. 6. Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

³⁵⁸ «In any case, for distance contracts the right of withdrawal seems to be aimed at exciting the buyer to engage in cross-border transactions», *Vid.*, Loos (2007), p. 6.

³⁵⁹ «The right of withdrawal is one of the three characteristic elements of modern contract law along with the duty to inform and the (semi-) mandatory nature of such provisions», MANKOWSKI (2012), p. 1476.

(arts. 1705 y 1732 CC), «revocación» (art. 1732.1.º CC), «desistimiento unilateral» (art. 24.d LAR) o «desistimiento» a secas (arts. 1594 CC y 11 LAU)³⁶⁰. Además, doctrina jurídica y jurisprudencia coinciden en que debe admitirse con carácter general la facultad de desistimiento en las relaciones obligatorias de tracto sucesivo y con duración indefinida en las que exista un *intuitus personae*³⁶¹. Por todo ello, en la teoría general de la obligación que se ha construido por nuestra doctrina jurídica siempre se ha considerado al desistimiento como un supuesto excepcional de extinción de la obligación por «decisión unilateral»³⁶².

No obstante, hay que reconocer que la legislación europea ha construido un nuevo concepto de desistimiento unilateral al que ha dotado de un régimen jurídico completo y exhaustivo (aunque esto último pueda resultar discutible e incluso, para algunos, rechazable). Efectivamente, desde el momento en que se introdujo por primera vez este instituto mediante la 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, hasta la más reciente Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, han sido muchas las ocasiones en las que el legislador comunitario ha regulado la institución del derecho de desistimiento, estableciendo sus requisitos, forma, plazos, consecuencias, etc. Por eso, puede decirse que se trata de una figura hasta un cierto punto novedosa, que obviamente guarda una conexión muy importante con otras instituciones normalmente reconocidas en los ordenamientos jurídicos internos, pero que se ha desarrollado con unos perfiles propios y diferenciados dirigidos a proteger al consumidor europeo.

Ahora bien, es importante poner de manifiesto que se echa en falta una mayor reflexión en torno a la configuración del derecho de desistimiento, más aún cuando la propia Comisión Europea, en la Comunicación «European contract Law and the Revision of the Acquis: the way forward (Way forward)», hizo un llamamiento público sobre la necesidad de revisar de una forma crítica el *acquis communautaire*, especialmente en lo que concierne a sus efectos sobre consumidores y empresarios³⁶³. Y es que, efectivamente, son muchas las críticas que se han emitido por parte de la doctrina jurídica en torno a esta institución:

(i) Así, no se pone en duda la pertinencia de su reconocimiento en ciertos casos, como en los contratos especialmente comple-

³⁶⁰ En este sentido, Díez-PICAZO (1996), p. 905.

³⁶¹ *Vid.*, nuestro comentario, OLIVA BLÁZQUEZ, «Artículo 1256» (2016).

³⁶² ORDUÑA MORENO (2001), p. 211.

³⁶³ *Commission* [EC COM(2004) 651 final], 11 October 2004.

jos³⁶⁴, cuya comprensión final puede precisar un período de reflexión, o en los que el consumidor se ve sometido a presión o al llamado «factor sorpresa» en el momento de contratar. No obstante, es más que dudosa su aplicación en los contratos a distancia³⁶⁵, ya que, partiendo del hecho de que es muy discutible que el consentimiento del deudor se haya formado de una manera inadecuada por el hecho de no concluirse el contrato cara a cara, la razón última de conceder tal derecho reside en que el consumidor no ha podido inspeccionar previamente los bienes pero, como es sabido, si el consumidor, cuando recibe los bienes, considera que no son conformes (por no coincidir con la fotografía, por haberse exagerado las condiciones en el modelo mostrado, etc.), no tiene más que ejercer los remedios que le otorga la Directiva 1999/44/CE, sobre venta y garantía de bienes al consumo. También existen numerosas dudas respecto a los contratos de aprovechamiento por turno, en tanto que habitualmente los problemas asociados a este tipo de contratos no suelen conocerse sino hasta que ha transcurrido un considerable período de tiempo desde que se firmó el contrato, resultando por lo tanto inútil el otorgamiento de un derecho de desistimiento al consumidor³⁶⁶.

ii) Con carácter general se considera que la presunción irrefutable de que el consumidor ha realizado ciertos contratos bajo presión o con desconocimiento es excesiva y conduce inevitablemente a una sobreprotección³⁶⁷ similar a la que los ordenamientos jurídicos conceden a los menores³⁶⁸.

iii) Se ha denunciado que ciertas medidas concretas resultan a todas luces injustificadas y excesivas, como la ampliación del período de desistimiento a un año en los casos en que el consumidor no hubiera sido informado sobre la existencia de este derecho³⁶⁹.

iv) El reconocimiento del desistimiento unilateral acaba perjudicando al consumidor, por cuanto los empresarios no dudarán

³⁶⁴ No obstante, hay quien discute incluso su pertinencia en los contratos de crédito al consumo, ya que, por un lado, lo habitual es que la reflexión comparativa en torno a la conveniencia del crédito se haga en fase precontractual, por lo que no tiene sentido otorgar un plazo adicional para que el consumidor vuelva a pensarse, en un corto periodo de tiempo, la oportunidad de suscribir el crédito. Por otro lado, uno de los principales problemas que presenta este tipo de contratos es el de que el consumidor suscriba un crédito que no pueda pagar, momento en el cual el derecho de desistimiento será completamente inútil por haber transcurrido sobradamente su plazo de ejercicio, MARKESINIS, UNBERATH, JOHNSTON, p. 268.

³⁶⁵ EIDENMÜLLER, JANSEN, KIENINGER, WAGNER, ZIMMERMANN (2012), p. 3278.

³⁶⁶ MARTINEK (1997), p. 1397.

³⁶⁷ LORENZ (1997), citado por MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 266.

³⁶⁸ «Furthermore, the presumption cannot be rebutted», MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 267.

³⁶⁹ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 269.

en repercutir todos los costes asociados al ejercicio del desistimiento en el precio final del producto³⁷⁰.

v) Finalmente, los números ponen de manifiesto que el uso de este derecho es bastante escaso³⁷¹, por lo que conviene pensar si no se ha creado una figura para el exclusivo divertimento intelectual de la doctrina jurídica.

En definitiva, todos estos datos nos indican que es hora de «pulsar pausa», de reflexionar y analizar de forma objetiva la figura del desistimiento unilateral con el fin de redimensionar su alcance y adaptarlo a las necesidades reales del consumidor y del mercado, ya que en caso contrario acabará convirtiéndose no sólo en una figura bastante confusa y compleja –cosa que ya es– sino hasta un cierto punto inútil.

5.5 EL DEBER DE INFORMAR AL CONSUMIDOR

5.5.1 Previo: el deber de autoinformación y sus excepciones

El deber de un contratante de proporcionar a la otra parte la información de la que dispone sobre todas las condiciones y elementos que rodean a un contrato no aparece recogido de forma expresa en el Código civil español ni en ninguno de los códigos decimonónicos de la Europa continental. La razón de tal ausencia hay que buscarla en la exaltación de la autonomía de la voluntad que recorre el movimiento codificador y que se traduce, en este punto concreto, en el principio de la autorresponsabilidad en la obtención y gestión de la información relativa al contrato que cada cual quiera realizar.

Efectivamente, indica Basozábal Arrue que la regla general en cualquier ordenamiento jurídico que, como el nuestro, venga presidido por el principio de autonomía de la voluntad, sólo puede ser la «carga de autoinformarse»³⁷². Por cierto, precisamente esta idea de la responsabilidad personal de quien pretende realizar un contrato explica por qué el *common law* inglés también ha sido siempre reacio a admitir la existencia de deberes generales de infor-

³⁷⁰ «From the perspective of law & economics, any kind of consumer protection ultimately is paid by that same consumer in the form of an increase of the price», Loos, p. 10.

³⁷¹ «The probability that a right of withdrawal is actually exercised is –apart from distance contracts– very small and amounts to less than 5 per cent of all contracts. In the realm of distance contracts there are allegedly some areas where this total rises to 20-30 per cent», MANKOWSKI (2012), p. 1478. «Also, rights of withdrawal are in practice only rarely made use of and, consequently, serve their intended function only in exceptional cases», EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008), p. 673.

³⁷² BASOZÁBAL ARRUE (2009), p. 649.

mar³⁷³: «The general rule of the common law is that a person contemplating entering a contract with another is under no duty to disclose information to the other»³⁷⁴. En este sentido, se ha explicado la presencia de esta regla en la necesidad de incentivar la adquisición de conocimientos y permitir que lleguen a los mejores acuerdos (*good deals*) los más preparados, inteligentes y trabajadores³⁷⁵.

De ello se deriva el hecho de que cada contratante debe asumir el riesgo que aparece vinculado a la información, pechando con las consecuencias negativas que pudieran derivarse de su negligencia o dejadez a la hora de informarse adecuadamente. En palabras de Flume, «quien celebra un negocio jurídico soporta el riesgo de que sus presuposiciones sobre las circunstancias a las cuales el negocio le ha parecido realizable sean acertadas o no»³⁷⁶.

Es más, hay que tener en cuenta que un contrato es ante todo una estructura jurídico-negocial en la que se confrontan los intereses contrapuestos de dos o más personas que pretenden obtener, lícitamente, la máxima utilidad posible a su favor, por lo que puede resultar paradójico exigir en este marco a las partes revelar toda la información de la que dispongan, ya les convenga o no, comportándose en tutores de los intereses de su contraparte. ¿Debe el comprador de un apartamento, en su condición de arquitecto, advertir al vendedor de que el precio por el que está a punto de comprar es inferior al de mercado?³⁷⁷ ¿El vendedor profesional de un automóvil tiene que informar al comprador de que en el mercado podría adquirir vehículos de calidad similar a los que le está ofreciendo pero en mejores condiciones económicas?³⁷⁸ La respuesta a estos interrogantes debe ser en un principio negativa, ya que la carga de la información reposa sobre los hombros de cada contratante que tiene el «deber de investigar» para salvaguardar sus propios intereses³⁷⁹, y no puede pedirse a la otra parte que se convierta, bajo el paraguas de un deber general de informar, en garante de la justicia conmutativa concreta de cada contrato. Esto es, no parece que

³⁷³ «Ordinarily the failure to disclose a material fact which might influence the mind of a prudent contractor does not give the right to avoid the contract», Lord Atkin, en *Bell v Lever Bros Ltd.* [1932] AC 161, 227. En general, sobre esta cuestión, *vid.*, DUGGAN, BRYAN, HANKS (1994).

³⁷⁴ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 299.

³⁷⁵ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 333.

³⁷⁶ FLUME (1998), p. 515.

³⁷⁷ En términos similares, se pregunta: «Can there really be a duty to warn that the opponent is about to enter into a bad bargain or committing a foolish act?», MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 306.

³⁷⁸ Así, en el *common law* se ha determinado que un banco no tiene la obligación de informar a su cliente de que existe un tipo de interés más atractivo que el ofertado, *Suriya & Douglas v Midaland Bank* [1999] 1 All ER (Comm) 612.

³⁷⁹ Así se pronuncia SCHAUB (1-2017), p. 32.

pueda endosarse a una parte el deber de informar a la otra de determinadas circunstancias que ésta puede descubrir por sí sola³⁸⁰, salvo que haya pedido expresamente consejo o una información específica, ya que de no proporcionarla su actuación podría considerarse como contraria a la buena fe, con todas las consecuencias que se derivan de dicha conducta (*culpa in contrahendo*, error, dolo, etc.)³⁸¹

Este principio de la «autorresponsabilidad informativa» goza de un consenso muy extendido en la actualidad. Merece la pena citar al respecto lo que se señala en los comentarios oficiales al artículo II.-3:101 DCFR, que figura bajo la rúbrica de «Deber de revelar información acerca de bienes, otros activos y servicios»: «En términos generales, cabe esperar que las partes de un contrato asuman la responsabilidad de obtener la información jurídica y relativa a los hechos necesaria para celebrar el contrato. No existe ningún principio general que exija que una parte debe revelar a la otra toda la información relevante que pueda necesitar para adoptar una decisión plenamente informada sobre si suscribir un contrato en unas condiciones específicas»³⁸². Así pues, no hay ninguna duda de que, en principio, cada contratante tiene que actuar con la suficiente diligencia para obtener toda la información, tanto jurídica como fáctica, que pueda afectar al contrato que pretende conocer.

Por otro lado, si el legislador no consagra los deberes de información precontractual con carácter general, como corolario lógico tampoco prevé un sistema de remedios derivados del incumplimiento de tales deberes inexistentes³⁸³. Ahora bien, esto no obsta a que nuestro propio Código civil reconozca ciertos instrumentos jurídicos por medio de los cuales un contratante pueda reaccionar frente a un contrato realizado bajo el presupuesto de un grave déficit informativo o de una información deliberadamente errónea. Y ello porque el proceso de formación de todo contrato exige que la información más básica y esencial –sobre las características de los bienes, su precio, el lugar y momento de cumplimiento, etc.– sea proporcionada por parte del oferente a la otra parte³⁸⁴, de tal forma

³⁸⁰ LORENZ, p. 421.

³⁸¹ *Vid.*, SCHWENZER/HACHEM/KEE, p. 279.

³⁸² VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. II.- 3:101 DCFR. Comentario A.

³⁸³ «El Código es ajeno a un hipotético supuesto de hecho que podría denominarse «violación de deberes precontractuales de información»», BASOZÁBAL ARRUE, p. 664.

³⁸⁴ Basta con recordar al respecto que para que una oferta sea válida tiene que ser suficientemente precisa, y esto sólo se conseguirá cuando al menos incluya las características del objeto del contrato (*cf.*: art. 14 CISG), sobre las que deberá informarse de forma clara. El Código civil español establece en su artículo 1262 que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de

que el incumplimiento de este deber implícito puede, en determinados casos, otorgar al aceptante ciertas acciones o remedios³⁸⁵.

Efectivamente, hay una serie de supuestos en los que el legislador asigna de forma extraordinaria el riesgo de información a uno de los contratantes, al cual en lógica consecuencia grava con un implícito deber de información precontractual *ad casum*. Por ejemplo, cuando alguien oculta u omite de forma deliberada una información que sabe –o debería haber sabido en función del contexto negocial– que es esencial para la otra parte, tal comportamiento podría dar lugar a la anulación del contrato por error esencial en el consentimiento (siempre y cuando fuera excusable)³⁸⁶ o, en caso de que pudiera demostrarse el elemento subjetivo del engaño deliberado, por dolo omisivo³⁸⁷. Igualmente, en ciertos casos la falta de información o la información errónea puede desencadenar un incumplimiento contractual, por cuanto podría dar lugar a un *aliud pro alio* frente al cual el contratante instaría en su caso los remedios derivados del artículo 1124 CC. Y, finalmente, no debe olvidarse que la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor es un

constituir el contrato, por lo que se presume que el oferente ha de informar al menos sobre «los llamados elementos esenciales del contrato», Díez-PICAZO (1996), p. 285.

³⁸⁵ Por eso se ha dicho que «information exchange is the basis of any contract, and the general contract law imposes several information requirements», SCHAUB, p. 32.

³⁸⁶ No en vano, en los comentarios oficiales al artículo 4:103 PECL (*Error esencial de hecho o derecho*), se señala explícitamente que, «seguramente, el motivo más frecuente de error procede de informaciones incorrectas recibidas de la otra parte», LANDO/BEALE (2003), p. 327. Por otro lado, el art. II.-7:201 DCFR (*Error*) establece que una parte podrá anular un contrato por existir un error en el momento de su celebración si la otra parte «es la responsable de que el contrato se celebrara en condiciones erróneas por no cumplir con su deber de información precontractual».

³⁸⁷ Respecto al dolo omisivo, *vid.*, SSTS de 11 diciembre 2006 (RJ 2007, 609), 26 marzo 2009 (RJ 2009, 1748) y 16 febrero 2010 (RJ 2010, 1783). En cualquier caso, hay que recordar que en este punto entra en juego la cuestión de los costes de adquisición de la información como un elemento especialmente relevante. Así, el artículo 4:107 PECL, en materia de dolo contractual, establece que para determinar si, de acuerdo con la buena fe, una parte tenía la obligación de comunicar una información concreta, deberán considerarse todas las circunstancias concurrentes y, en especial, «el coste de obtener dicha información». En este sentido, la profesora GÓMEZ CALLE hace referencia al «principio de óptima utilización de los recursos económicos» como un criterio esencial para determinar la existencia de obligaciones precontractuales de información, lo cual, en su opinión, implica que por regla general habría que otorgar el deber de informar a la parte que está en condiciones de adquirirla a un coste más bajo, GÓMEZ CALLE (1994), pp. 22 y 87. En este mismo sentido, se afirma que el riesgo relativo a las deficiencias informativas debería ser asumido por aquella parte para la cual «such information is most easily available», «Case 1: Courtgettes perishing», ZIMMERMANN/WHITTAKER, p. 186. No obstante, BASOZÁBAL advierte de que el dato sobre el coste de la información puede influir en el reconocimiento de las obligaciones de información, pero no siempre es decisivo, y ello, en palabras del autor, por varias razones: en primer lugar, por motivos prácticos, pues en muchos casos no podrá determinarse; en segundo, porque el no haber realizado un gasto para obtener la información que da cierta ventaja sobre la otra parte no es un dato del que sea necesario deducir, ni en lógica ni en justicia, que aquélla deba transmitirse, cuando pueden concurrir otros factores que apoyen la decisión contraria (la distribución contractual del riesgo informativo, el libre acceso a la información no costosa...). BASOZÁBAL ARRUE, p. 690 y 701. *Vid.*, igualmente, G. HOWELLS, J. WATSON (2012), p. 161.

ejemplo claro de asunción del riesgo de información de dichos vicios (art. 1484 CC), cuya aparición permitirá al comprador reducir el precio (estimación) o redhibir el contrato (art. 1486 CC).

Otros ordenamientos jurídicos reconocen eficacia jurídica al incumplimiento del deber concreto de informar en supuestos determinados. Así, en Alemania, aun cuando no se consagra un deber general de informar (*Aufklärungspflicht*)³⁸⁸, cuando alguien retiene información contractual de una forma contraria a la buena fe (§ 242 BGB) puede entenderse que ha existido un engaño deliberado y la parte que lo ha padecido puede rescindir el contrato *ex tunc*. El problema, obviamente, reside en determinar cuándo la falta de revelación de una concreta información puede considerarse como contraria a la buena fe, y si bien se trata de una cuestión a resolver caso a caso, la doctrina ha señalado con carácter general tres grupos de casos concretos³⁸⁹: cuando una parte requirió información haciendo preguntas concretas; cuando se trata de circunstancias de una importancia evidente y abrumadora para la otra parte, especialmente cuando son esenciales para alcanzar el propósito del contrato³⁹⁰; finalmente, cuando existe entre las partes una relación de confianza en un sentido amplio (familiar o personal)³⁹¹. No obstante, la doctrina jurídica ha criticado a la jurisprudencia alemana por haber incurrido en un cierto paternalismo, así como por crear incertidumbre jurídica con el empleo de criterios especialmente vagos o abiertos para determinar la existencia del deber de informar³⁹².

Por otro lado, tal y como hemos visto, en el derecho inglés no se reconoce la existencia de deberes generales de información durante la negociación de los contratos (puesto que rige la doctrina *caveat emptor*³⁹³), pero excepcionalmente se contemplan determinados supuestos en los que tal deber sí existirá, como en los *uberrimae fidei contracts* (así, los contratos de seguros) caracterizados

³⁸⁸ Existe, no obstante, este deber en contratos especiales, como en el contrato médico (*Arztvertrag*): «Die Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten folgt aus der Fürsorgepflicht des Arztes», H. BROX, W.-D., WALKER, *Besonderes Schuldrecht*, 31 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, p. 327.

³⁸⁹ En este punto seguimos la exposición de MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, pp. 307 a 309.

³⁹⁰ Este supuesto concurre especialmente en los casos de venta de coches usados por empresarios profesionales y en los contratos de compraventa de suelo.

³⁹¹ Por ejemplo, en el conocido caso *Daktari*, relativo a la renuncia a la participación en los beneficios derivados de los derechos de explotación de ciertas películas, el BGH entendió que la relación existente entre el demandante y los demandados era de amistad, y en virtud de la misma la parte que tenía mayores dificultades para acceder a la información —el demandante— confió en todo momento en el criterio de los demandados, que le condujo a llevar a cabo un negocio ruinoso. No obstante, esta sentencia ha sido objeto de numerosas críticas, *vid.*, FLEISCHER (2001), p. 322.

³⁹² *Vid.*, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 309.

³⁹³ «English law applies the caveat emptor doctrine, under which no-one is obliged to disclose detrimental information to the other party», *Vid.*, HEIDERHOFF (2012), p. 870.

por el hecho de que se presume que una de las partes tiene medios de conocimiento que, o bien no se encuentran accesibles para la otra, o bien únicamente podrían serlo incurriendo en costes altamente desproporcionados. Igualmente, los deberes de información se impondrán cuando la relación entre los contratantes pueda calificarse como de confianza (*fiduciary relationship*) o de dependencia. Cuando se verifique la violación de deberes de información concretos procederá habitualmente la rescisión del contrato, si bien en ciertos casos también será posible solicitar indemnización de daños y perjuicios³⁹⁴. Finalmente, también hay que tener en cuenta que la falta de revelación de cierta información sensible e importante para el contrato puede dar lugar a un supuesto de *misrepresentation*³⁹⁵.

En definitiva, y a modo de conclusión, puede decirse que ningún ordenamiento jurídico contempla la existencia de un deber general e imperativo de información previo a la conclusión del contrato, lo cual no impide que, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, se permita poner fin a un negocio jurídico realizado bajo engaño o con un claro déficit informativo. Como veremos a continuación, la Unión Europea ha ido mucho más lejos en este punto, sobrepasando con claridad los límites del Derecho comparado europeo al consagrar una suerte de deber de información general cuando se trata de contratos al consumo. En otras palabras, la legislación europea se ha mostrado respecto a los deberes de información precontractual más como un agente creador de un derecho nuevo y genuino que como un simple receptor de reglas que ofrece el Derecho comparado continental.

5.5.2 Los deberes de información en los contratos al consumo

La Unión Europea, en su deseo de proteger a los consumidores y de fortalecer progresivamente su posición de inicial desventaja comparativa con el empresario, ha optado decididamente por imponer —con carácter imperativo y a través de normas de *ius cogens*— a este último el cumplimiento de una serie de deberes de información a favor del primero que, se supone, contribuirán a superar el desequilibrio informativo existente³⁹⁶. Tal y como se señala en los

³⁹⁴ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 334.

³⁹⁵ *Vid.*, *Dimmonck v Hallet* (1866) LR 2 Ch App 21, en el que se deriva la existencia de *misrepresentation* del hecho de que el vendedor de unas tierras ocultara que los arrendatarios se encontraban en proceso de desahucio.

³⁹⁶ Una primera aproximación a esta cuestión puede verse en GRUNDMANN, KERBER, WEATHERIL (2001). Igualmente, SERRANO FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ LERÍA (2013), pp. 23 a 62

comentarios al artículo Art. II.–3:103 DCFR, «normalmente los consumidores suelen encontrarse en una situación de desventaja informativa al realizar una transacción con una empresa ya que, por lo general, ésta conocerá más datos sobre los bienes o servicios que ofrece y contará con la ventaja añadida de haber realizado más operaciones de este tipo, mientras que es frecuente que el consumidor solo realice una»³⁹⁷. Si, por el contrario, se proporcionara al consumidor una información completa sobre los hechos potencialmente relevantes, éste estaría en condiciones de alcanzar una voluntad bien formada que le permitiría manifestar una decisión razonable³⁹⁸.

En otras palabras, se entiende que si el consumidor goza de una amplia información relativa no sólo a los bienes o servicios suministrados, sino a sus propios derechos contractuales, se incrementará su confianza, puesto que la asimetría informativa se habrá superado y se encontrará en mejores condiciones para contratar³⁹⁹. Tal y como señala Heiderhoff, la justicia contractual queda reestablecida a través del mecanismo de la reducción de las diferencias de poder que se consigue proporcionando información al consumidor, y una vez que las partes gozan de un poder similar, se encontrarán bien posicionadas para llevar a cabo un contrato justo⁴⁰⁰. Por esta razón, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento», establece que «a fin de capacitar adecuadamente a los consumidores, deberá proporcionárseles información clara, fiable y comparable, así como las herramientas adecuadas para entenderla»⁴⁰¹.

Todo ello explica por qué el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce expresamente al consumidor el derecho a la información⁴⁰² y, sobre todo, por qué numerosas directivas europeas, amparándose en la necesidad de promover el establecimiento

³⁹⁷ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. II.–3:103 DCFR. Comentario A.

³⁹⁸ «[...] und sie setzt vor allem ohne Weiteres voraus, dass Menschen zu vernünftigen Entscheidungen gelangen, wenn sie nur über sämtliche möglicherweise relevanten Informationen verfügen», *Vid.*, EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 276.

³⁹⁹ «Undoubtedly the provision of information is one of the key tools available to enhance consumer protection», HOWELLS (2005), p. 363.

⁴⁰⁰ HEIDERHOFF, p. 869.

⁴⁰¹ Bruselas, 22.5.2012 COM(2012) 225 final.

⁴⁰² Art. 169 Versión Consolidada Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión 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».

y el funcionamiento del mercado interior⁴⁰³, se han preocupado por imponer correlativamente deberes específicos y directos de información al empresario⁴⁰⁴. Tal ha sido la intensidad legislativa en este campo que, en palabras de SCHAUB, puede decirse que nos encontramos ante uno de los pilares de la protección del consumidor en Europa⁴⁰⁵.

No obstante, las razones que se esgrimen para justificar la imposición de los deberes de información son variadas. Así, en aquellos casos en que el propio objeto del contrato resulta complejo y de difícil comprensión, el legislador comunitario obliga a informar sobre el mismo con detalle, a efectos de clarificar las cuestiones más difíciles y de proporcionar conocimientos al consumidor. Esto acontece –al igual que ocurría con el derecho de desistimiento– en los contratos de crédito al consumo⁴⁰⁶, en los contratos de aprovechamiento por turno, de producto vacacional de larga duración o de reventa⁴⁰⁷, en los contratos de crédito celebrados con

⁴⁰³ Art. 114 Versión Consolidada Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El argumento que sirve para reconocer competencias a la UE en este punto es el siguiente: la falta de información del consumidor provoca una asimetría de poder entre los contratantes que, en cierto modo, distorsiona el funcionamiento apropiado del mercado. Por el contrario, si se empodera al consumidor mediante la provisión de una información completa, el funcionamiento del mercado interior resultará más correcto y saludable. En este sentido, HOWELLS (2005), p. 350.

⁴⁰⁴ Algunos autores distinguen entre deberes directos e indirectos de información. *Vid.*, WILHELMSSON, TWIGG-FLESNER (2006), p. 459. Por ejemplo, la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en su artículo 2, relativo a los criterios para determinar la conformidad de los bienes con el contrato, impone un deber indirecto de informar al consumidor sobre las características de dichos bienes, ya que si no cumplen con las expectativas del adquirente existirá falta de conformidad y podrán invocarse los remedios por incumplimiento. Por lo tanto, aunque no existe un deber explícito y directo, puede deducirse fácilmente su existencia de las consecuencias que se derivan de su ausencia. La doctrina también vislumbra la presencia de un deber indirecto de información en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que consagra el deber de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible, interpretado conjuntamente con el considerando 20, el cual hace referencia a que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas.

⁴⁰⁵ SCHAUB, p. 26.

⁴⁰⁶ Artículo 5 Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo: «1. Con la debida antelación, y antes de que el consumidor asuma cualquier obligación en virtud de un contrato u oferta de crédito, el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito deberán facilitar al consumidor, sobre la base de las condiciones del crédito ofrecidas por el prestamista y, en su caso, de las preferencias manifestadas y de la información facilitada por el consumidor, la información que sea precisa para comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada sobre la suscripción de un contrato de crédito». En el considerando 19 de la citada Directiva se explica la razón de existir de este deber informativo: «A fin de que el consumidor pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, antes de la celebración del contrato debe recibir información adecuada, que pueda llevarse consigo para su examen, sobre las condiciones y el coste del crédito, así como sobre sus obligaciones».

⁴⁰⁷ *Vid.*, artículo 4 Directiva 2008/122/CE, 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.

los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁴⁰⁸ o, finalmente, en los servicios financieros a distancia⁴⁰⁹. Como puede verse, en todos estos casos, por razones más que obvias, el desequilibrio informativo llega a ser apabullante, por lo que parece más que razonable gravar al empresario con un deber especial de información a efectos de proporcionarle al consumidor una serie de conocimientos que le permitan incrementar su confianza y, en consecuencia, llegar a contratar con cierta seguridad unos productos que entrañan un importante e innegable grado de complejidad.

En otros casos, la razón de establecer deberes informativos reside en el peligro que el propio medio en el que se lleva a cabo la contratación entraña para la adecuada protección de los intereses del consumidor, como ocurre con la contratación a distancia (y el comercio electrónico en especial⁴¹⁰) o con los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. En el primer supuesto el consumidor no puede conocer y comprobar de primera mano las características del producto que desea adquirir, mientras que en el segundo el factor sorpresa-presión con el que juega el empresario le impide reflexionar suficientemente sobre la oferta adquisitiva que se le hace. Por ello, en ambos casos se obliga al empresario a informarle, entre otros muchos extremos, de «las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios»⁴¹¹.

Así pues, puede decirse que la legislación europea ha dado cuerpo a una nueva institución jurídica conocida con el nombre de «deberes precontractuales de información»⁴¹². No obstante, es conveniente destacar que la protección del consumidor vía fortalecimiento de los derechos de información no es algo privativo ni exclusivo de la Unión Europea. Efectivamente, otros ordenamientos jurídicos del mundo –cuya influencia real sobre el Derecho UE

⁴⁰⁸ Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La Directiva articula los deberes de información en torno a tres ejes diferentes: información básica publicitaria (art. 11), información general (art. 13) e información precontractual propiamente dicha o personalizada (art. 14), proporcionada mediante la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). *Vid.*, con detalle, nuestro estudio, OLIVA BLÁZQUEZ, «La Directiva...» (2017), pp. 98 a 156.

⁴⁰⁹ Artículos 3 y 4 Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁴¹⁰ 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.

⁴¹¹ Artículo 6.1 a) Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

⁴¹² En el Derecho comunitario también se regulan los deberes de información en la fase contractual e, incluso, poscontractual, pero, en palabras de ARROYO, los deberes de información precontractual son los más abundantes, ARROYO AMAYUELAS (2009), p. 214.

desconocemos— otorgan una importancia destacada al deber de informar de forma correcta y completa al consumidor con el fin de incrementar su confianza, así como de garantizar que tome una decisión contractual suficientemente meditada y segura. Así, la *Fair Trading Act* 1986 de Nueva Zelanda, regula en sus artículos 27 y 28 los *consumer information standards*⁴¹³, al igual que el artículo 7 de la Ley de Competencia de 2000 de Marruecos. Por lo tanto, aunque, como vimos con anterioridad, el planteamiento legislativo de la Unión Europea no se asienta directamente en ninguno de los ordenamientos jurídicos europeos, sí puede inspirarse en otras leyes que, como la neozelandesa, protegen los derechos informativos de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, el establecimiento de un complejo conjunto de deberes precontractuales de información debería acompañarse de unos concretos remedios derivados de su posible incumplimiento, ya que, en caso contrario, el fracaso del sistema estará servido⁴¹⁴. En otras palabras, si el empresario no llega a padecer ningún tipo de perjuicio por vulnerar sus deberes de información frente al consumidor, difícilmente cumplirá con lo establecido en las Directivas citadas. Pues bien, es aquí donde se detecta una laguna importante, en tanto que la legislación comunitaria carece de normas claras y precisas en las que se regulen las consecuencias del incumplimiento del deber informativo que grava al comerciante. De hecho, las directivas suelen contemplar, de forma genérica, un precepto relativo al régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la legislación europea, en el que se otorga la competencia al respecto a los propios Estados miembros⁴¹⁵. Así, la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo, se limita a establecer que las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, mien-

⁴¹³ Así, el artículo 27.1 (A) FTA 1986 establece lo siguiente: «A consumer information standard may: (a) require the disclosure of information relating to the kind, grade, quantity, origin, performance, care, composition, contents, design, construction, use, price, finish, packaging, promotion, or supply of the goods or services; (b) and specify how that information must be obtained or verified before it is disclosed; and (c) specify the form and manner in which that information must be disclosed on or in relation to—(i) the supply or possible supply of the goods or services; or (ii) the resupply or possible resupply of the goods or services; or (iii) the promotion by any means of 1 or more of the matters described in subparagraphs (i) and (ii)».

⁴¹⁴ «La imposición de «deberes» de información exigirá ofrecer un repertorio de las consecuencias de su infracción», GARCÍA VICENTE (2009), p. 823.

⁴¹⁵ Muchas de estas sanciones son meramente administrativas, por lo que carecen de interés y eficacia directa para el contrato llevado a cabo por el consumidor. Así, el artículo 49.2 b) TRLGDCU determina como una infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios en la contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil «el incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario».

tras que la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 11.2), afirma que los Estados *podrán* establecer que el consumidor pueda rescindir el contrato en todo momento, sin gastos y sin penalización alguna. Desde luego, este proceder, en nuestra opinión, es muy criticable, por cuanto convierte en una auténtica quimera que pueda llegar a haber cierta armonización en algo tan importante como el régimen de sanciones por incumplimiento⁴¹⁶. Más bien ocurrirá todo lo contrario: cada Estado establecerá el criterio que estime conveniente, dando lugar, como se ha afirmado, a que la situación legal de los Estados miembros sea «completely inconsistent»⁴¹⁷.

Realmente, uno de los pocos aspectos que sí se han regulado ha sido el de los efectos derivados de la falta de información relativa al derecho de desistimiento que asiste al consumidor. Así, la derogada Directiva 94/47/CE, relativa a la protección de los adquirentes en los relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, preveía la resolución del contrato. Y la STJUE de 17 diciembre 2009, interpretando el artículo 4 de la 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, concluyó que resultaba posible que un órgano jurisdiccional nacional declarara de oficio la nulidad de un contrato comprendido en su ámbito de

⁴¹⁶ Como es sabido, el artículo 65 TRLGDCU establece al respecto lo siguiente: «Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante». Así pues, nuestro ordenamiento jurídico apuesta claramente, como punto de partida, por el principio de conservación de los contratos, recurriendo al mecanismo de la integración contractual de acuerdo con la buena fe objetiva. No obstante, se prevén puntualmente reglas concretas para supuestos específicos de contratación al consumo. Por ejemplo, según el artículo 7.2 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo «el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma que se establecen en los artículos 10 y 12, dará lugar a la anulabilidad del contrato. En caso de que se mantenga la eficacia del contrato, éste se integrará conforme a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y demás normas aplicables. Igualmente, el art. 9.4 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores determina que «el incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el Capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española». Esta norma, es obvio decirlo, resulta completamente prescindible por redundante, en cuanto se limita a reconocer que el contrato será nulo siempre y cuando así pueda derivarse de las normas que con carácter general regulan la nulidad contractual. En este mismo sentido, SERRANO FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ LERÍA, p. 57.

⁴¹⁷ HEIDERHOFF, p. 871.

aplicación por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión (*sic.*)⁴¹⁸.

Estas soluciones, excesivas e injustificadas en la lógica contractual, se abandonan en virtud de la Directiva 2011/83/UE (art. 10), la cual determina que la consecuencia de no informar será la ampliación del período de desistimiento, el cual expirará doce meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial⁴¹⁹. También puede citarse, como remedio específico, el contemplado en el artículo 6.6 Directiva 2011/83/UE, según el cual, tratándose de contratos a distancia o fuera de establecimiento mercantil, el incumplimiento de los requisitos de información relativos a los gastos adicionales de transporte, entrega o postales, así como los costes de devolución de los bienes en caso de desistimiento liberará al consumidor de la obligación de abonar dichos gastos o costes⁴²⁰.

A la vista de todo lo anterior, no debe extrañar que la doctrina jurídica más relevante haya criticado con toda claridad la ausencia de un sistema coherente de sanciones por incumplimiento de los deberes de información, sugiriendo al respecto la existencia de dos opciones: la imposibilidad de ejecutar (*non-enforceability*) el contrato o la indemnización de daños y perjuicios⁴²¹. El CESL precisa-

⁴¹⁸ En el párrafo 34 de dicha sentencia se establece que, «en estas circunstancias, una medida como la que tiene intención de adoptar el órgano jurisdiccional remitente, consistente en declarar la nulidad del contrato litigioso, puede calificarse de «adecuada» en el sentido del mencionado artículo 4, párrafo tercero, puesto que sanciona el incumplimiento de una obligación cuyo respeto, como se ha señalado en los apartados 26 y 27 de la presente sentencia, es esencial a efectos de la formación de la voluntad del consumidor y de la obtención del nivel de protección al que aspira el legislador comunitario». Caso C-227/08 (*Martin Martin*).

⁴¹⁹ Hay que tener en cuenta que el TJUE estableció en el conocido caso *Heininger* [C-481/99 – *Georg Heininger and Helga Heininger v Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG* [2001] ECR I-09945] la siguiente doctrina: «la Directiva 85/577 se opone a que el legislador nacional aplique un plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revocación (*sic.*) que establece el artículo 5 de dicha Directiva, cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el artículo 4 de la mencionada Directiva». En otros términos, se deduce perfectamente que el período de tiempo con el que cuenta el consumidor para ejercitar el derecho de desistimiento no comienza hasta que haya sido convenientemente informado acerca de dicho derecho, lo cual, obviamente, daría lugar a que el consumidor tuviera un «eternal right to withdraw» en los casos en los que la información no llegara a ser facilitada. Este planteamiento era abiertamente contrario con lo establecido en la Directivas 94/47 y 97/7, que contemplaban la ampliación del plazo de desistimiento hasta un plazo máximo de tres meses. Finalmente, la Directiva 2011/83/UE ha optado por consagrar como criterio general el plazo de un año, siguiendo la propuesta de un sector relevante de la doctrina: «a maximum withdrawal period of one year could be considered as being more reasonable than the eternal period created by the ECJ in the Heiniger ruling», SCHULTE-NÖLKE, TWIGG-FLESNER, EBERS (eds.) (2007), pp. 517, 518 y 712, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf. (consultado en junio de 2017).

⁴²⁰ Puesto que el artículo 6.5 de la Directiva 2011/83/UE determina que toda la información «formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento», puede entenderse *a sensu contrario* que en caso de que dicha información no se suministre no formará parte del mismo. *Vid.*, SCHAUB, p. 40.

⁴²¹ SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, p. 744.

mente quiso aclarar esta cuestión, y estableció al respecto tres tipos de remedios:

- i) La indemnización de daños y perjuicios (art. 29.1 CESL)⁴²².
- ii) La ampliación a un año del plazo para ejercer el derecho de desistimiento contractual (arts. 29.3 y 42.2 CESL).
- iii) La anulación del contrato por error o dolo (art. 29.3, 48 (1) (b) (ii) y 49.1) CESL).

Aunque las normas que contemplaban estos remedios no estaban exentas de críticas objetivas y razonables⁴²³, lo cierto es que pretendían por vez primera construir un sistema coherente de acciones por vulneración del deber de informar. Habrá que seguir esperando a que se presente otra futura oportunidad que ponga fin a esta situación de incertidumbre que acaba dañando tanto a la eficacia de la propia institución como a la uniformidad del derecho europeo⁴²⁴.

5.5.3 Conclusiones críticas: ¿un exceso de información?

Hay que reconocer que el planteamiento político que de los deberes de información hace la UE no es descabellado ni carece de un sólido anclaje dogmático. No en vano, la doctrina jurídica que se ha ocupado de construir una teoría general en torno al deber de información ha identificado precisamente a los contratos al consumo como uno de los casos en los que la imposición de tales deberes tendría sentido. Así, Gómez Calle, que hace pivotar la presencia de los deberes de información en el principio general de buena fe,

⁴²² Señala el artículo que «una parte que haya incumplido cualquier deber impuesto por el presente capítulo responderá de las pérdidas causadas a la otra parte con su incumplimiento». Por otro lado, en la «Ficha Informativa Estándar», recogida en el Anexo II, se establecía que «el comerciante deberá facilitarle la información importante sobre el contrato, por ejemplo sobre el producto y su precio, incluidos todos los impuestos y tasas, así como sus datos de contacto. La información deberá ser más detallada cuando compre algo fuera del establecimiento comercial del comerciante o si no tiene ningún contacto personal con él, por ejemplo si realiza la compra en línea o por teléfono. Si esta información es incompleta o engañosa, tiene usted derecho a indemnización».

⁴²³ Sobre todo por los problemas que provocaba la concurrencia entre los remedios, como ocurría con el error y el desistimiento, cuyos planos se confundían y daban lugar a disfunciones importantes. *Vid.*, con detalle, EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 277.

⁴²⁴ La doctrina ya advirtió que: «In considering whether to improve the acquis, the question of sanctions for failing to correspond with information duties may be one matter that may need to be given some attention [...] A divergence in the various national laws in this matter does, however, create at least the potential of creating a barrier to trade. Introducing uniform sanctions would, in that case, increase the likelihood of reducing such barriers. A clearer system of sanctions in this regard might also benefit consumer confidence, and therefore the operation of the internal market», SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, p. 734 y 735.

incluye el supuesto de la protección del consumidor como uno de los casos que justificarían la «protección informativa»⁴²⁵. No obstante, la actual configuración que el legislador europeo ha hecho de los deberes de información merece una serie de críticas importantes que pasamos a exponer brevemente.

Por de pronto, puede parecer desmesurada la progresiva extensión que se ha hecho de los deberes de información a favor de un consumidor que ha pasado a concebirse como un ser excesivamente desvalido y necesitado de protección para las instituciones europeas. No debe olvidarse que desde la doctrina jurídica más prestigiosa autores como Rehm han defendido que la mera condición de consumidor es insuficiente a efectos de fundamentar la presencia de deberes de información, ya que, además de existir un presunto desequilibrio informativo de partida, es imprescindible que el plan normativo contractual imponga al profesional el riesgo de información del consumidor⁴²⁶. Y en este mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE considera que la mera condición de consumidor no obliga a la otra parte a velar por sus intereses, salvo en el marco de una relación jurídica en la que ésta se obligue a ello o le obligue la ley⁴²⁷.

Pues bien, este parece ser que fue el plan originario de las instituciones comunitarias, ya que, como hemos visto, en un principio no existía un reconocimiento global del deber de información a favor del consumidor, sino parcial y limitado a determinadas áreas y aspectos considerados como esenciales para superar la puntual asimetría informativa existente entre consumidor y profesional. No obstante, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, introdujo en su artículo 5, titulado «Información a los consumidores en los contratos distintos de los contratos a distancia o los contratos celebrados fuera del establecimiento», unos requisitos generales de información aplicables a cualquier contrato al consumo⁴²⁸. De esta forma, lo que era una excepción justificada

⁴²⁵ GÓMEZ CALLE, p. 18 y pp. 87 y ss.

⁴²⁶ REHM, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, Beck, München, 2003, pp. 152 y ss., citado por BASOZÁBAL ARRÚE, p. 686.

⁴²⁷ BASOZÁBAL ARRÚE, p. 689. Más adelante (p. 700), el mismo autor insiste en la idea de que «la condición de las partes no es un dato que, en sí mismo considerado, pueda considerarse definitivo, salvo para las obligaciones que la ley haya ligado a dicha condición».

⁴²⁸ Dice literalmente el artículo 5.1: «Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato distinto de un contrato a distancia o uno celebrado fuera del establecimiento, u oferta correspondiente, el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto». Y se aclara en el Considerando 34 que «El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente».

por las razones anteriormente esgrimidas, se ha convertido en regla general⁴²⁹, forzando en cierta forma la propia naturaleza que normalmente han tenido los deberes de información precontractual e introduciendo un cuerpo ciertamente extraño en el ámbito de la teoría general clásica de la contratación privada.

Ahora bien, bajo nuestro punto de vista el principal problema que presentan los deberes de información es que la legislación europea se ha excedido claramente a la hora de configurar su contenido y alcance. Puede decirse que la doctrina jurídica más relevante, de forma prácticamente unánime, ha denunciado el sinsentido que implica la ingente y heterogénea cantidad de información que actualmente se proporciona al consumidor, en tanto que, más que ayudarle a superar la inicial situación de asimetría informativa, seguramente le provocará mayor confusión e inseguridad jurídica⁴³⁰.

Basta, por recurrir a un ejemplo útil, con echar un vistazo a la información que el comerciante tiene que proporcionar al consumidor antes de que quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento (art. 6 Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores): a lo largo de un total de veinte apartados diferentes se van desgranando datos dispares y de naturaleza heterogénea que habrán de suministrarse al abrumado consumidor, como las características principales de los bienes o servicios; la identidad del comerciante (como su nombre comercial); la dirección geográfica del establecimiento del comerciante y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo; el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos; el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato; los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento; las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer el derecho de desistimiento; un recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes; la existencia de asistencia posventa al consumidor, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones; la existencia de códigos de conducta pertinentes; la duración del contrato y la duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato; la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor tenga que pagar o aportar a solicitud del comerciante;

⁴²⁹ Igualmente, SERRANO FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ LERÍA, pp. 39 y 43.

⁴³⁰ En este sentido, se ha dicho que el consumidor puede llegar a verse desbordado por la cantidad de información suministrada, SERRANO FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ LERÍA, p. 59.

la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer; la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo.

Y lo mismo ocurre si analizamos los deberes de información recogidos en otras directivas, como la de crédito al consumo (art. 5), la de contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (art. 14), la de aprovechamiento por turnos (art. 4), la más reciente Directiva (UE) 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, (art. 5) o, entre otras, en la Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros que, en el paroxismo del deber informativo, recoge alrededor de cuarenta ítems sobre los que hay que informar al consumidor (arts. 3 y 4).

Todas estas Directivas incurrir en una técnica que ha sido calificada por Howells como «belt-and-braces regulatory approach»⁴³¹, y que implica una armonización completa y exhaustiva de los deberes informativos. Ahora bien, ¿tiene sentido bombardear al consumidor con tal batería incesante y apabulladora de datos e informaciones? En nuestra opinión, la implantación de esa «jungla de deberes» carece de cualquier sentido, al menos por las siguientes razones:

i) En primer lugar, y comenzando por lo más obvio, hay que señalar que el consumidor habitualmente no perderá su tiempo en leer con detalle un extenso listado de informaciones que, con toda seguridad, implicarán una importante pérdida material de tiempo⁴³². Simplemente esta razón puramente pragmática aconsejaría revisar el sistema actualmente vigente.

ii) Por otro lado, muchas de las informaciones que aparecen resultarán incomprensibles para el consumidor que haya decidido adentrarse en la maraña de las informaciones proporcionadas por el empresario, por mucho que el principio de transparencia exija que la información resulte clara y comprensible⁴³³. Así, no resultará

⁴³¹ HOWELLS, p. 363.

⁴³² BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR (2013), pp. 117 y 118. «[...] some consumers may read the information, but this is likely to be a minority», SCHAUB, pp. 29 y 30. Este mismo autor cita un interesante estudio en el que se demuestra que tan solo uno o dos de cada mil adquirentes on-line accede a las condiciones contractuales durante al menos un segundo, BAKOS, MAROTTA-WURGKER, TROSSEN (2014), pp. 1 a 35.

⁴³³ Art. 5.1 Directiva 2011/83/UE: «Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato distinto de un contrato a distancia o uno celebrado fuera del establecimien-

fácil que el consumidor entienda bien qué es el derecho de desistimiento y, sobre todo, que lo distinga de las garantías legales de conformidad de los bienes adquiridos *ex art. 2* Directiva 1999/44/UE y de las garantías puramente comerciales. Y lo mismo ocurrirá con otros datos, como la existencia de códigos de conducta pertinentes, de conformidad con la definición del artículo 2, letra f), de la Directiva 2005/29/CE, o la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso. Si esto puede predicarse con carácter general del consumidor medio, en el que caso de consumidores especialmente vulnerables (con bajo nivel de formación, ancianos, etc.) la situación se agrava considerablemente⁴³⁴.

iii) En tercer lugar, las instituciones comunitarias parten de la figura del «consumidor medio», el cual, de acuerdo con lo establecido en el considerando 18 del Preámbulo de la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales, aparece como un sujeto que «está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz»⁴³⁵. Sin embargo, son numerosos los estudios que se han hecho en el campo del comportamiento de los consumidores que ponen de manifiesto que es completamente erróneo creer que el consumidor es un ser perfectamente racional que actúa meticulosamente y con diligencia tras analizar las distintas alternativas del mercado. Muy al contrario, habitualmente el consumidor se deja llevar por las campañas de marketing empresarial en las que el comerciante le proporciona la información que le conviene, sin pararse a pensar de forma concienzuda y racional sobre las implicaciones de su actuación. En definitiva, existe un factor claramente incontrolable y aleatorio en el comportamiento del consumidor que no puede ser detenido ni alterado por muy detallada que sea la información que se llegue a proporcionar⁴³⁶.

iv) Pero, sobre todo, la pregunta que hay que hacerse es hasta qué punto todas estas informaciones son imprescindibles para que el consumidor supere el innegable déficit informativo que en ocasiones padece. ¿De verdad hace falta, en la fase negociadora del contrato, informar al consumidor sobre los detalles concretos del derecho de desistimiento que podrá en su caso ejercitar, sobre la existencia de un servicio postventa, de garantías legales e incluso

to, u oferta correspondiente, el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto».

⁴³⁴ HEIDERHOFF, p. 869.

⁴³⁵ El concepto de «consumidor medio» ha sido acuñado y desarrollado por la jurisprudencia del TJUE: C-210/96, *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tusky v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt, Amt für Lebensmittelüberwachung*, C-220/98, *Estee Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v Lancaster Group GmbH* y C-44/01, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH*.

⁴³⁶ Sobre este argumento, *vid.*, SCHAUB, p. 30.

de garantías comerciales específicas? Y lo mismo puede decirse respecto a la dirección completa del empresario, su teléfono, fax, e-mail⁴³⁷, etc. ¿Es esto lo que finalmente le animará a contratar, o más bien lo será la información clara y completa relativa a las condiciones y características de los bienes y servicios adquiridos? Parece, como se ha advertido, que el lugar más apropiado para recoger toda esta información relativa a los deberes legales o convencionales del empresario debería ser la propia confirmación que éste haga del acuerdo contractual (*Vertragsbestätigung*), en una fase por lo tanto posterior, lo cual permitirá al consumidor centrar toda su atención inicial en los elementos esenciales del contrato que pretende llevar a cabo (*Produkteigenschaften und des Preises*)⁴³⁸. A mayor abundamiento, hay que recordar que el exceso de información normalmente acaba por ocultar o, al menos, por hacer menos visible la información relevante que busca el consumidor⁴³⁹.

v) Igualmente, se ha indicado que la utilidad marginal de la información aportada por el empresario decrece a medida que se produce un incremento significativo del nivel de dicha información, pudiendo llegar a convertirse en un factor negativo para el propio destinatario de la misma⁴⁴⁰. En otras palabras, hay que tener en cuenta que la capacidad del consumidor para captar información con un grado de especificidad técnica nada desdeñable es obviamente limitada⁴⁴¹, y por eso debe proporcionársele tan sólo la información justa y necesaria que le permita concentrar toda su atención en lo que es realmente importante⁴⁴². Tal y como ha señalado Grundmann, es el momento de «cutting down the information owed and distilling what is most needed»⁴⁴³. Obviamente, la dificultad reside en discriminar la información esencial de aquélla que no lo es, así como en fijar un número máximo, esto es, una suerte de tope respecto a los detalles informativos que se proporcionarán al consumidor. En este sentido, y aún reconociendo que se trata de una cuestión muy discutible, desde el ámbito de la psi-

⁴³⁷ «What seems to be somewhat superfluous for an on-premises contract is the obligation to provide a telephone number before the conclusion of the contract», SCHAUB, p. 36.

⁴³⁸ *Vid.*, EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 277.

⁴³⁹ Así, MANKOWSKI (2005), p. 784.

⁴⁴⁰ EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008), p. 694. En este sentido, se afirma que un mayor nivel de información no tiene por qué conducir a que los consumidores tomen mejores decisiones. *Vid.*, con detalle, VAN BOOM (2011), p. 360.

⁴⁴¹ «Consumers have limited ability to understand and process information», HOWELLS, p. 359; «In particular, it is generally acknowledged that the consumer's reception and processing of information is limited», HEIDERHOFF, p. 869.

⁴⁴² EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 276.

⁴⁴³ S. GRUNDMANN (2009), p. 103.

cología cognoscitiva Miller sugirió que lo máximo que la mente humana es capaz de procesar y manejar a la vez es alrededor de siete unidades (*chunks*) de información⁴⁴⁴, una cifra que, como hemos visto, es muy inferior a la que exigen las Directivas, que se mueven entre veinte y cuarenta ítems informativos. Puede deducirse por lo tanto que el consumidor europeo está sometido en la actualidad a una sobredosis informativa que, en gran parte, resulta inútil, ya que el exceso informativo acaba por provocarle un estado de desconfianza y desánimo que puede alejarle del negocio que pretendía realizar.

vi) Finalmente, no debe desdeñarse la pesada carga que las Directivas ponen sobre los hombros de los empresarios, obligados a preparar largos y detallados formularios repletos de información. Es cierto que se ha intentado justificar esta carga en el principio de «solidaridad contractual» y en la idea de que los empresarios finalmente se benefician de las mejoras en el mercado que introducen las Directivas. No obstante, se ha dicho que esta argumentación no es convincente, ya que «private law in a free market economy –particularly European consumer contract law– does not recognize such altruistic, one-sided motivations»⁴⁴⁵. Es más, el cumplimiento de todos estos deberes de información genera unos costes (sobre todo en la preparación de los formularios) que, con casi toda seguridad, el empresario repercutirá al consumidor, por lo que paradójicamente la información acabará perjudicándole⁴⁴⁶.

A la vista de todas estas razones, coincidimos por completo con los autores que han denunciado la presencia de un «naive Informations-paradigma»⁴⁴⁷ en las instituciones comunitarias, que, al no tener en cuenta las posibilidades reales de comprensión y retención de la información por parte del consumidor, siguen estando convencidas de que la información le «empodera» y protege frente a los abusos empresariales. Ya hemos visto que ocurre precisamente lo contrario, es decir, que el exceso de información es perjudicial para el consumidor⁴⁴⁸, le despista, le distrae de las cuestiones real-

⁴⁴⁴ «Let me summarize the situation in this way. There is a clear and definite limit to the accuracy with which we can identify absolutely the magnitude of a unidimensional stimulus variable. I would propose to call this limit the span of absolute judgment, and I maintain that for unidimensional judgments this span is usually somewhere in the neighborhood of seven», MILLER (1956), pp. 81-97.

⁴⁴⁵ HEIDERHOFF, p. 879.

⁴⁴⁶ SCHAUB, p. 27.

⁴⁴⁷ EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 276.

⁴⁴⁸ «Information overload can be detrimental», HEIDERHOFF, p. 879.

mente importantes (el precio y la calidad de los bienes)⁴⁴⁹, y al fin y al cabo le impide tomar una decisión plenamente razonada e informada⁴⁵⁰.

Por todo ello, nos parece urgente e inaplazable que las directivas europeas abandonen de una vez por todas el actual sistema de exhaustivos deberes informativos que grava al empresario, y en su lugar se dé paso a un conjunto limitado de informaciones que sean esenciales para que el consumidor pueda formar su voluntad contractual de manera cabal y completa⁴⁵¹. El problema de fondo es que, a día de hoy, sigue sin llevarse a cabo la revisión general del *acquis* que se pedía expresamente en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro»⁴⁵². Efectivamente, en dicho texto se indicaba que el objetivo principal de la Comisión seguía siendo aumentar la confianza de los consumidores y de las empresas en el mercado interior mediante un elevado nivel común de protección de los consumidores, la eliminación de los obstáculos existentes en el mercado interior y la

⁴⁴⁹ En este sentido, se afirma que cuando el empresario informa al consumidor sobre el derecho de desistimiento, en el fondo lo que hace es distraerle innecesariamente en el momento de tomar su decisión relativa a la conclusión del contrato, EIDENMÜLLER/JANSEN/KIENINGER/WAGNER/ZIMMERMANN, p. 276.

⁴⁵⁰ No obstante, SCHAUB cree que los deberes de información no resultan completamente inútiles, por mucho que, como expresamente reconoce, no garanticen que se pueda acabar con las malas prácticas comerciales ni que el consumidor adopte sus decisiones de una forma suficientemente racional e informada. Y argumenta su afirmación en términos puramente procesales y probatorios, esto es, en base a la inversión de la carga de la prueba que la existencia de deberes informativos de carácter imperativo implica para el consumidor. En otros términos, si el consumidor no recibe los servicios prometidos, o se le exige que pague cantidades no pactadas, puede invocar los remedios contractuales adecuados al caso sin necesidad de demostrar que el empresario incumplió con su deber de informar apropiadamente sobre tales extremos, ya que, como establece el artículo 6.9 Directiva 2011/83/UE, la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos incumbirá al comerciante. Así pues, será el empresario el que tenga que soportar la carga de probar que cumplió de forma diligente y completa con todos los deberes informativos que exigía la Directiva. Por otro lado, aunque es cierto que esta norma, por su ámbito de aplicación objetivo, sólo será aplicable en los supuestos de contratos a distancia y fuera de establecimiento comercial, lo cierto es que la STJUE de 18 diciembre 2014 (C-449/13, *CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus et. al.*) estableció que las disposiciones de la Directiva 2008/48 debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional según la cual la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones corresponde al consumidor. A partir de esta sentencia, puede entenderse que la carga de la prueba del cumplimiento del deber de informar, con independencia de qué pueda establecer cada ordenamiento jurídico nacional, recae en todo caso sobre el empresario, ya que lo contrario implicaría vulnerar el «principio de efectividad» de las Directivas europeas (según el cual, una disposición procesal nacional no puede hacer imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión Europea, cosa que ocurriría si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones relativas a la información contractual incumbiera al consumidor), SCHAUB, pp. 42 y 43.

⁴⁵¹ *Vid.*, este planteamiento con relación a la Directiva de aprovechamiento por turnos, WENDLANDT (2005), pp. 67 a 92.

⁴⁵² Bruselas, 11.10.2004 COM(2004) 651 final, p. 4. *Vid.*, EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2011), pp. 1077 y 1078.

simplificación de la legislación, anunciando para ello la revisión de ocho Directivas relativas a los consumidores, a fin de identificar si se alcanzaban dichos objetivos. Pues bien, entre las cuestiones que la Comisión planteaba expresamente como objeto de reflexión, se encontraba la siguiente: «¿Son adecuados los requisitos de información precontractual?» Han pasado dieciocho años, y aunque la respuesta parece evidente⁴⁵³, seguimos sin contar con un planteamiento oficial de las instituciones comunitarias competentes que sirva para poner fin a la era de la denominada «information overkill»⁴⁵⁴. Y el desafío no es precisamente menor, en palabras de Markesinis, Unberath y Johnston, ya que imponer excesivos deberes de información acabará socavando a la propia institución del contrato. En definitiva, lo que está en juego, insistimos, es la propia esencia de la institución contractual.

5.5.4 Epílogo: la extensión de los deberes de información más allá de los confines de la relación de consumo

La incesante actividad legislativa que ha experimentado la Unión Europea en lo que respecta a los deberes de información precontractual ha acabado por calar tanto en la doctrina jurídica como especialmente en los procesos legislativos contemporáneos, en los cuales se extiende el deber de informar más allá de sus confines originales, como veremos más adelante. Esto es, ya no se trata de informar solamente al consumidor desvalido para que supere la situación de desequilibrio y asimetría informativa, sino que el deber de suministrar información contractual se extiende a las relaciones entre empresarios (B2B).

Así, el artículo II.-3:101 DCFR (*Deber de revelar información acerca de bienes, otros activos y servicios*), establece lo siguiente:

«(1) Antes de celebrar un contrato para el suministro de bienes u otros activos o la prestación de servicios por parte de una empresa a otra persona, la primera deberá revelar a la segunda aquella información acerca de los bienes, otros activos o servicios que la persona espere razonablemente recibir, teniendo en cuenta los niveles de calidad y rendimiento que se considerarían normales en estas circunstancias.

⁴⁵³ «There is an obvious need to consider whether the detailed lists of items of information to be provided need to be maintained», SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, p. 743.

⁴⁵⁴ GRUNDMANN, p. 103.

(2) A la hora de determinar qué información puede razonablemente esperar la persona natural o jurídica, se aplicará el criterio, cuando la otra parte sea también una empresa, de si el hecho de no facilitar la información se aparta de las prácticas comerciales habituales».

Como puede observarse, se consagra un deber general de informar, de carácter precontractual (antes de que se celebre el contrato), acerca de los bienes, otros activos o servicios ofertados al destinatario. Respecto a dicho deber debemos hacer tres aclaraciones:

– En primer lugar, la aparente amplitud inicial de tal deber se limita expresamente ya que, tal y como se expone en los comentarios oficiales a dicho artículo⁴⁵⁵, la norma no implica que el proveedor deba facilitar toda la información de la que disponga acerca de los activos o los servicios (lo cual podría chocar con sus propios intereses privados como comerciante), sino únicamente aquella necesaria para evaluar su calidad y rendimiento, y que el beneficiario pueda razonablemente esperar recibir. De esta forma, el DCFR implementa el criterio, muy conocido en el ámbito doctrinal, de la «esencialidad» de la información proporcionada⁴⁵⁶.

– Por otro lado, también debe destacarse que el destinatario de la información puede ser tanto un consumidor como un empresario, lo cual constituye una novedad respecto a lo establecido en el *acquis*. La única diferencia que puede encontrarse por lo que respecta al beneficiario reside en la forma concreta de valorar lo que éste puede razonablemente esperar: si es un consumidor se atiende a los «niveles de calidad y rendimiento que se considerarían normales» (apartado 1), mientras si se trata de un empresario se tendrá en cuenta la «desviación grave de las buenas prácticas comerciales» (apartado 2), ya que entre comerciantes los deberes de información son de menor entidad que entre una empresa y un consumidor⁴⁵⁷.

– Finalmente (*last but not least*), el deber de información no grava a cualquier contratante que oferte bienes y servicios, sino

⁴⁵⁵ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. II.–3:101 DCFR. Comentario A.

⁴⁵⁶ «Hay que tener en cuenta que un aspecto decisivo en materia de obligaciones de información (como ocurre con el error) es la esencialidad de la información para el contrato, que sea esencial para el tipo contractual elegido, o que haya devenido esencial en el curso de los tratos preliminares, pues parece lógico que la omisión de información no decisiva no afecte al contrato, aunque pueda desencadenar consecuencias de otra índole», BASOZÁBAL ARRUE, p. 657.

⁴⁵⁷ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. II.– 3:101 DCFR. Comentario C.

única y exclusivamente a aquel que tenga la condición de empresario. Por lo tanto, el DCFR no ha dado el paso de extender los deberes de información a cualquier sujeto, persona física o jurídica, con independencia de que sea o no un empresario.

Por otro lado, el artículo 23 del fallido CESL hacía referencia expresa al deber de información en el marco de las relaciones B2B, estableciendo al respecto lo siguiente: «Antes de la celebración de un contrato de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante, el proveedor tendrá la obligación de revelar por cualquier medio adecuado al otro comerciante 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». A continuación, el apartado segundo del mismo artículo señala que «[p]ara determinar si el apartado 1 exige que el suministrador revele cualquier información, deberán considerarse todas las circunstancias y, en especial: (a) si el suministrador tenía conocimientos especializado en la materia; (b) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; (c) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; (d) la naturaleza de la información; (e) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y f) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión».

El CESL partía claramente de la estructura normativa que le ofrece el DCFR (cumpliendo aquí la tan repetida función de «tool box» que siempre se le ha querido atribuir⁴⁵⁸), si bien desarrollaba y especificaba aún más el contenido del deber de información entre empresarios. Conviene recordar, no obstante, que la Propuesta de Reglamento de Compraventa europea limitaba su aplicación a los contratos B2B en los que una de las partes fuera una PYME⁴⁵⁹, lo

⁴⁵⁸ En el tercer «Discussion Forum» (celebrado en Stuttgart, los días 1 y 2 de marzo de 2007) sobre el CFR, la Comisaria para la salud y la protección de los consumidores, Meglena Kuneva, defendió que éste se empleara como «caja de herramientas» (*toolbox*) con la que mejorar la consistencia y cualidad de la legislación existente y futura en el ámbito del derecho de contratos. *Vid.*, INFANTE RUIZ (2008), p. 18. Finalmente, en la Introducción oficial al DCFR se hace expresamente referencia a su función como «legislator's guide or toolbox», VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NÖLKE, (2009), p. 48.

⁴⁵⁹ El artículo 7 de la Propuesta de Reglamento establecía que 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». En cualquier caso, el artículo 13 CESL

cual tenía cierto sentido, en tanto que los problemas de asimetría informativa afectan a los pequeños empresarios de una forma muy similar a lo que ocurre con los consumidores⁴⁶⁰. Es cualquier caso, aun cuando el deber de información debe intensificarse y ser mayor cuando se trate de grandes empresas, la doctrina destacó que incluso las pequeñas empresas estaban gravadas con este deber de información siempre y cuando contrataran con otras PYME⁴⁶¹.

Esta propuesta de extrapolar los deberes de información precontractual a las relaciones entre comerciantes constituye una expresión puntual de un fenómeno más importante: la extensión de las normas sobre protección de los consumidores y usuarios al pequeño y mediano empresario. En otras palabras, frente al esquema de pensamiento clásico que ha entendido que éste no precisaba de ninguna tutela especial en sus relaciones contractuales, por cuanto siempre actuaba en situación de igualdad, se superpone una nueva perspectiva que considera que la empresa también puede ser la parte débil en la contratación, mereciendo, en consecuencia, la intervención legislativa en aras de reequilibrar la posición de los contratantes. En definitiva, el consumidor no es el único acreedor de una protección específica, sino todo aquél que forme parte de un «contrato asimétrico» que presuponga una situación de desequilibrio de poder en la negociación.

Tal y como señala el padre de esta teoría, el profesor Vincenzo Roppo, el legislador europeo tiende a intervenir cuando, por un lado, nota asimetrías en la información u otras fallas del mercado que tengan la capacidad de generar un desequilibrio del poder contractual entre las empresas contrayentes, y, por otro lado, cuando considera dicho desequilibrio como una amenaza tanto a la justicia en las relaciones de mercado como a la eficiencia de los mecanismos del mercado⁴⁶². Así lo ha hecho la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la que extiende de forma específica la

ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de extender el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento a los contratos entre comerciantes cuando ninguno de ellos fuera una PYME en el sentido que acabamos de ver.

⁴⁶⁰ En este sentido, se afirmaba que la finalidad del artículo 23 CESL era la de resolver la asimetría de la información, así como reducir el riesgo de errores relativos al objeto del contrato, BEALE, HOWELLS (2011), p. 52. Tratándose de grandes empresas, el deber de información se difumina por completo, puesto que, al ser muy similar el poder y las posibilidades de obtener la información precontractual, se aplica con todo su rigor el principio de la autodeterminación informativa.

⁴⁶¹ HOWELLS/WATSON, p. 159.

⁴⁶² ROPPO (2011), p. 184. Una crítica, formulada igualmente desde la doctrina jurídica italiana, respecto a la posibilidad de extender la protección de los consumidores a las relaciones entre empresarios puede verse en ZOPPINI (2008), pp. 536 y ss.

tutela frente a las cláusulas abusivas típica del consumidor a las relaciones entre empresarios («prácticas abusivas»)⁴⁶³. Y de forma más tímida también lo hizo la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, que consideraba a estos últimos como parte necesitada de protección⁴⁶⁴.

A mayor abundamiento, hay que recordar que más recientemente se ha abierto paso en la legislación europea la protección de los «clientes», a secas, de determinados servicios (*contracts supplier to customer S2C*⁴⁶⁵). Por ejemplo, la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, establece en su artículo 24 que se proporcionará a los clientes de los contratos de inversión⁴⁶⁶ con suficiente antelación información conveniente con respecto a la empresa de servicios de inversión, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas, los centros de ejecución de órdenes y todos los costes y gastos asociados⁴⁶⁷. La propia Directiva aclara que se entiende por cliente «a toda persona física o jurídica a quien una empresa de servicios de inversión presta servicios de inversión o servicios auxiliares» (art. 4.1 9), con independencia, por lo tanto, de que pueda o no ser además un consumidor en el sentido más clásico del término⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Art. 7.1 Directiva 2011/7/UE: «Los Estados miembros dispondrán que una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro si resulta manifiestamente abusiva para el acreedor no sea aplicable o pueda dar lugar a una reclamación por daños». Y se aclara al respecto que se considerará manifiestamente abusiva una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora o que excluya la compensación por los costes de cobro.

⁴⁶⁴ ROPPO (2011), p. 185.

⁴⁶⁵ ROPPO, *ult. op. cit.*, p. 189.

⁴⁶⁶ Sobre el deber de información en los productos financieros, *vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, «Sentencia del...» (2015), pp. 531 a 563.

⁴⁶⁷ Originariamente se trataba de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la cual formaba parte del conocido «Paquete MIFID» (*Markets in Financial Instruments Directive*). Esta Directiva se encuentra derogada desde el 3 de enero de 2017.

⁴⁶⁸ No obstante, la Directiva incluye el concepto de «cliente profesional», entendido como «todo cliente que posee la experiencia, los conocimientos y la cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y para valorar correctamente los riesgos inherentes a dichas decisiones». *Vid.* con detalle, Anexo II Directiva. En cualquier caso, esta categoría no ha sido creada con el fin de ser excluida con carácter general del régimen de protección que otorga la Directiva, sino más bien para reconocer que es necesario graduar el tipo de protección ofrecida en función de la clase de cliente de que se trate. En otros términos, el cliente minorista –el cual, recuérdese, puede ser incluso una empresa– merece mayor protección que el profesional, y por eso la tutela que le ofrece la Directiva es mucho más intensa y completa.

La razón de la especial protección que se proporciona en estos casos reside en la asimetría informativa que cualquier cliente, debido a la extrema complejidad de los productos suministrados, padece frente a las empresas de inversión⁴⁶⁹. Tal y como señala ROPPO, la protección «se basa en el hecho de que los clientes, generalmente, son *outsiders* respecto a los productos o servicios (a menudo complejos, sofisticados y peligrosos) de los cuales son destinatarios, mientras que el proveedor que está al otro lado de la operación es, típicamente, un *insider* del mercado relevante»⁴⁷⁰. Además, y como argumento complementario, la STS de 20 enero 2014 (RJ 2014, 781) recuerda que el principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate, «es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural [...]. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar». En cualquier caso, queda claro que cualquier cliente tiene derecho a percibir una información previa al contrato relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales y sobre sus condiciones jurídicas y económicas, de una forma comprensible y adaptada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta en todo caso el propio perfil específico del cliente.

Aunque en nuestra opinión se trata de un fenómeno aún incipiente y, por lo tanto, incierto⁴⁷¹, todo parece indicar que las instituciones europeas apuestan por proteger progresivamente tanto al cliente en general como al pequeño y mediano empresario en particular, en el marco de las relaciones asimétricas que lleva a cabo con grandes empresas (como las multinacionales y grupos empre-

⁴⁶⁹ La STS de 20 enero 2014 (RJ 2014, 781), relativa a los swaps, establece que «ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros». Con relación a esta sentencia, *vid.*, ÁLVAREZ LATA (2014).

⁴⁷⁰ ROPPO (2011), p. 194.

⁴⁷¹ De hecho, el propio ROPPO reconoce que se trata de «indicios de una posible tendencia, aunque no todavía de una tendencia definitiva y consolidada», ROPPO (2014).

sariales de todo tipo)⁴⁷², produciéndose una cierta convergencia entre la situación del consumidor y de las PYMES⁴⁷³.

5.6 LA DIRECTIVA 2011/83/UE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

5.6.1 Previo

La anteriormente citada Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, es un texto legislativo de «armonización plena»⁴⁷⁴ (art. 4) cuyas normas tienen carácter imperativo (art. 25). Originariamente pretendía reemplazar por completo a la Directiva 1999/44/CE sobre ventas de consumo, pero, por diferentes razones de imposible explicación en esta breve nota⁴⁷⁵, las instituciones comunitarias acabaron cediendo a favor de un texto mucho más modesto que básicamente se limita a regular los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, derogando en consecuencia la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Ahora bien, el texto de la capitidisminuida Directiva –que tanto quiso ser y que tan poco ha acabado siendo– establece una serie de normas que afectan a los contratos de compraventa al consumo en materias de Derecho sustantivo tan importantes como la obligación de entrega del vendedor (art. 18), el pago (arts. 19 y 22) o la impo-

⁴⁷² Así, en el *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo* (8 de febrero de 2007, COM (2006) 744 final), se señala que «algunos comerciantes, como las empresas unipersonales o las pequeñas empresas, se pueden encontrar algunas veces en una situación similar a la de los consumidores cuando compran ciertos bienes y servicios, lo cual despierta el interrogante sobre hasta qué punto deberían gozar de la misma protección que se otorga a los consumidores». *Vid.*, igualmente, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas [SEC (2008) 2101] [SEC(2008) 2102]. También, es interesante mencionar la STJUE de 20 septiembre 2001 (*caso Courage*), en la que se señala expresamente lo siguiente: «En particular, incumbe al citado órgano jurisdiccional examinar si la parte que alega haber sufrido un perjuicio, en razón de la celebración de un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición».

⁴⁷³ No obstante, el propio ROPPO reconoce que hay una diferencia clara respecto a la protección al consumidor: en los contratos B2B asimétricos la parte protegida es el proveedor de bienes y servicios, mientras que en los contratos con el consumidor la parte débil es quien actúa como cliente, el consumidor, ROPPO (2011), pp. 187 y 188.

⁴⁷⁴ Este principio de la armonización plena implica que la legislación nacional no puede ser diferente ni separarse de lo fijado en la Directiva, MARÍN LÓPEZ (2012), p. 17.

⁴⁷⁵ *Vid.*, REICH, MICKLITZ (2009), pp. 471 a 519.

sibilidad de resolver el contrato de forma inmediata y sin haber requerido al comerciante para que entregue en un plazo adicional (*Nachfrist*). Pues bien, hay un par de cuestiones sobre las que merece la pena que nos detengamos en tanto que ponen de manifiesto la influencia que la Directiva 2011/83/UE recibe de la CISG y del DCFR: la moderna configuración del concepto de «contrato de venta» (art. 2.5) y la figura de la transmisión de los riesgos al consumidor (art. 20).

5.6.2 El concepto de compraventa

Comenzando por la primera cuestión, conviene recordar que la Convención de Viena extendió, de forma inteligente y vanguardista, el concepto clásico del contrato de compraventa con el objeto de incluir otras prestaciones diferentes de la entrega de la cosa a cambio de precio (art. 1445 CC), como los servicios, que tan comunes resultan en el marco de las relaciones comerciales internacionales. Efectivamente, el artículo 3.1 CISG establece que la Convención «no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios». Por lo tanto, puede entenderse *a contrario* que los llamados «contratos mixtos», caracterizados por incluir en la esfera obligatoria del vendedor tanto el deber de suministrar mercaderías como el de proporcionar otros servicios adicionales o accesorios, quedarán sometidos al régimen vienés siempre y cuando la «parte principal» de las obligaciones de aquel que proporcione las mercaderías no consista en el suministro de servicios⁴⁷⁶. En caso contrario, el contrato se asimilará a una prestación de servicios en sentido estricto, y por ello quedará excluida del régimen de la Convención de Viena.

Pues bien, el artículo 2.5 Directiva 2011/83/CE, al definir el contrato de compraventa, también determina expresamente que éste «incluye cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios». Así pues, tal y como afirmamos en otro lugar, la Directiva comunitaria considera que los contratos mixtos, en los que el vendedor se compromete tanto a entregar un bien como a prestar un servicio (mantenimiento, formación, etc.), son también contratos de compraventa, y ello con independencia de la importancia que pueda tener la prestación del servicio en el conjunto de la operación de venta⁴⁷⁷. Por lo tanto, si el objeto del contrato

⁴⁷⁶ El concepto de «parte principal» ha dado lugar a numerosos problemas interpretativos. *Vid.*, nuestro trabajo, OLIVA BLÁZQUEZ (2002), pp. 244 y ss.

⁴⁷⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, «El contrato...» (2014).

viene constituido por bienes y servicios, se tratará de un contrato de compraventa susceptible de ser regulado por la citada normativa europea.

Ahora bien, todavía más importante y relevante resulta la innovación –respecto a lo que determinan actualmente para nuestro ordenamiento jurídico los artículos 1445 y 1461 CC– que el artículo IV. A.–1:202 DCFR, siguiendo los pasos del artículo 30 CISG⁴⁷⁸, establece en su definición del contrato de compraventa:

«Los contratos “de compraventa” de bienes son contratos en virtud de los cuales una parte, el vendedor, se obliga frente a la otra, el comprador, a *transmitir la propiedad* de los bienes a éste o a un tercero, ya sea en el momento de la celebración del contrato o en un momento posterior, y el comprador se compromete a pagar el precio».

Una lectura superficial del concepto aportado por el DCFR pone de manifiesto algo que, aun cuando pueda parecer obvio, ha dado lugar a interminables –y en algunos casos inútiles y vacuas– disputas doctrinales en nuestro país⁴⁷⁹: el vendedor tiene la obligación de transmitir los bienes objeto de enajenación. Es más, para que no quepa ninguna duda al respecto, en los comentarios oficiales al artículo en cuestión se señala de forma contundente, por un lado, que «la principal obligación del vendedor es transmitir la propiedad de los bienes»⁴⁸⁰ y, por otro lado, que «la obligación de transmitir la propiedad es inherente al propio concepto de contrato de compraventa; si las partes no incluyen esta obligación, su contrato no se considerará, en general, un contrato de compraventa de bienes»⁴⁸¹. Dejando a un lado el carácter tan germánico que destilan estas declaraciones⁴⁸², queda completamente claro que el ven-

⁴⁷⁸ Artículo 30 CISG: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención». Además, se establece que «deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones» (art. 41 CISG), «incluyendo los derechos o pretensiones basados en la propiedad intelectual e industrial» (art. 42 CISG).

⁴⁷⁹ No tiene sentido exponer en este lugar las distintas posturas y explicaciones que respecto a esta cuestión ha dado nuestra doctrina. *Vid.*, por todos, ALBALADEJO (1955), p. 1115; DÍEZ-PICAZO (2010), pp. 57 y ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ (2001), pp. 385 y 386. Y por supuesto, para quien quiera profundizar es imprescindible la lectura de RUBIO GARRIDO (1993).

⁴⁸⁰ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. IV. A–1:202 DCFR. Comentario C.

⁴⁸¹ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. IV. A– 2:101 DCFR. Comentario B. Este artículo establece de forma explícita que el «vendedor tiene la obligación de: (a) transmitir la propiedad de los bienes».

⁴⁸² El artículo 433 (1) BGB determina que por el contrato de compraventa el vendedor de una cosa se obliga a entregarla al comprador y a transmitirle la propiedad. Aunque es cierto que otros códigos europeos sancionan igualmente este deber de transferir el

dedor siempre vendrá obligado a transmitir la propiedad del objeto de acuerdo con las reglas de transmisión de la propiedad (*vid.*, art. VIII.–2:101 DCFR).

Y aunque el DCFR es un mero texto de *soft law*, lo cierto es que la Directiva 2011/83/UE ha seguido este sendero estableciendo al respecto que el «contrato de venta» es todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio (art. 2.5)⁴⁸³. No obstante, la Directiva, como es lógico y esperable en virtud de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen en el Derecho comunitario, aclara que la transmisión de la propiedad sigue siendo una cuestión a determinar por cada ordenamiento jurídico: «las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional» (Considerando 51 Directiva 2011/83/UE).

5.6.3 La transmisión del riesgo en los contratos de consumo

Como decíamos al inicio de este epígrafe, la otra cuestión relevante de la Directiva que estamos analizando atañe a la transmisión del riesgo de los bienes muebles vendidos. Efectivamente, la Directiva opta por afrontar la regulación de esta compleja cuestión porque, según lo establecido en su Considerando 55, cuando el comerciante expide los bienes al consumidor, en caso de pérdida o deterioro, la determinación del momento de la transferencia del riesgo puede ser fuente de litigios. Por esta razón, establece su artículo 20 que «en los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes»⁴⁸⁴.

dominio (por ejemplo, art. 1470 *Codice civile*), es innegable el peso que la doctrina germánica ha tenido en la configuración de las normas que componen el DCFR. No en vano, cuatro de los ocho equipos de trabajo del *Study Group on an European Civil Code* (el cual, como es sabido, llevó el peso de la redacción del DCFR) tenían su sede en un Estado germánico (tres en Alemania y uno en Austria). Y desde la doctrina jurídica alemana se advierte de que la estructura del DCFR es prácticamente igual que la del BGB, GRUNDMANN, p. 89.

⁴⁸³ *Vid.*, sobre esta cuestión, FENOY PICÓN (2013), pp. 727 y ss.

⁴⁸⁴ «Por tanto, la presente Directiva debe establecer que el consumidor esté protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido posesión material de los mismos», Considerando 55.

La norma se inspira claramente en el artículo IV. A.-5:103 (a) DCFR, el cual, a su vez, determina que en los contratos de compraventa de bienes de consumo «el riesgo no se transmite hasta que el comprador toma posesión de los bienes». Aunque este precepto se formula en términos negativos, como puede observarse comparte con el artículo 20 Directiva 2011/83/UE el hecho de que el *critical point* que determina el momento de transmisión de los riesgos es la efectiva toma de posesión material de los bienes por parte del consumidor. Ello implica que el riesgo no se transmitirá con la mera entrega de los documentos que representan los bienes⁴⁸⁵, ni tampoco en los casos en los que estos permanezcan bajo la posesión del vendedor en sus almacenes, por mucho que éste le haya avisado de que se encuentran a su disposición⁴⁸⁶.

De esta forma, la regla se separa del criterio general que, como vimos, se aplica cuando las compraventas no son al consumo, puesto que en estos casos el riesgo suele transmitirse cuando el vendedor pierde el control efectivo sobre los bienes vendidos (por ejemplo, al entregarlos a un transportista), aun cuando no hayan sido recibidos por el comprador⁴⁸⁷. La razón de este cambio de enfoque reside en que, tal y como se señala en los Comentarios oficiales al DCFR, se trata de evitar cargar innecesariamente al consumidor con riesgos imprevistos, que no podrá prever ni es probable que haya cubierto mediante la contratación de un seguro⁴⁸⁸. Y en el mismo sentido, la Directiva 2011/83/UE señala que es preciso proteger al consumidor frente a los riesgos durante el transporte organizado o realizado por el comerciante, aun cuando el consumidor haya elegido una determinada forma de entrega de entre las distintas posibilidades propuestas por el comerciante⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. IV. A- 5:103 DCFR. Comentario A.

⁴⁸⁶ *Vid.*, ZOLL, WATSON (2012), p. 606. En una compraventa B2B, si el comprador se retrasa al recoger las mercaderías, el riesgo se transmite desde el momento en el que debería haber tomado posesión de las mismas, *Vid.*, OLIVA BLÁZQUEZ, «Passing of risk» (2015), pp. 199 y 200.

⁴⁸⁷ Salvo que concorra el supuesto especial que prevé el propio artículo 20 Directiva 2011/83/UE: «No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista». En este caso, puesto que la responsabilidad de elección del transportista recae en el consumidor, resulta lógico que asuma el riesgo de la destrucción o pérdida de los productos durante todo el transporte (esto es lo que implica que el riesgo se transmita desde la entrega al transportista).

⁴⁸⁸ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Art. IV. A- 5:103 DCFR. Comentario A.

⁴⁸⁹ Considerando 55.

5.6.4 A modo de conclusión: la peligrosa introducción de piezas discordantes en nuestro ordenamiento jurídico

No quisiera cerrar el presente epígrafe sin hacer referencia a una última cuestión que considero de vital importancia. La Directiva 2011/83/UE ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Esto significa que se ha introducido un nuevo concepto de compraventa en nuestro derecho interno que discrepa del existente hasta ahora (art. 1445 CC), así como un mecanismo de transmisión de los riesgos diferente al recogido en el Código civil (art. 1452 CC)⁴⁹⁰.

Por lo que, respecto a la importante cuestión de la transmisión de la propiedad, resulta paradójico que el Código civil siga sin exigir de forma expresa que el vendedor transmita la propiedad de los bienes que vende, limitándose a pedirle que entregue y, en su caso, responda por saneamiento, garantizando al comprador el goce pacífico de los bienes adquiridos (art. 1461 CC). Y resulta sorprendente porque, si ese mismo vendedor enajena sus bienes a un sujeto que tenga la condición de empresario, entonces sí vendrá obligado a transmitir la propiedad. Efectivamente, según el nuevo artículo 59 bis 1 a) LGDCU, se entenderá por «contrato de venta»: todo contrato en virtud del cual el empresario *transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes [...]*». Salta a la vista que esta ausencia de coordinación entre dos normas de nuestro ordenamiento jurídico genera inseguridad jurídica y coadyuva a sembrar la confusión en una cuestión tan importante como la presente. Por supuesto, entiendo que este deber de transmitir la propiedad –que no sólo emana de la norma citada, sino del artículo 35 CISG para las compraventas internacionales–rige para todas las compraventas por el simple hecho de que así se ha exigido por estas dos piezas legislativas incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, pero, a efectos técnico-jurídicos, sería muy conveniente que se reformara el Código civil con el objeto de eliminar cualquier sombra de duda que pudiera existir al respecto.

⁴⁹⁰ El nuevo art. 66 *ter* TRLGDCU establece que «[c]uando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste». *Vid.*, un estudio completo de esta norma, en SÁNCHEZ LERÍA (2017), pp. 1 a 29.

Lo que ha ocurrido, una vez más, es que esta modernización del derecho de contratos se ha hecho de espaldas al Código civil, agravando las discrepancias y la falta de homogeneidad interna de nuestro ordenamiento jurídico. Por mucho que la interpretación acorde con la realidad (art. 3.1 CC) pueda ayudarnos a superar estos escollos, no tienen ningún sentido que en materias tan sensibles e importantes convivan dos regímenes jurídicos, el codificado y el incorporado a la legislación especial de consumo, diferentes e, incluso, contradictorios. Un aviso más a nuestro legislador que debería servirle para afrontar, de una vez por todas, la anhelada y necesitada reforma del Código civil en materia de obligaciones y contratos.

6. ARMONIZACIÓN JURÍDICA Y *SOFT LAW*

6.1 ¿DERECHO DE LOS CONTRATOS O DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS?

Cuando los PECL vieron la luz, una de las cosas que más llamó la atención entre la doctrina jurídica especializada fue el hecho de que no se hiciera mención a la clásica *divisio* entre Derecho de obligaciones y Derecho de contratos. Es cierto que *a priori* podría considerarse como algo completamente lógico, ya que los PECL, tal y como se proclama con meridiana claridad en su artículo 1:101, no son más que un conjunto de reglas generales del Derecho de los contratos de la Unión Europea. Ahora bien, basta con echar un vistazo superficial al índice de las materias que componen estos Principios para comprender que, realidad, se incluyen numerosos elementos e instituciones que consideraríamos como propios del Derecho de obligaciones, como cumplimiento, incumplimiento y sistema de remedios, la pluralidad de las partes, la cesión de créditos o, entre otras muchas, la compensación⁴⁹¹. Así pues, los PECL, bajo su engañosa denominación, esconden mucho más de lo que podría entenderse en un principio, especialmente para un jurista formado en el sistema jurídico continental. Siendo esto así, ¿por qué no se denominó sin más Derecho de obligaciones y contratos europeo? La explicación hay que buscarla en las diferencias que entre el *civil law* y el *common law* existen a este respecto.

⁴⁹¹ *Vid.*, un análisis detallado de estas cuestiones, en DI MAJO (2002), pp. 883 a 895. Incluso, aparecen materias que incluiríamos dentro de la Parte General del Derecho Civil, como la representación y la prescripción.

Efectivamente, el Derecho de obligaciones es una parte capital del Derecho civil europeo-continental, y se introdujo en la tradición de los códigos europeos⁴⁹² por el influjo de la obra de dos grandes maestros del *civil law*, POTHIER⁴⁹³ y SAVIGNY⁴⁹⁴. Como es sabido, esta disciplina se construye en torno al concepto de «obligación»⁴⁹⁵, categoría que permite agrupar y sistematizar distintas relaciones obligatorias a las que se aplican una serie de reglas pretendidamente compartidas⁴⁹⁶. Por el contrario, en el modelo del *common law* el Derecho de obligaciones carece de existencia propia e individualizada, algo completamente lógico si tenemos en cuenta las características que históricamente han condicionado este sistema. Esto es, la ausencia de experiencia codificadora, de una disciplina comparable con el Derecho civil, unida a la poderosa presencia de un pensamiento inductivo de las reglas que emanan de los casos concretos⁴⁹⁷, hizo innecesario recurrir a la construcción de una teoría general de las obligaciones⁴⁹⁸. No en vano, las fuentes más importantes de las obligaciones se estudian y exponen de forma separada: *contracts*, *tort* y *restitution*.

⁴⁹² Se introdujo en el *Code civil*, en el *Codice civile* y en nuestro Código civil, entre otros muchos. En el BGB, el Libro Segundo se dedica al Derecho de las relaciones obligatorias (*Recht der Schuldverhältnisse*), si bien, dentro del mismo, junto a las normas más típicas del Derecho de obligaciones (como el contenido y extinción), se contemplan otras propias del Derecho de los contratos, incluyendo el régimen de los contratos especiales (*Einzeine Schuldverhältnisse*), así como la gestión de negocios sin mandato, el enriquecimiento injustificado y los actos ilícitos. Y es que, tal y como señala ZIMMERMANN, «[t]he fathers of the BGB in the end abandoned any attempt to systematize the law of obligations and simply placed 25 different types of obligations side by side», ZIMMERMANN (1996), p. 21.

⁴⁹³ POTHIER (2011; reimpresión del original de 1821).

⁴⁹⁴ SAVIGNY (1853). El genio alemán no pudo completar esta obra en la que pretendía construir su sistema del derecho de obligaciones. En cualquier caso, se ha dicho que su obra dio un paso más respecto a la de POTHIER, por cuanto no se limitó a yuxtaponer diferentes tratados o aspectos del Derecho civil, sino que lo estructuró en su conjunto. Y recuérdese que esta estructuración es la base sobre la que se desarrolla en nuestro país la exposición actual del Derecho civil. *Vid.*, MORALES MORENO (2012), p. 324.

⁴⁹⁵ Concepto cuyas raíces se hunden en el Derecho romano: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, Inst. 3, 13 pr. No obstante, ZIMMERMANN sugiere que el origen de la palabra «obligatio» se encuentra en un texto de Cicerón (*Epistulae ad M. Brutum* 1, 18, 3), ZIMMERMANN (1996), p. 1.

⁴⁹⁶ Tal y como indica el art. 1089 CC, las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Con gran acierto didáctico, MORALES MORENO indica que hay tres tipos de obligaciones (además de las nacidas de la ley): las nacidas de la autonomía de la voluntad (contrato y voluntad unilateral), de la causación de daños (con función reparatoria mediante la indemnización) y de los enriquecimientos injustificados (con función de restauración del equilibrio entre patrimonios a través de la restitución). MORALES MORENO (2012), p. 320. En cualquier caso, el origen histórico es más que evidente, ya que de acuerdo con los esquemas dogmáticos heredados de las *Instituta* justiniana (*obligatio* y *contractus*) y de las obras de GAYO, el contrato no es más que una de las fuentes de las obligaciones.

⁴⁹⁷ «English contract law is predominantly a case law subject», ANDREWS, p. 531.

⁴⁹⁸ Argumentos esgrimidos por MORALES MORENO (2012), p. 320.

Probablemente la necesidad de aproximar y conciliar ambos sistemas ha provocado que los PECL hayan optado por sacrificar la tradición dogmática continental⁴⁹⁹, abandonando en consecuencia la histórica categoría de la «obligación». Desde un punto de vista pragmático no hay nada que objetar, ya que de esta forma se logra sumar a la causa de la armonización vía *soft law* a los juristas de un sistema que se habrían sentido muy incómodos con una institución que les resulta extraña y compleja. En otras palabras, parece lógico pensar que la introducción del «derecho de obligaciones» habría provocado una reacción negativa por parte de los académicos formados en países de la órbita del *common law*, lo cual podría a su vez haber paralizado *ab initio* la tarea emprendida, dando al traste con todos los esfuerzos doctrinales y humanos llevados a cabo.

Ahora bien, como juristas formados en el ámbito europeo-continental, tenemos que preguntarnos si el precio pagado en aras del bien armonizador ha sido demasiado alto. ¿Hemos prescindido de una categoría técnica esencial sin la cual la ciencia jurídica retrocede de una forma inevitable? En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta es indudablemente negativa. Hay que reconocer que la parte del Derecho de las obligaciones siempre ha sido considerada como especialmente problemática, confusa, abstracta y poco precisa, ya que, aunque sus normas se aplican teóricamente a todo tipo de obligaciones, lo cierto es que, con algunas excepciones (como el «pago» y sus subrogados), la mayoría de las reglas están pensadas para el contrato⁵⁰⁰. En otras palabras, el Código civil realmente se ocupa de las obligaciones que nacen de los contratos⁵⁰¹, por lo que nada –o muy poco– perderíamos si todas estas normas se ubicaran bajo la teoría general de los contratos.

Conviene recordar al respecto que el que fuera presidente de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación, el profesor Luis Díez-Picazo, cuando se discutía en el seno de dicho organismo en torno a una posible nueva formulación del artículo 1088 CC, sostuvo que, al menos por *elegantia iuris* o estética jurídica, «me hubiera inclinado por una solución moderna o inglesa»⁵⁰². Algo que por lo demás no resulta extraño, ya que en

⁴⁹⁹ En este sentido, el Anteproyecto de Código de contratos del Grupo de Pavía (cuya existencia resultó eclipsada por los PECL) optó por prescindir de la creación de una parte general del Derecho de obligaciones por el sentido lato y casi inexistente del término «obligaciones» en el *common law*. *Vid.*, DE LOS MOZOS (1999), pp. 263 y ss.

⁵⁰⁰ Así ocurre con la pluralidad de partes, las obligaciones bajo condición, el cumplimiento, el incumplimiento y sus remedios, etc. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, «Reforma de...» (2003), p. 1569.

⁵⁰¹ «En buena medida, el CC está pensando en las obligaciones surgidas del contrato. Sus pretendidas reglas generales solo se aplicarán a otro tipo de obligaciones cuando sea posible, por medio de la analogía», MORALES MORENO (2012), p. 329.

⁵⁰² *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, «Reforma de...» (2003), p. 1570.

sus *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* afirmó que «una gran parte de los problemas analizados en el Derecho de obligaciones podrían perfectamente encontrarse estudiados dentro del Derecho de contratos, como hace la doctrina anglosajona»⁵⁰³. En definitiva, no parece que nos encontremos ante una claudicación vergonzante y humillante del mundo del *civil law* frente al *common law*, sino más bien al contrario, ante una tabla de salvación que se nos ha enviado desde el otro lado del Canal de la Mancha.

Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, el DCFR ha recuperado para la causa del Derecho patrimonial privado el concepto de la teoría general de la obligación. Efectivamente, su Libro III figura bajo el título de «Obligaciones y Derechos», y contiene una serie de reglas aplicables «a todas las obligaciones, sean o no contractuales» (art. III.-1:101 DCFR). Y para que no haya ninguna duda al respecto, se define de forma expresa a la «obligación» como «el deber de cumplimiento que asume una de las partes de una relación jurídica, el deudor, frente a la otra parte, el acreedor» (art. III.-1:102 DCFR). En suma, la doctrina general de la obligación, en cuanto categoría capaz de agrupar bajo su seno diferentes situaciones y relaciones patrimoniales, susceptibles de ser reguladas de manera uniforme, vuelve a entrar por la puerta grande al debate de la construcción del Derecho civil europeo. Y la pregunta es obvia, ¿a qué se debe este cambio de dirección, sobre todo cuando, como acabamos de ver, la opción de contemplar una teoría general del Derecho de los contratos había sido bien recibida por la doctrina jurídica continental?

Es complejo aventurar una única respuesta, pero parece claro que todo tiene que ver con el excesivo ámbito de aplicación que se le ha querido otorgar al DCFR. Efectivamente, el texto incluye, además de los contratos propiamente dichos (Libros II y IV), a las obligaciones que nacen de los daños (responsabilidad extrcontractual, Libro VI) así como de la gestión de negocios ajenos (Libro V)⁵⁰⁴ y de los enriquecimientos injustificados (Libro VII), y, por todo ello, sus redactores consideraron importante volver a otorgar un papel protagónico al Derecho de obligaciones, como una suerte de doctrina general aplicable a todas las obligaciones,

⁵⁰³ Díez-PICAZO (1996), p. 50.

⁵⁰⁴ Por cierto, ¿es que esta categoría resulta imprescindible para construir un Derecho común patrimonial privado en Europa capaz de incentivar los intercambios de bienes y servicios? Obviamente la respuesta es negativa, y por eso, se ha dicho con mucha retranca que solo hay una razón para que aparezca en el DCFR: el profesor VON BAR, coordinador del *Study Group on an European Civil Code*, estudió y preparó esta parte, «and therefore it «had» to be in the DCFR». GRUNDMANN, p. 97. El autor se refiere a la siguiente obra: VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Munich, Sellier, 2006. *Vid.*, una acertada crítica al respecto, en JANSEN (2007), pp. 958 a 991.

con independencia de cuál fuera su concreto origen y naturaleza⁵⁰⁵. En este marco ha tenido lugar lo que VOGENAUER ha tildado como proceso de «de-contractualisation»⁵⁰⁶, esto es, el abandono de la teoría general del contrato como piedra angular del proyecto y su correlativo desplazamiento a favor de una teoría general de las obligaciones que, ahora, aparece como «core element» de todo el DCFR.

Ahora bien, la paradoja es que, tal y como ha denunciado la doctrina jurídica, la mayoría de las normas del Libro III se destinan a los contratos⁵⁰⁷. Y es que no puede ser de otra forma: las obligaciones que nacen de la autonomía de la voluntad, del contrato, son la base, y en torno a ellas se ha construido históricamente la teoría general de la obligación. Así, son numerosas las normas que únicamente tienen sentido en la esfera contractual: buena fe (III.-1:103 DCFR), cooperación (III.-1:104 DCFR), no discriminación (III.- 1:105 DCFR), derechos y obligaciones condiciones (III.-1:106 DCFR), reconducción tácita (III.-1:111 DCFR), notificación de la falta de conformidad (III.-3:107 DCFR), subsanación por el deudor de cumplimiento no conforme (III.-3:201 y ss. DCFR), suspensión del cumplimiento (III.-3:401 y ss. DCFR), resolución (III.-3:501 y ss. DCFR), reducción del precio (III.-3:601 DCFR) o, entre otras muchas, transmisión de la posición contractual (III.- 5:301 DCFR).

Únicamente podrían aplicarse a las obligaciones derivadas de actuaciones dañinas las normas sobre cumplimiento (aunque no parece que sean imprescindibles, pues podrían aplicarse analógicamente) y el remedio de la indemnización de daños y perjuicios si bien, paradójicamente, el capítulo 6 del Libro VI DCFR regula los remedios derivados de la responsabilidad civil⁵⁰⁸. Por todo ello, compartimos las palabras de Grundmann, el cual sostiene con mucho sentido común que los esfuerzos deberían centrarse en construir un Derecho de los contratos adecuado y moderno: «There is too much energy needed for a good contract law to spoil it on a general law of obligations»⁵⁰⁹. O, en las palabras no menos sabias del anteriormente citado VOGENAUER, hay que caminar desde la «de-contractualisation» del DCFR (académico) a la «re-contractualisation» del CFR

⁵⁰⁵ Los autores de la introducción al DCFR reconocen que manejaron la posibilidad de separar el tratamiento de las obligaciones contractuales y no contractuales, si bien consideraron que esta solución era engorrosa e insatisfactoria, pues provocaba continuas e innecesarias repeticiones o exigía numerosas remisiones a artículos previos, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE, p. 28.

⁵⁰⁶ VOGENAUER, (2010), pp. 148, 158 y 164

⁵⁰⁷ «[...] in fact this section also contains general contract law», GRUNDMANN, p. 90.

⁵⁰⁸ El resto de las materias, como la pluralidad de partes, la compensación, la cesión de créditos, etc. «is relevant in torts only in very exceptional cases», GRUNDMANN, p. 93.

⁵⁰⁹ GRUNDMANN, p. 97.

(político)⁵¹⁰. Nos atravesamos a advertir que sólo así podrá tener el DCFR algún futuro en la arena de la política legislativa (aunque, en el marco de los vientos euroescépticos que recorren al continente, no es fácil encontrar indicios favorables para este texto).

6.2 UN RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO A SECAS

La distinción entre contratos civiles y mercantiles irrumpió en la experiencia codificadora con la aprobación del *Code de commerce* de 1807, cuya finalidad era la de establecer un estatuto jurídico especial para los actos de comercio que llevaban a cabo los empresarios. La existencia de un Código de comercio distinto del Código civil significa, en palabras de Olivencia, la consagración de un Derecho mercantil especial frente al Derecho privado común⁵¹¹. Este sistema dualista fue seguido por otros muchos países, como Alemania, Italia, Portugal y, por supuesto, la propia España, cuyo primer Código de comercio se aprobó en el año 1829.

Sin embargo, los textos internacionales de *soft law* no han tenido en cuenta esta diferenciación y, en su lugar, construyen un régimen jurídico uniforme para todos los contratos. En este sentido, el artículo 1:101 PECL afirma que su finalidad es la de «ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea», expresión con la que se pretende advertir que su normativa podrá regular cualquier tipo de contrato con independencia de que su naturaleza pueda ser, a efectos internos, calificada de mercantil, civil o incluso al consumo. Así, se ha afirmado acertadamente que «the PECL were designed to apply to all types of contractual agreements, including consumer contracts and commercial transactions»⁵¹². El artículo I.-1:101 (1) DCFR sigue esta misma línea al determinar expresamente que sus reglas se aplicarán a los contratos –sin más detalle– y otros actos jurídicos y a los derechos y obligaciones contractuales. Y aunque estamos analizando los tex-

⁵¹⁰ VOGENAUER (2010), pp. 148 y 161. También se ha dicho que «vital topics within Book III would have to be considerably changed in order to return back from a General Law of Obligations to General Contract Rules; this is particularly true with regard to the rules concerning performance and remedies for non-performance», SCHULZE/WILHELMSOHN, p. 165; LANDO (2009), p. 768.

⁵¹¹ OLIVENCIA RUIZ (1992), p. 9.

⁵¹² DANNEMANN, VOGENAUER (2013), p. 2. No en vano, el Tribunal Supremo ha aplicado los PECL para resolver cuestiones planteadas en el seno de contratos mercantiles. Así, en la STS de 7 junio 2011 (RJ 2011, 4398) la recurrente en casación instaba la nulidad de un contrato mercantil de abanderamiento por inexistencia e ilicitud de causa derivada de la indeterminación del precio de compra, y la sentencia rechaza la petición invocando para ello los artículos 2:101, 2:103, 6:104, 6:105, 6:106 y 6:107 PECL, «aunque no constituyen Derecho positivo».

tos de *soft law*, también conviene recordar que el artículo 1.3 CISG establece que a los efectos de determinar la aplicación de la Convención no se tendrá en cuenta «el carácter civil o comercial de las partes o del contrato»⁵¹³.

Ahora bien, la excepción a este planteamiento podría encontrarse en los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales, ya que estos sí establecen con toda claridad en su Preámbulo que sus reglas serán aplicables «a los contratos mercantiles internacionales». Por lo tanto, aparentemente se consolida la distinción histórica entre contratos civiles y comerciales en los Principios formulados por Unidroit. Sin embargo, en el comentario oficial al Preámbulo se aclara que lo único que se pretende con tal expresión es excluir de su ámbito de aplicación a los negocios llevados a cabo por consumidores, en tanto que éstos se encuentran generalmente sometidos a leyes especiales que establecen principios imperativos con la intención de proteger a la parte más débil. Así pues, la restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos «mercantiles» no pretende invocar al carácter formal de comerciantes (*commerçants, Kaufleute*) que puedan tener las partes o hacer referencia a la naturaleza mercantil del contrato derivada de su consideración como acto de comercio (*actes de commerce, Handelsgeschäfte*)⁵¹⁴, sino, en palabras del profesor BONELL, «the idea is rather that of excluding from the scope of the UNIDROIT Principles the so called «consumer transactions»»⁵¹⁵. Así pues, la intención real y final de los PICC es la de excluir a los contratos al consumo de su ámbito de aplicación, por cuanto estos se encuentran sometidos a normas de derecho imperativo y de carácter especial que no pueden ser libremente alteradas ni excepcionadas.

En mi opinión, la opción de regular unitariamente la categoría del contrato, sin llevar a cabo distinciones basadas en su naturaleza, debería ser aplaudida y bien recibida por la comunidad de los operadores jurídicos por las siguientes razones:

a) Ante todo, hay que empezar por destacar que la distinción entre contratos de carácter civil y mercantil es desconocida tanto

⁵¹³ La razón principal que inspira a esta norma no es otra, como indica SCHLECHTRIEM, que la ausencia de un criterio uniforme para distinguir entre las categorías de contratos civiles y mercantiles (lo cual provoca que la propia separación entre ambas categorías sea algo inseguro y artificial), así como el desconocimiento que de esta división existe en numerosas jurisdicciones del mundo. SCHLECHTRIEM (2005), p. 40.

⁵¹⁴ De hecho, FONTAINE, en un artículo publicado con anterioridad a la redacción definitiva de los Principios, aclaraba que la mera referencia a la figura del contrato comercial internacional podía provocar problemas y dar lugar al viejo debate de las distinciones entre actos civiles y comerciales, por todo lo cual acababa proponiendo que se excluyeran de forma genérica las operaciones concluidas a nivel de consumidor final, FONTAINE (1991), pp. 31 y 32.

⁵¹⁵ BONELL (2005), p. 74.

en el *common law*⁵¹⁶, como en ciertos Estados europeos donde se ha impuesto un sistema legal monista o unificado («Code unique»), como el *Code des Obligations* suizo, el *Codice Civile* italiano o, más recientemente, el Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*⁵¹⁷).

b) Por otro lado, la delimitación de las áreas de cada una de las categorías en las legislaciones dualistas resulta muy confusa y dispar, ya que se han creado criterios o parámetros técnicos diferentes que pueden dar lugar a que un mismo contrato sea calificado como civil o mercantil en función del criterio empleado por la jurisdicción competente⁵¹⁸.

c) Tal y como ha señalado la doctrina más prestigiosa, las diferencias en la regulación general de los contratos, allí donde existe el sistema dualista, «si es que alguna existe, son mínimas»⁵¹⁹.

d) Probablemente, el argumento más poderoso reside en que la división es casi unánimemente considerada como artificiosa, contraproducente y generadora de graves problemas teóricos y prácticos que enturbian considerablemente la situación jurídica.

e) Finalmente, el régimen contractual es, sin lugar a dudas, el más propicio a la unificación, ya las diferencias entre las soluciones legales que aportan el Código Civil y el de Comercio son más bien escasas. En palabras de Beltrán Sánchez, si se observa con detenimiento el régimen de los contratos con una doble regulación extensa, se comprueba fácilmente que «no sólo no hay obstáculos para la unificación, sino que la mayoría de las normas se inspiran en criterios similares, de modo que alcanzan soluciones parecidas»⁵²⁰.

En definitiva, tal y como he indicado expresamente en otro lugar⁵²¹, hoy en día no interesa perder el tiempo y las energías en

⁵¹⁶ La *Law Merchant* medieval fue objeto de incorporación al *common law* durante el siglo XVIII en gran medida gracias a los esfuerzos de Lord Mansfield, GALGANO (2000), p. 90.

⁵¹⁷ Se trata de «a code of private law», HESSELINK (2002), p. 158

⁵¹⁸ Efectivamente, por un lado, el criterio delimitador de la materia mercantil ha oscilado históricamente entre el acto de comercio (sistema objetivo) y la intervención del comerciante profesional (sistema subjetivo), siendo perfectamente posible que un mismo contrato de compraventa fuera calificado en distintas ocasiones como civil o mercantil, en función del criterio empleado por la legislación competente. Así, mientras en Alemania es la condición de comerciante (*Kaufmann*) la que determina la aplicación del Código de Comercio, en otros países, como España, se ha impuesto, por influencia francesa, el criterio que prescinde de la profesión del sujeto contratante y pasa a tener en cuenta únicamente la intención de dicho sujeto (el elemento intencional o ánimo de lucrarse con la reventa), sustituyéndose, tal y como indica GARRIGUES, el concepto de «compra profesional» por el concepto de «compra de especulación», GARRIGUES (1960), p. 259.

⁵¹⁹ Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO, p. 88.

⁵²⁰ BELTRÁN SÁNCHEZ (1995), p. 88.

⁵²¹ OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto...» (2014), p. 40.

distinguir –como hizo el desafortunado, en este punto, Anteproyecto de Código Mercantil–, con criterios en la mayoría de los casos complejos discutibles e inseguros, entre contratos de tipo comercial y civil, y mucho menos aún entre una separación inexistente y falaz de una teoría general del contrato y la obligación civil y mercantil. Por esta razón, los textos jurídicos que hemos analizado optaron por construir una única teoría general de la contratación, aplicable en todo caso y con independencia de quiénes sean sus destinatarios (consumidores, empresarios, pequeños empresarios, ciudadanos sin más calificativos). Un régimen jurídico uniforme que, en nuestra opinión, aporta un enorme grado de seguridad jurídica y certidumbre al superar la dispersión y estratificación normativa existente en función de quiénes sean los sujetos protagonistas del tráfico económico.

6.3 LOS REQUISITOS DEL CONTRATO: LA INTENCIÓN DE QUEDAR OBLIGADO POR UN ACUERDO SUFICIENTE

6.3.1 **La intención de quedar obligado por un acuerdo suficiente**

Uno de los elementos clásicos e imprescindibles de toda teoría general del contrato es la fijación de los requisitos que deben concurrir para que pueda entenderse que un determinado acuerdo es equivalente a todos los efectos a un contrato jurídicamente vinculante. Y es que, debe tenerse en cuenta que pueden existir declaraciones de voluntad que se realizan sin ninguna intención de que puedan generar obligaciones legales, en tono jocoso o bromista, desprovistas de cualquier seriedad, como simple *gentlement agreement*, etc. Por esta razón, es imprescindible saber cuándo las promesas realizadas van a tener carácter vinculante y, en consecuencia, podrán ser jurídicamente exigibles.

Pues bien, en este sentido, nuestro Código civil, inspirándose en la redacción originaria del artículo 1108 del *Code civil*, establece en su artículo 1261 que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.

Puede decirse que la mayoría de los Códigos civiles del mundo, y muy especialmente los de raíz francesa, incluyen de una forma u otra estos requisitos, añadiendo en algunos casos la capacidad de los contratantes y la forma. Sin embargo, los modernos textos del Derecho contractual difieren notablemente a la hora de enunciar cuáles son los requisitos exigibles para que exista un contrato⁵²². Efectivamente, por un lado, el artículo 2:101 PECL (*Condiciones para la conclusión de un contrato*) determina que el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando: (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. En términos muy parecidos el artículo II.-4:101 DCFR (*Requisitos para la celebración de un contrato*) establece que el contrato se celebra, sin más requisitos, cuando las partes: (a) tienen intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico; y (b) alcanzan un acuerdo suficiente.

Así pues, ambos textos coinciden en entender que sólo puede haber contrato si las partes tienen la intención de obligarse legalmente y, además, alcanzan un acuerdo que pueda calificarse de suficiente. Por otro lado, tanto el DCFR como los PECL hacen referencia a la innecesidad de cualquier otro requisito, frase mediante la que se pretende señalar de forma meridiana que no hace falta causa, *consideration* ni objeto⁵²³. La trascendencia de estas exclusiones está fuera de toda duda, pues, como es sabido, en torno a los requisitos de la causa y del objeto se han vertido auténticos ríos de tinta a lo largo de los dos últimos siglos, siendo uno de los tópicos que más quebraderos de cabeza –y entretenimiento– ha causado a la doctrina jurídica. Por esta razón, trataremos de forma separada el impacto que puede tener esta decisión de política jurídica a lo largo de los dos siguientes epígrafes, centrándonos en estos momentos en los requisitos que actualmente exigen los textos de *soft law* transcritos para que pueda considerarse que existe un contrato a todos los efectos jurídicos.

Como hemos visto, los PECL y el DCFR consideran que sólo existirá contrato si las partes tienen la intención de establecer una relación jurídica vinculante y, además, alcanzan un acuerdo suficiente. Puesto que en los Códigos civiles no suele hacerse referencia alguna a estos elementos, es imprescindible preguntarse cuál es su origen y procedencia. Pues bien, no hay ninguna duda de que ambos requisitos proceden de la doctrina del *common law* inglés⁵²⁴,

⁵²² Sobre esta cuestión, *vid.*, con detalle, SÁNCHEZ LERÍA (2014), pp. 1 a 32.

⁵²³ *Vid.*, LANDO/BEALE, p. 190.

⁵²⁴ En este sentido, se ha dicho que los requisitos establecidos por los PECL son más próximos al Derecho inglés que al Derecho europeo continental, DíEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES MORENO, pp. 171 y 179.

que con carácter general exige para que haya contrato la presencia de, por un lado, *intention to create legal relations*, y, por otro lado, *certainty and completeness* del acuerdo (*agreement*)⁵²⁵.

6.3.2 Contratos sin causa ni consideration

Acabamos de ver que los modernos textos del *soft law* tan sólo exigen para que se celebre válidamente un contrato la voluntad de las partes de quedar jurídicamente vinculadas, sin ningún otro requisito adicional. De esta forma, la tormentosa figura de la causa, reconocida en los ordenamientos jurídicos de procedencia francesa⁵²⁶, o su equivalente –hasta un cierto punto– anglosajón, la *consideration*, desaparecen del nuevo Derecho de contratos⁵²⁷. En palabras de Carlo Castronovo, nos encontramos ante la «muerte presunta» de la causa y la *consideration*⁵²⁸.

Si nos preguntamos por la razón de tan llamativa exclusión, es evidente que la respuesta reside en las grandes diferencias que separan a los ordenamientos jurídicos en el tratamiento de estas categorías. Así, mientras los códigos civiles de Francia (art. 1108⁵²⁹ *Code civil*), España (art. 1261.3.º CC) o Italia (art. 1325 *Codice civile*) reconocen directamente a la causa como requisito esencial del contrato, no lo hacen los códigos civiles de influencia germánica (§ 812.2.º BGB)⁵³⁰, como el holandés (art. 6.4.3.1. NNBW)⁵³¹, el portugués (art. 473 CC) y el suizo (art. 62 CO).

⁵²⁵ *Vid.*, una exposición breve y clara al respecto, en BURROWS (2016), pp. 69 a 73.

⁵²⁶ No obstante, la categoría de la causa emerge propiamente durante el Medioevo, como un requisito que se añade al *nudo pacto* para que éste pueda llegar a ser vinculante: «Because there is no causa, a (bare) pact cannot beget an action. Conversely, therefore, if, and as long as, a (bare) pact is based on a causa, it may in fact be enforceable!», ZIMMERMANN, p. 552.

⁵²⁷ Así, en la nota de derecho comparado n.º 3 del artículo 2:101 PECL se establece expresamente que no hace falta «ni consideration ni causa». LANDO/BEALE (2003), p. 190. Por ello, sorprende leer que «non si può affatto escludere che l'accordo sufficiente debba riguardare anche la causa», RISCHIO (2003), p. 259. Por lo que respecta a los PICC, en el comentario oficial al artículo 3.1.2 se señala que, a efectos de perfeccionar, modificar o extinguir válidamente un contrato, es innecesaria tanto la consideration como la causa, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (2010), p. 95.

⁵²⁸ CASTRONOVO (2001), p. XXVII; igualmente, BRACCIA (2002), p. 241 y ss.

⁵²⁹ Nos referimos a la versión original, previa a la reforma del año 2016, ya que actualmente ha desaparecido el requisito de la causa del nuevo artículo 1128 *Code civil*. *Vid.*, SAVAUX (2016), pp. 737 y ss. En cualquier caso, la presencia de la causa en el Código civil francés de 1804 se debió al poderoso influjo, una vez más, de POTHIER, para el cual «[l]out engagement doit avoir une cause honnet», POTHIER, pp. 22 y ss.

⁵³⁰ Y ello porque los juristas alemanes de los siglos XVII y XVIII entendieron que la causa no era necesaria, puesto que el problema de determinar si las partes se habían comprometido de una forma seria y deliberada en una relación contractual fue desplazado desde el campo de la causa al del proceso y la prueba, ZIMMERMANN (1996), p. 553.

⁵³¹ No obstante, algunos autores holandeses consideran que, aunque la causa no se menciona, sigue siendo un requisito necesario para la validez de los contratos, LANDO/BEALE (2003), p. 190.

Por otro lado, en el *common law* inglés nos encontramos con la figura de la *consideration* que, en cuanto aquello que se da o acepta a cambio de una promesa, aparece como fundamento de su carácter vinculante en un *simple contract*⁵³². Tal y como explica Cartwright, en el Derecho inglés el contrato se concibe siempre como una negociación de carácter oneroso (*bargain*), y por eso se excluye a las promesas gratuitas del ámbito del derecho de los contratos salvo que hayan sido realizadas mediante *deed* (*under seal*)⁵³³. Así pues, el *deed* tiene carácter excepcional, en tanto que permite crear una promesa vinculante sin *consideration*. Y es que, en palabras de Andrews, la principal función de la doctrina de la *consideration* es precisamente la de impedir que las promesas gratuitas informales resulten legalmente ejecutables⁵³⁴. No funcionan las cosas exactamente igual en el Derecho norteamericano, donde el requisito de la *consideration* se esquivo en numerosas ocasiones mediante una interpretación y aplicación flexible de la figura de la *promissory estoppel*⁵³⁵.

Pero las diferencias no quedan zanjadas en el plano legislativo, más bien al contrario, ya que la doctrina, acusadamente confusa, problemática y siempre dispuesta a predicar aquello que ni siquiera los textos legales recogen, ha sometido a la causa a tantas teorías e interpretaciones que resulta tremendamente difícil llegar a formular una definición unívoca con cierta vocación de uniformidad de la misma.

Empezando por lo más elemental, habría que discernir en primer lugar si se trata, tal y como establece *expressis verbis* nuestro Código civil (art. 1261.3.º), de la «causa de la obligación»⁵³⁶ a la que hacía referencia Jean Domat (*causa civilis obligandi*)⁵³⁷, en cuyo caso nuestra causa se asimilaría bastante a la *consideration* anglosajona⁵³⁸, o de la «causa de los contratos» propiamente

⁵³² En la nota 3 a) al artículo 2:101 de los PECL se aclara que la *consideration* significa que una promesa, aunque sea seria y aceptada por el promisorio, no vincula si éste no da o no hace alguna cosa (*unilateral contract*) o promete dar o hacer alguna cosa (*bilateral contract*) a cambio de la promesa, LANDO/BEALE (2003), p. 190.

⁵³³ CARTWRIGHT (2019), pp. 198 y ss.

⁵³⁴ ANDREWS, pp. 121, 122 y 126.

⁵³⁵ KLASS (2010), p. 77.

⁵³⁶ También se refería a la causa de la obligación el originario artículo 1108 del Código Napoleón. En nuestra opinión, la causa debe entenderse como causa de la obligación (arts. 1261 y 1274 CC), esto es, como razón suficiente que justifica el vínculo creado entre las dos partes involucradas en una relación jurídico-patrimonial (el intercambio), ALBALADEJO (1958), p. 201.

⁵³⁷ *Vid.*, una exposición breve pero clara de su pensamiento, GULLÓN (1969), p. 58; POTHIER, pp. 22 y ss. Por el contrario, sí distinguió entre causa de la obligación y causa del contrato (no obstante, se limitó a declarar que el contrato era causa de la obligación y que todo compromiso debía tener una causa honesta).

⁵³⁸ Así, FERRI, (2002), p. 899. Para DE CASTRO (1971, p. 174) la *consideration* se concibe «como la causa en los contratos de obligaciones recíprocas».

dicha⁵³⁹. Y en este segundo supuesto, hay que distinguir entre las tesis objetivistas, basadas en la función económico-social del contrato⁵⁴⁰, las tesis subjetivistas, que la identifican con la causa final abstracta y típica de los contratos⁵⁴¹, y la teoría de la «causa concreta» o «causa subjetiva», que, de acuerdo con De Castro⁵⁴², otorga transcendencia jurídica a las motivaciones o móviles (presuposiciones de ciertos estados de la realidad) que han impulsado a las partes a celebrar el contrato y que se han incorporado al mismo⁵⁴³.

En definitiva, la causa es una categoría compleja, ambigua, discutida, y cuyas funciones son altamente problemáticas (la célebre «hipertrofia de funciones» denunciada desde la doctrina francesa), incluso en el seno de los propios ordenamientos jurídicos que la reconocen como tal, por lo que la idea de excluirla de cualquier intento armonizador parece completamente razonable y, sobre todo, pragmática.

Ahora bien, si la causa –y la *consideration*– ha sido hasta el momento una pieza maestra del sistema de la contratación en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, le otorgan rango de elemento esencial, ¿cómo es posible que se haya transigido sin más en su erradicación? Pues, tal y como señala Castronovo⁵⁴⁴, porque la doctrina jurídica y la jurisprudencia habían puesto en tela de juicio el carácter imprescindible y esencial tanto de la causa⁵⁴⁵ como de la *consideration*⁵⁴⁶.

⁵³⁹ Esta ha sido una cuestión muy discutida entre nuestra doctrina jurídica. Para GULLÓN (p. 61), no hay ninguna duda de que «el Código desconoce la causa del contrato, y únicamente se fija en la causa de la obligación. El contrato es simplemente una fuente de obligaciones (art. 1.089 CC)». Sin embargo, DE CASTRO, en base a lo establecido en los artículos 1261, 1262 y 1274 CC, cree que la causa del contrato sí se contempla expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, DE CASTRO (1971), p. 186.

⁵⁴⁰ Adalid indiscutible de esta teoría fue SCIALOJA (1942), pp. 74 y ss. El legislador del Código civil italiano entendió a la causa del contrato como «la función económico-social que el derecho reconoce relevante a sus fines y que justifica la tutela a la autonomía privada» (*Relazione al Codice civile* n.º 613).

⁵⁴¹ *Vid.*, LACRUZ BERDEJO (2000), p. 426.

⁵⁴² DE CASTRO (1971), p. 186.

⁵⁴³ Igualmente, defiende la necesidad de que los móviles formen parte del acuerdo de voluntades para que puedan tener transcendencia jurídica, CAPITANT (2005), pp. 239 y ss.

⁵⁴⁴ CASTRONOVO (2001), p. XXV.

⁵⁴⁵ No debe olvidarse que uno de los más grandes estudiosos de la teoría de la causa en nuestro país, Federico DE CASTRO, llegó a plantearse la posibilidad de abandonar la oscura denominación «causa», sustituyéndola por otra más simple, sin el lastre de sentidos ajenos al Derecho, como «caracterización de los negocios jurídicos», DE CASTRO (1971), p. 165. Igualmente, se ha dicho que «son sólidas las razones que se invocan para prescindir del concepto de causa», DE ÁNGEL YÁGÜEZ, (2013), p. 85. También en sentido favorable a la elección de prescindir de la causa, BROGGINI (1997), p. 31 y ss.

⁵⁴⁶ En el *common law* inglés, con el objeto de superar la rigidez de la doctrina de la *consideration*, los Tribunales han estimado la existencia de este requisito en casos en los que en puridad no aparece, hasta el punto de que algunos académicos ilustres han acuñado el término de «invented consideration», TREITEL, (2011), p. 75. Por ello, no debe extrañar que MC GREGOR (1996), en la propuesta de *Contract Code*, eliminara cualquier referencia a la *consideration*.

Así pues, es necesario preguntarse cuál es la utilidad de la causa en la actualidad, para saber si realmente es o no un elemento esencial e insustituible del contrato. En este sentido, es sabido que la causa ha ejercido una de sus funciones principales como instrumento de control judicial del contenido de los compromisos contractuales (ilegales o inmorales)⁵⁴⁷. El esquema de funcionamiento de esta función es muy sencillo: los contratos deben tener una causa verdadera y lícita, y un contrato con causa ilícita, en el sentido de opuesto a las leyes o a la moral, estará afectado por una nulidad radical y, por lo tanto, no producirá efecto alguno (art. 1275 CC). Así pues, puede decirse que se hace gravitar sobre la causa el control de la autonomía de la voluntad de los contratantes, excluyendo aquellos acuerdos que persigan fines ilícitos o inmorales (causa concreta) al no ser dignos de tutela por nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴⁸.

Ahora bien, este control de los contratos ilegales y/o ilícitos, ¿sólo puede llevarse a cabo mediante la causa? Aunque debe reconocerse que es una cuestión muy controvertida, especialmente para nuestra doctrina jurídica⁵⁴⁹, hemos defendido en otro lugar que la causa no es un elemento imprescindible para regular los contratos ilícitos o contra *bonos mores*, en tanto que tales patologías pueden ser normalmente abordadas en sede de contratos *contra legem* (art. 6.3 CC)⁵⁵⁰ y de vulneración de los límites de la autonomía de la voluntad contractual (art. 1255 CC)⁵⁵¹. Por ello, entendemos que puede suprimirse perfectamente la causa sin que se resienta en absoluto el sistema de control efectivo de la licitud de los contratos, pues basta con exigir la legalidad y moralidad del negocio considerado en su globalidad⁵⁵².

Prueba sólida de la veracidad de esta afirmación es que los textos del moderno *soft law* europeo han apostado claramente por la desaparición de la causa y la *consideration*, lo cual no impide que

⁵⁴⁷ Vid., ALPA (1999), p. 193.

⁵⁴⁸ «La ley no ampara cualquier vinculación negocial, sino únicamente aquellas que están en armonía con nuestras condiciones sociales y económicas», VON THUR (2005), p. 166. Y es que, como señalara DE CASTRO, en el fondo, y también en la superficie, la doctrina de la causa ha servido y sigue sirviendo para destacar lo que merece la consideración de contrato (art. 1261 CC) o de negocio jurídico de lo que no lo merece, DE CASTRO (1971), p. 165.

⁵⁴⁹ SABORIDO SÁNCHEZ (2013), pp. 24 y ss.

⁵⁵⁰ Así opinan Díez-Picazo/Roca Trías/Morales Moreno, p. 175.

⁵⁵¹ Vid., F. Infante Ruiz, F. Oliva Blázquez (2009), pp. 31 y ss. Igualmente, entiende que el artículo 1275 CC es innecesario ante la presencia del 6.3 CC, DE LOS MOZOS (1961), pp. 416 y 417.

⁵⁵² «De todas maneras, se puede reconocer que el concepto técnico de causa no es una pieza indispensable para regular los contratos inmorales o contra bonos mores, que puede recibir un tratamiento autónomo, aunque no haya especial referencia a causa o *consideration*», Díez-Picazo/Roca Trías/Morales Moreno, p. 176. Igualmente, Fajardo Fernández (2003), p. 412 y 422, nota a pie de página 91; Díez-Picazo (2003), p. 4.

exista un control específico sobre aquellos contratos que no merezcan amparo legal⁵⁵³. Efectivamente, el artículo 1:102 (1) PECL establece los límites de la autonomía de la voluntad al señalar que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido «siempre que se observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y de las reglas imperativas en estos Principios». Su equivalente en el DCFR, el artículo II.-1:102, también reconoce que las partes son libres de celebrar un contrato así como de decidir su contenido «con sujeción a las normas imperativas aplicables».

Y como continuación o complemento necesario, ambos textos establecen que se considerarán ineficaces –con ciertas limitaciones– los contratos que se opongan a los «principios fundamentales del derecho de los Estados miembros de la Unión Europea» (arts. 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR) –aclarándose en los comentarios oficiales que la finalidad de este neologismo es la de eliminar términos como *immorality*, *public policy*, *ordre public* y *bonos mores*⁵⁵⁴– y los «contrarios a las normas imperativas» (arts. 15:102 PECL y II.-7:303 DCFR)⁵⁵⁵. Y de forma similar, el artículo 3.3.1 PICC (en su versión del año 2010) hace referencia expresa a los contratos que violan normas de carácter imperativo⁵⁵⁶. En definitiva, todos estos textos permiten controlar perfectamente el contenido de los pactos contractuales sin necesidad de recurrir a la confusa figura de la causa y de la *consideration*⁵⁵⁷.

La causa también se vincula en nuestro ordenamiento jurídico a la figura de la simulación relativa, en cuanto expresión de una causa falsa en los contratos (art. 1276 CC)⁵⁵⁸, o a la simulación absoluta, como supuesto de ausencia de causa (art. 1275 CC). No obstante, la

⁵⁵³ Vid., *in extenso*, INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ, pp. 34 y ss.

⁵⁵⁴ LANDO/BEALE (2007), pp. 309 y 310.

⁵⁵⁵ Por otro lado, el Anteproyecto del Grupo de Pavía establecía en su artículo 2.º que «las partes pueden determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal y como son fijadas en el presente Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros». Además, el artículo 25 exigía que el contenido del contrato fuera lícito, definiendo en el artículo 30.1 y 2 qué se entiende por contrato lícito. En definitiva, el Anteproyecto mantiene una concepción implícita de la causa, que no desaparece del todo, sino que ocupa el lugar que le corresponde en un sistema en el que a todo contrato se le reconoce eficacia jurídica, DE LOS MOZOS (2002), p. 208.

⁵⁵⁶ UNCETA LABORDA (2013), pp. 620 a 628.

⁵⁵⁷ Es cierto que estos textos de *soft law* no hacen referencia expresa a la ilicitud o inmoralidad en los propósitos, sino en el contrato globalmente considerado. No obstante, estos supuestos, en palabras de SABORIDO SÁNCHEZ, se reconducen a las normas reguladoras del control de contenido ilícito o inmoral del contrato, asimilándolos incluso a las situaciones que contravienen la buena fe contractual, SABORIDO SÁNCHEZ, p. 15. Y es que, «la causa concreta no es otra cosa que un término descriptivo de ciertos contenidos de la autonomía de la voluntad que forman parte del contrato y deben ser sometidos al control de licitud», MORALES MORENO (2012), p. 373.

⁵⁵⁸ Nótese que aquí se maneja una versión de la causa como modelo o tipo contractual contemplado por la ley, asemejándose en cierto modo al sistema formalista y típico del

simulación relativa puede ser concebida como un caso de discordancia entre la voluntad negocial verdadera y la declaración expresada. En palabras de Morales Moreno, para privar de eficacia a un contrato simulado no hace falta tomar en consideración la ausencia –o falsedad– de la causa, bastando con el hecho de que no ha sido querido por los contratantes⁵⁵⁹. No en vano, los PECL abordan la cuestión de la simulación relativa en el artículo 6:103, en sede de contenido y efectos del negocio, partiendo de un enfoque voluntarista y determinando la prevalencia del auténtico acuerdo de las partes (igualmente, II.–9:201 (1) DCFR). Y con relación a la simulación absoluta, debe recordarse que la ausencia de voluntad impide la conclusión válida del contrato [art. 2:101 (1) a) PECL].

Por otro lado, los supuestos en los que las presuposiciones (o el «propósito práctico») de uno de los contratantes no llegaron a materializarse en la realidad de los acontecimientos, frustrándose de este modo su interés negocial originario, se resuelven, como es sabido, no a través de la evanescente doctrina de la falta de realización de la causa (en este caso subjetiva o concreta)⁵⁶⁰, sino mediante ciertas figuras como el error en el consentimiento (arts. 4:103 DCFR, II.–7:201 DCFR, 3.2.1 PICC), el incumplimiento y sus remedios (en el caso de que la causa concreta se hubiere incorporado al contrato, ya que en caso contrario se trataría de móviles puramente subjetivos y carentes de eficacia) o, entre otras, la figura de la *rebus sic stantibus* o cambio sobrevenido de las circunstancias (arts. 6:111 DCFR y III.–1:110 DCFR, 6.2.1 PICC)⁵⁶¹.

Finalmente, hay una última cuestión directamente vinculada, en este caso, con la doctrina histórica de la *consideration*: ¿cuándo son vinculantes las promesas realizadas *donandi causa*? Como es sabido, en el *common law* no son obligatorias las promesas gratuitas e informales (sin *deed*) en las que no se haya previsto una contraprestación (sin *valuable consideration*)⁵⁶². Y lo mismo ocurre con las promesas llevadas a cabo en el marco de un acto ya ejecutado (*past consideration*).⁵⁶³ Esta doctrina, que no obstante ha sido objeto de moderación y revisión por los tribunales del *common law*, es desconocida en el sistema del *civil law*, que, con relación a

Derecho romano (*ex nudo pacto non oritur actio*). Así, MORALES MORENO, *ult. op. cit.*, pp. 361 y 368.

⁵⁵⁹ Y lo mismo sucede en los casos de disenso sobre el tipo de contrato que se ha querido celebrar, MORALES MORENO, *ult. op. cit.*, pp. 368 y 369.

⁵⁶⁰ Es lo que DE CASTRO (1971, pp. 313 y ss.) denominaba «continuada influencia de la causa».

⁵⁶¹ Por eso, hay quien sostiene que en los instrumentos de *soft law* se ha llevado a cabo un desplazamiento de la causa desde el momento de la celebración al del cumplimiento de la obligación, SABORIDO SÁNCHEZ, p. 15.

⁵⁶² *Vid.*, en este sentido, el caso seminal *Re Hundson* (1855) 54 LJ Ch. 811.

⁵⁶³ «Past consideration is no consideration», *Re Mc Ardle* (1951) Ch. 669 C. A.

la donación, suele exigir la existencia de una forma o la entrega inmediata de lo prometido en función de que se trate de bienes inmuebles o muebles respectivamente (*vid.*, arts. 632 y 633 CC). Realmente, bajo nuestro punto de vista esta es otra prueba de la innecesariedad de la causa: aunque en los contratos gratuitos la causa de la obligación es la «mera liberalidad» (art. 1274 CC), el control sobre los mismos se lleva a cabo a través de los requisitos que se exigen legalmente, sin que sea necesaria la referencia al elemento causal⁵⁶⁴. En cualquier caso, es claro que los nuevos textos del *soft law* no exigen ni *consideration* ni causa para que estas promesas sean vinculantes [arts. 2:107 PECL y II.-1:103 (2) DCFR]⁵⁶⁵.

Así pues, parece bastante claro que aquellas funciones que –presuntamente– la causa desempeña en nuestro ordenamiento jurídico podrían seguir cumpliéndose desde otras figuras e instituciones (incluyendo a la buena fe *ex* arts. 1:201 PECL y I.-1:103 DCFR⁵⁶⁶), sin que su desaparición dañe al sistema de Derecho contractual establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Como suele afirmarse entre muchos expertos en la causa, aunque se elimine formalmente y se haga invisible, su presencia seguirá haciéndose patente a través de otras normas y reglas jurídicas⁵⁶⁷.

6.3.3 La desaparición de la imposibilidad originaria por falta de objeto

La mayoría de los ordenamientos jurídicos considera como nulos a los contratos cuyo cumplimiento ya resultara imposible en

⁵⁶⁴ Se ha dicho que los requisitos y efectos que, conforme a la ley, son propios de la denominada causa gratuita, «pueden establecerse sin referirlos a la causa», MORALES MORENO (2012) pp. 374.

⁵⁶⁵ Tal y como indica LANDO, en el mundo de los negocios hay promesas, como las de pagar un servicio ya realizado, que deberían obligar, y otro tanto ocurre con la promesa que consiste en hacer un regalo o donación, LANDO (2000), p. 10. El art.–IV. H.-2:101 DCFR (*Requisitos de formalización*) establece que el contrato de donación de bienes no será válido salvo que el compromiso del donante se contenga en una forma textual en un soporte duradero y sea firmado por el donante, si bien, a continuación determina que esta regla no se aplicará: «(a) en caso de entrega inmediata de los bienes al donatario o acto equivalente de dicha entrega, con independencia de si se transmite el dominio; (b) si la donación es efectuada por un empresario; (c) si la obligación del donante se declara públicamente en la radio o televisión o es publicada en prensa y no es excesiva en atención a las circunstancias». Así pues, de forma muy parecida a nuestro Código civil, se reconoce que es necesaria la formalización de un contrato de donación o, en su caso, la entrega inmediata del bien donado, si bien, el DCFR añade el supuesto de una promesa pública de donación que, en virtud del medio empleado o de la cualidad del promitente, se transmuta en vinculante sin necesidad de causa ni *consideration*.

⁵⁶⁶ Por eso se ha dicho que da la impresión de que mientras la causa se desvanece, la buena fe se afirma, DE LOS MOZOS (2002), p. 212.

⁵⁶⁷ FERRI también se refiere a la «invisible presencia de la causa» en los PECL, FERRI, pp. 904 a 906.

el mismo momento de su constitución por faltar el objeto sobre el cual recae el negocio jurídico (*res extincta*)⁵⁶⁸. Así, si alguien compra el cargamento de trigo de un buque que se encontraba hundido cuando se concluyó el acuerdo, debe entenderse que tal contrato es nulo de pleno derecho por recaer sobre un objeto inexistente y de imposible cumplimiento. Se trata, como es bien sabido, de la conocida figura de la «imposibilidad inicial» o «imposibilidad originaria», que hunde sus raíces en uno de los más célebres aforismos romanos que han llegado hasta nuestros días, formulado por Celso en los siguientes términos: *ad impossibilia nulla obligatio est*⁵⁶⁹ o *ad impossibilia nemo tenetur*. El hecho de que no haya «obligación a lo imposible» resulta *a priori* un principio elemental y evidente, ya que, en palabras de Zimmermann, si obligamos a alguien a hacer algo, presuponemos de hecho que está capacitado para llevar a cabo dicho acto⁵⁷⁰. Si no lo está, el contrato realizado carecerá de sentido y podrá considerarse como inválido, como cuando alguien se obligue a entregar un olivar destruido por un temporal⁵⁷¹, un esclavo muerto⁵⁷² o una casa incendiada⁵⁷³, por citar algunos de los casos más notables recogidos en el Digesto.

Este brocardo es invocado directamente por POTHIER⁵⁷⁴, y de ahí, naturalmente, pasa al Código civil francés de 1804, el cual, por un lado, considera al objeto como uno de los elementos esenciales del contrato (art. 1108 CC), y, por otro lado, declara nula la compraventa «si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité». Nuestro Código civil va todavía más allá, puesto que, partiendo del hecho de que no hay contrato sino cuando concurre «objeto cierto que sea materia del contrato» (art. 1261 CC), establece, por un lado, que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles» (art. 1272 CC), y, por otro lado, respecto al contrato de compraventa se prevé que, si al tiempo de celebrarse se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato (art. 1460 CC). Así pues, además de declarar la falta de eficacia de la compraventa por pérdida del objeto, con carácter general excluye a las cosas imposibles de cualquier tipo de

⁵⁶⁸ Resulta, en esta cuestión, inexcusable la lectura de, RIBOT IGUALADA (2015), pp. 1 a 66.

⁵⁶⁹ D. 50, 17, 185.

⁵⁷⁰ Por eso, el autor considera que «[i]t thus appears to be a rule, not only of venerable antiquity, but also of obvious and even axiomatic validity», ZIMMERMANN (1996), p. 687.

⁵⁷¹ D. 18, 1, 58.

⁵⁷² Inst. 3.19.1.

⁵⁷³ D. 18, 1, 57.

⁵⁷⁴ El cual indica que, si las viñas se hielan, se desvanece la obligación de entregar el vino de la cosecha, y ocurre como si jamás se hubiere contratado, POTHIER, p. 132.

contratación⁵⁷⁵. En cualquier caso, un sector de la doctrina jurídica ha sostenido que es posible solicitar la indemnización del interés positivo en caso de nulidad por imposibilidad originaria⁵⁷⁶.

Por otro lado, el BGB, gracias a la decisiva influencia de Mommsen⁵⁷⁷, también rindió originariamente pleitesía al aforismo de Celso, estableciendo en su parágrafo 306 que «un contrato dirigido a una prestación imposible es nulo». No obstante, a continuación se reconocía la responsabilidad por culpa *in contrahendo* del que conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, el cual quedaba obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufrió por confiar en la validez del contrato (§ 307 BGB). Igualmente, el § 878 ABGB determina que no puede ser objeto de un contrato válido lo que es totalmente imposible⁵⁷⁸, y reconoce la posibilidad de recibir una indemnización por daños y perjuicios negativos.

Pero esta doctrina no ha sido patrimonio exclusivo del mundo del *civil law*, históricamente más vinculado a la tradición secular del Derecho romano. Así, en el Derecho inglés destaca el artículo 6 (*Goods which have perished*) de la *Sale of Goods Act* de 1979, el cual establece que «[w]here there is a contract for the sale of specific goods, and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract is made, the contract is void». En otras palabras, nadie puede venir obligado a cumplir lo imposible, y si los bienes comprometidos perecieron, entonces el contrato será nulo⁵⁷⁹. Y no sólo lo establece esta ley específica, sino que con carácter general en el *common law* se reconoce que cuando el objeto del contrato lo constituye una *res extincta* entonces puede ser anulado por «common mistake»⁵⁸⁰. En otras ocasio-

⁵⁷⁵ No obstante, conviene tener presente que el artículo 1529 I CC considera implícitamente como válido al contrato de cesión de un crédito inexistente al establecer lo siguiente: «El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública». Por eso, se ha dicho, a mi modo de ver acertadamente, que no parece que constituya una exigencia ineludible de la razón jurídica la nulidad de pleno derecho de los contratos sobre prestaciones originariamente imposibles, PANTALEÓN (1993), p. 1721.

⁵⁷⁶ Así, CARRASCO PERERA (1989), pp. 431 y 432.

⁵⁷⁷ MOMMSEN consideró como principio de validez universal la regla según la cual el contrato es nulo si en el momento de su concepción el cumplimiento ya resultaba imposible, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse*, 1853, pp. 102 y ss, citado en ZIMMERMANN, p. 694.

⁵⁷⁸ «Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden».

⁵⁷⁹ Sobre este artículo, *vid.*, TREITEL, p. 316.

⁵⁸⁰ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 283. Igualmente, SÁNCHEZ LORENZO, *El Derecho...* (2013), p. 71. No obstante, inicialmente en el *common law* rigió el principio de la «aboluta vinculación a las promesas realizadas al contratar», RIBOT IGUALADA (2015), p. 6.

nes el problema se deriva a una cuestión puramente interpretativa de lo estipulado en el contrato. Por ejemplo, en el *leading case* *Couturier v Hastie*, relativo a la compraventa de un cargamento de maíz que, en el momento de celebrarse el contrato, ya había sido descargado y vendido en Túnez por encontrarse en mal estado, la *House of Lords* entendió que el comprador no tenía que pagar el precio pactado ya que el contrato presuponía la existencia de los bienes vendidos⁵⁸¹.

A la vista de todos estos antecedentes comparatistas, llama la atención el hecho de que todos los modernos textos de derecho contractual consideren que la imposibilidad inicial no tiene porqué provocar automáticamente la nulidad del contrato pactado. Efectivamente, el artículo 4:102 PECL (*Imposibilidad inicial*) determina que «[u]n contrato no es nulo por el mero hecho de que, en el momento de su conclusión, el cumplimiento de la obligación contraída no fuera posible o porque una de las partes no tuviera derecho de disposición sobre los bienes objeto del contrato». De forma muy similar, el artículo II.-7:102 DCFR (*Imposibilidad inicial o falta de derecho o legitimación para disponer*) establece que «[u]n contrato no es inválido, en todo o en parte, simplemente porque en el momento en que se concluye resulta imposible el cumplimiento de la obligación asumida, o porque una de las partes no tiene derecho o legitimación para disponer de los bienes objeto del contrato». Y finalmente, el artículo 3.1.3 PICC (*Imposibilidad inicial*) se expresa en los siguientes términos: «(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída; (2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato». Y en el comentario oficial a la norma se aclara que «un contrato es válido aun cuando los bienes a los que se refiere hayan perecido al momento de contratar, con la consecuencia de que la imposibilidad originaria de cumplimiento se equipara a la imposibilidad que se presenta después de la celebración del contrato». En otras palabras, tal y como ocurre en los casos en que se presenta una imposibilidad sobrevinida, el contrato es válido aun cuando haya habido imposibilidad inicial.

⁵⁸¹ «The whole question turns upon the construction of the contract... Looking to the contract... alone it appears to me clearly that what the parties contemplated... was that there was an existing something to be sold and bought». 1856. 5 H. L. C. 673. No obstante, también se ha dicho que en este caso la ausencia de objeto da lugar a la falta de *consideration*, y por ello resultaba imposible que el vendedor exigiera el pago del precio, BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 284.

Más allá de los textos de *soft law*, la Convención de Viena de 1980, si bien no afrontaba de manera expresa esta cuestión, sí que la resolvía implícitamente con ocasión de la regulación de la transmisión del riesgo en los contratos de compraventa de mercaderías en tránsito. Efectivamente, recordemos que el artículo 68.1 CISG establece que «[e]l riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte». Por lo tanto, si las mercaderías no existieran en el momento de realizarse el contrato, el comprador, salvo que el vendedor hubiera ocultado deliberadamente esta circunstancia al comprador, asumirá el riesgo siempre y cuando posea una póliza de seguros endosada a su favor, lo que significa que se presupone la validez del contrato llevado a cabo sobre *res extincta*⁵⁸². Además, también se ha dicho que el artículo 79 CISG, relativo a la exoneración por caso fortuito, no quiso distinguir entre imposibilidad originaria y sobrevenida⁵⁸³. Por todo ello, en principio se entiende que los casos de imposibilidad inicial implican un incumplimiento esencial del contrato que da lugar a la aparición del remedio resolutorio (art. 49 CISG)⁵⁸⁴.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que, mientras la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo entienden que la inexistencia inicial del objeto provoca la nulidad *ab origine* del contrato, los modernos textos del Derecho de la contratación optan precisamente por lo contrario, esto es, por considerar que dicha ausencia no impide que el contrato sea plenamente eficaz, si bien, obviamente, el acreedor de la prestación podrá resolver el contrato, exigiendo indemnización de daños y perjuicios en su caso, instar su nulidad por error en el consentimiento⁵⁸⁵ o, incluso, cuando concurren los requisitos necesarios, por dolo⁵⁸⁶. Dicho en otros términos, lo único que hacen estos nuevos textos es confirmar que el

⁵⁸² No en vano, durante la Conferencia Diplomática fue rechazada una enmienda que pretendía que el artículo 80 (actual art. 68) no fuese aplicado en los supuestos de pérdida total. Vid., con detalle, los argumentos manejados por la doctrina, en OLIVA BLÁZQUEZ (2000).

⁵⁸³ SALVADOR CODERCH (1997; reimpresión 2006), p. 644.

⁵⁸⁴ MÜLLER-CHEN, «Article 49» (2005), p. 577.

⁵⁸⁵ De hecho, en los comentarios oficiales al art. II.-7:102 DCFR se señala que, con frecuencia, se tratará de casos de error sobre cuya base podrá la parte afectada anular el contrato, si bien a continuación se puntualiza que en otros casos será una de las partes la que asumirá el riesgo de la imposibilidad o se considerará que lo asume, VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, II.-7:102. Comentario A.

⁵⁸⁶ En este sentido, *vid.*, FENOY PICÓN (2010), pp. 109 y 110.

contrato no puede entenderse de forma automática e irreversible como nulo por imposibilidad inicial, poniendo de esa forma fin al secular reinado del aforismo *ad impossibilia nulla obligatio est*.

Ahora bien, ¿por qué se ha adoptado una solución que, a simple vista, resulta abiertamente contraria a la experiencia comparada actualmente vigente? Son varias las razones, que pasamos a exponer brevemente:

1) En primer lugar, debe destacarse que existen algunos ordenamientos jurídicos que se separan de la tendencia generalizada de considerar como nulo al contrato por imposibilidad originaria. Así ocurre en el Derecho nórdico, en el Código civil griego⁵⁸⁷ y en el Código civil holandés⁵⁸⁸, cuya influencia en la redacción de muchos de los modernos textos de *soft law* contractual es un hecho más que reconocido. Incluso, en el *common law* se considera que, al reducirse todo finalmente a una cuestión interpretativa de lo que las partes quisieron con el contrato, puede llegarse a la conclusión de que uno de los contratantes asumió el riesgo del error sobre la existencia del objeto. Esta fue precisamente la posición que se adoptó en el célebre caso *Mc Rae v Commonwealth Disposals Commission*⁵⁸⁹, relativo a la venta de los restos de un tanque de combustible presuntamente hundido en el arrecife Jourmand⁵⁹⁰. Cuando los compradores enviaron una expedición para recuperar el objeto descubrieron que en ese lugar nunca había habido ningún tanque, y la *High Court* de Australia llegó a la conclusión de que los vendedores habían asumido implícitamente que en ese sitio estaba el tanque de combustible, por lo que su inexistencia podía entenderse como un incumplimiento del contrato del que tenían que responder vía indemnización de daños y perjuicios. Tal y como se ha indicado, esta decisión se explica en base a la existencia de una condición implícita (*implied term*), consistente en la garantía de la existencia del tanque de combustible, que impide que el contrato pueda considerarse como nulo por

⁵⁸⁷ Los artículos 362 a 364 CC consideran que la imposibilidad inicial es un motivo para la nulidad, pero no supone directamente que el contrato sea nulo, *vid.*, LANDO/BEALE, p. 324.

⁵⁸⁸ Article 6:74 NBW. «Requirements for a compensation for damages. 1. Every imperfection in the compliance with an obligation is a non-performance of the debtor and makes him liable for the damage which the creditor suffers as a result, unless the non-performance is not attributable to the debtor». Como puede observarse, la norma transcrita considera que cualquier tipo de imperfección o desviación en el cumplimiento de una obligación será considerado como incumplimiento (a menos que sea debida al propio comportamiento del deudor de la prestación), dando lugar al remedio de la indemnización de daños y perjuicios.

⁵⁸⁹ No en vano, los PECL recurren a los hechos de este caso para explicar el contenido del artículo artículo 4:102 PECL.

⁵⁹⁰ (1951) 84 C. L. R. 377.

falta de objeto⁵⁹¹. En definitiva, existen precedentes que permiten justificar desde la técnica comparatista la existencia de la nueva regla, por mucho que obviamente no pueda llegar a considerarse como una suerte de *common core*.

2) Tal y como hemos visto, la solución más generalmente aceptada se inspira en los antecedentes romanos que cristalizaron en la regla celsiana. Sin embargo, una parte muy considerable de la doctrina especializada ha expresado sus dudas de que en el Derecho romano la regla *ad impossibilia nulla obligatio est* fuera un principio general aplicable a cualquier negocio jurídico. En este sentido, el propio Savigny confinó expresamente la aplicación del brocardo de Celso al ámbito de la *stipulatio*, ya que al tratarse de un negocio de derecho estricto resultaba lógico que la ausencia de objeto provocara la nulidad del contrato⁵⁹². Sin embargo, basándose en los propios textos del *Corpus Iuris*⁵⁹³, sostuvo que tanto los contratos de compraventa como otras transacciones similares resultaban válidas salvo que el comprador hubiera conocido con anterioridad la existencia de una imposibilidad inicial objetiva⁵⁹⁴, deduciendo todo ello de la existencia de distintos pasajes de los textos romanos que permitían al comprador ejercitar la *actio empti* para solicitar una indemnización del interés positivo en caso de imposibilidad inicial⁵⁹⁵. Así pues, según los expertos en la materia, no parece que el Derecho romano considerara *ab initio* que el aforismo citado gozaba de aplicabilidad general en cuanto principio de validez universal, reduciéndose su aplicación al campo de las estipulaciones. Más bien, la extensión de la regla se debió inicialmente a la obra de Donello⁵⁹⁶, y se acabaría consolidando con el iusnaturalismo de corte teológico que vinculó la imposibilidad originaria con los vicios de la voluntad⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ TREITEL, p. 312 y 313. En el caso *The Great Peace*, la *Court of Appeal* precisamente establece que no podrá invocarse el *common mistake* en aquellos casos en los que alguna de las partes hubiera garantizado «that the state of affairs exists» [2002] EWCA Civ 1407.

⁵⁹² En palabras de ZIMMERMANN (1996; p. 690), «the consequences of initial objective impossibility were determined with much greater flexibility than in the case of stipulations».

⁵⁹³ Por ejemplo, Lic. Ruf. D. 18.1.70.

⁵⁹⁴ SAVIGNY, *Obligationenrecht*, vol. 11, p. 290, citado en ZIMMERMANN (1996), p. 691.

⁵⁹⁵ Así lo considerada Modestino en los supuestos de venta de terrenos sagrados, religiosos o públicos. D. 18.1.62.1.

⁵⁹⁶ «Hugo Donellus had made the first attempt to elevate the crisp and handy maxim contained in D. 50, 17, 185 to the status of a principle of universal applicability», ZIMMERMANN (1996), p. 692 y 693.

⁵⁹⁷ *Vid.*, MORALES MORENO, «Claves de la modernización del Derecho de contratos»... *op. cit.*, p. 351.

3) Tal y como ha señalado expresamente Ribot Igualada, acudiendo a un argumento indudablemente práctico y sensato, la regla actualmente vigente en muchos países «constituye un obstáculo al desarrollo de la contratación privada en sectores caracterizados por negociar en entornos de incertidumbre o con un limitado conocimiento de los datos de la realidad sobre la que se contrata»⁵⁹⁸.

4) Finalmente, el hecho de considerar a la imposibilidad inicial como un supuesto más de incumplimiento del contrato es completamente coherente con la nueva filosofía que, como tuvimos la oportunidad de exponer, inspira al concepto de incumplimiento en los modernos textos de la contratación: el deudor garantiza un resultado concreto, consistente en satisfacer el interés específico del acreedor. De esta forma, si la prestación acordada resultara de imposible cumplimiento específico desde un principio, la indemnización de daños y perjuicios emerge como un instrumento adecuado para satisfacer el resultado garantizado. La nulidad del contrato, por el contrario, es la solución lógica cuando se concibe al cumplimiento –tal y como se hace mayoritariamente en los textos del *civil law*– como el deber que grava al deudor de observar toda la diligencia posible para satisfacer la prestación pactada, ya que a lo imposible nadie está obligado. No obstante, tal y como afirma Carrasco Perera, siempre es peor para el adquirente defraudado que se le conceda sólo la acción de nulidad en lugar de permitirle optar por el espectro mayor de remedios ante el incumplimiento contractual⁵⁹⁹.

A modo de conclusión, hay que señalar, siguiendo las enseñanzas del profesor Morales Moreno, que bajo los parámetros del nuevo derecho contractual el objeto del contrato no es el real o material, sino el ideal, esto es, el que los contratantes se hayan representado en el curso de sus negociaciones⁶⁰⁰. Y sobre ese objeto recae la garantía de la prestación asumida por el deudor. Tal y como se indica con meridiana claridad y precisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa⁶⁰¹, «el hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye

⁵⁹⁸ RIBOT IGUALADA (2015), pp. 55 y 56.

⁵⁹⁹ CARRASCO PERERA (2017), 6/5. Tal y como indica PANTALEÓN, la nulidad impide una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, puesto que no puede reclamar a la otra parte una indemnización en la medida del interés del cumplimiento o interés contractual positivo, PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual»... *op. cit.*, p. 1721.

⁶⁰⁰ *Vid.*, MORALES MORENO (2012), p. 344.

⁶⁰¹ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108 y ss.

necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa. Esta nueva manera de resolver el problema de la imposibilidad inicial ha inspirado la modificación del Código».

6.4 LA EXTENSIÓN DEL ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS A LAS RELACIONES B2B Y C2C

Cuando analizamos la introducción del régimen de las cláusulas abusivas en el sistema jurídico de la Unión Europea constatamos cómo se había optado por limitar su ámbito de aplicación a los contratos al consumo. Así pues, la Directiva 93/13/CEE no resulta aplicable a las relaciones contractuales que impliquen única y exclusivamente a empresarios, por mucho que una de las partes, por ejemplo, en su condición de PYME, pudiera demostrar que suscribió un contrato en el que se encontraba una cláusula que no negoció individualmente y que, pese a las exigencias de la buena fe, causó en detrimento suyo un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan de la relación obligatoria (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE). La política comunitaria es clara al respecto: puesto que la doctrina de las cláusulas abusivas ciertamente colisiona –en el sentido de que excepciona o limita– con el principio de autonomía de la voluntad, sólo pueden aplicarse respecto a los consumidores en cuanto parte débil de la contratación.

No obstante, con posterioridad la UE ha revisado esta política, al menos de forma puntual, extendiendo la tutela frente a las cláusulas abusivas a las relaciones entre empresarios («prácticas abusivas»). Efectivamente, así lo ha hecho la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones, cuyo artículo 7.1 establece lo siguiente: «los Estados miembros dispondrán que una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro si resulta manifiestamente abusiva para el acreedor no sea aplicable o pueda dar lugar a una reclamación por daños». Y se aclara al respecto que se considerará «manifiestamente abusiva» una cláusula contractual o una práctica que excluya el interés de demora o que excluya la compensación por los costes de cobro (arts. 7.2 y 3).

Pues bien, los textos de *soft law* europeo dan un paso más al extender la aplicación de las cláusulas abusivas más allá del consumidor. Así, el artículo 4:110 PECL establece 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 derivadas 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». Como puede verse, no se menciona al sujeto consumidor, sino a las partes del contrato, aclarándose en el comentario oficial que la disposición amplía el ámbito originario de la Directiva 93/13/UE «a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles»⁶⁰².

Todavía más claro y explícito es el Borrador del Marco Común de Referencia, que aporta tres definiciones diferentes del concepto de «cláusulas abusivas», en función de que se trate de contratos entre empresarios y consumidores (B2C), entre no empresarios (C2C) o sólo entre empresarios (B2B). Veámoslas por separado.

En el primer caso, determina el art. II.-9:403 DCFR que «una cláusula [que no haya sido negociada individualmente] será abusiva, a los efectos de esta Sección, si ha sido aportada por el empresario y causa un perjuicio significativo al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe contractual». Como puede verse, la prueba del carácter abusivo se lleva a cabo mediante dos criterios: el relativo a que algo sea «contrario al principio de buena fe contractual» y el que suponga una «desventaja significativa». Esta estructura, tal y como se reconoce en los comentarios oficiales al artículo en cuestión, está basada en el Artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, si bien, el término «buena fe» se ha sustituido por «buena fe contractual», y la expresión «desequilibrio importante» se ha sustituido por «perjuicio significativo al consumidor»⁶⁰³, a fin, se explica, de evitar la interpretación errónea de que a la hora de evaluar la justicia de un contrato se puede

⁶⁰² Vid., LANDO/BEALE, p. 384.

⁶⁰³ «De la expresión «perjuicio significativo al consumidor» se debe poder deducir que uno de los elementos clave de la prueba del carácter abusivo consiste en comparar la cláusula contractual en cuestión con las normas por defecto que serían de aplicación si esta no se hubiera acordado. Dicho de otro modo, la cuestión es si la cláusula contractual en cuestión coloca al consumidor en una situación de perjuicio significativo en comparación con la norma por defecto, que sería aplicable. Si la respuesta es afirmativa, la siguiente pregunta que hay que plantearse es si es esta situación contraria al principio de buena fe contractual o si existe algún tipo de justificación para que exista ventaja significativa», VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Artículo II.-9:403 DCFR. Comentario B.

utilizar la relación su objeto y el precio del mismo. En el fondo, se mantiene la prohibición de la Directiva 93/13/CEE de que puedan ser objeto de control judicial los elementos esenciales del contrato.

Por el contrario, cuando ninguna de las partes es un empresario, una cláusula será abusiva «sólo si forma parte de las condiciones generales de la contratación aportadas por una de las partes y causa un perjuicio significativo a la otra parte en contra de las exigencias de la buena fe contractual» (art. II.-9:404 DCFR). Así pues, la norma se aplica, por ejemplo, a los contratos celebrados entre dos consumidores, o dos organizaciones sin ánimo de lucro que no son empresas ni consumidores, ya que, de acuerdo con el DCFR, el concepto de consumidor no incluye a las personas jurídicas [I.-1:105 (1) DCFR]. Por otro lado, el ámbito de aplicación del artículo queda limitado exclusivamente a las cláusulas generales, es decir, todas aquellas que han sido formuladas previamente para varias transacciones en las que están implicadas distintas partes y que no han sido negociadas de forma expresa⁶⁰⁴. Se excluye, por lo tanto, el caso de las cláusulas no incluidas en condiciones generales aun cuando no hayan sido negociadas individualmente.

Finalmente, tratándose de un contrato entre empresario⁶⁰⁵ una cláusula será abusiva, de acuerdo con el artículo II.-9:405 DCFR, «sólo si forma parte de las condiciones generales de la contratación aportadas por una de las partes y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en contra de las exigencias de la buena fe contractual». Las diferencias en este caso son notables. Por de pronto, al igual que ocurre en el Derecho alemán, se pide que la cláusula abusiva en cuestión se encuentre incorporada en las condiciones generales aportadas por una de las partes, por lo que las condiciones elaboradas previamente por una de las partes para una única transacción no quedarán sujetas a «control del contenido»⁶⁰⁶. Y adicionalmente, el criterio empleado para reconocer su presunto carácter abusivo no es sólo el de la buena fe, sino el de la vulneración de las «buenas prácticas comerciales». En otras palabras, sólo serán abusivas las cláusulas que impliquen un comportamiento contrario a los principios que informan la lealtad empresarial en la práctica comercial.

⁶⁰⁴ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Artículo II.-9:404 DCFR. Comentario B.

⁶⁰⁵ «El artículo se aplica a los contratos formalizados entre dos empresas, esto es, cualquier persona física o jurídica, sea de naturaleza pública o privada, que actúa con ocasión de una actividad empresarial, comercial o profesional, e independientemente de que el desarrollo de tal actividad tenga o no fines lucrativos», VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Artículo II.-9:405 DCFR. Comentario B.

⁶⁰⁶ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Artículo II.-9:405 DCFR. Comentario B.

De esta forma, el DCFR generaliza la posibilidad de controlar judicialmente el contenido de las cláusulas incluidas en las condiciones generales de los contratos celebrados entre empresarios⁶⁰⁷, algo que siempre ha sido muy discutido por la consabida necesidad de preservar la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad cuando no existe un desequilibrio significativo entre las partes, algo que precisamente se presume en el ámbito mercantil. Quizás podría haberse limitado la aplicación del artículo en cuestión a los casos en que una de las partes fuera una PYME, tal y como hacía el CESL, ya que de esta forma la asimetría informativa justificaría el control de contenido del contrato. No obstante, son muchos los ordenamientos jurídicos europeos que extienden el ámbito de las cláusulas abusivas a cualquier tipo de contratos entre empresarios, por lo que no puede decirse que la solución resulte extravagante o exótica⁶⁰⁸.

Por otro lado, también es digno de mención el hecho de que el DCFR haya sido expresamente mencionado por la Directiva 2011/7/UE como argumento de autoridad con el objeto de justificar la aplicación de la doctrina de las cláusulas abusivas al ámbito empresarial. Concretamente, se afirma en el Considerando n.º 28 que «por consiguiente, y de conformidad con el proyecto académico «Marco Común de Referencia», debe considerarse abusiva para el acreedor toda cláusula contractual o práctica que se desvíe manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, que sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual». Así pues, hay que reconocer que el siempre criticado DCFR ha servido, al menos en esta ocasión, como pauta para legislar a nivel europeo, si bien, hay que reconocer que todavía está muy lejos de que lo que se esperaba de un texto que levantó tan altas expectativas.

⁶⁰⁷ Nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, emitida el 3 de junio de 2016, ha rechazado que el control de transparencia pueda realizarse en contratos en los que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. La decisión nos parece correcta, si bien, hay que reconocer que otro gallo cantaría si, como ha señalado un sector de la doctrina jurídica (de forma discutible, según mi parecer), la cuestión de la transparencia se tramitara como un problema de control de incorporación –no de contenido–, ya que en tal caso sí que podría extenderse a los empresarios *ex lege* (art. 5 LCGC; así ALBIEZ DORCHMAN, 2017). Este es precisamente el sentido del voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, el cual señala que «también debe destacarse la imprecisión técnica en la que incurre la sentencia de la Sala al asimilar o confundir los conceptos de transparencia y abusividad [...]. Es más, si se atienden a las citadas sentencias de 18 de junio de 2012 y 8 de septiembre de 2014, se observa que doctrinalmente no se descarta que el control de transparencia así entendido, es decir, como una vertiente del juicio general de abusividad, pueda configurarse también como un control de incorporación que en última instancia interese la declaración de abusividad de la cláusula como efecto necesario para su expulsión del tráfico patrimonial».

⁶⁰⁸ *Vid.*, SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS, p. 376.

6.5 COMPENSACIÓN DE DEUDAS

La compensación de deudas, como mecanismo extintivo de la obligación producido por la concurrencia de deudas recíprocamente contrapuestas, está reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, si bien sus presupuestos aplicativos difieren de forma notable⁶⁰⁹. Así, de acuerdo con el modelo francés, recogido en el originario artículo 1290 *Code civil*⁶¹⁰ por la herencia de Domat y Pothier⁶¹¹, la compensación operaba de forma automática, *ipso iure*, sin necesidad de intervención judicial ni de notificación a la otra parte (igualmente, *Codice civile* italiano 1865). El BGB, por el contrario, establece en el párrafo 388 que «la compensación se produce con la declaración frente a la otra parte» (en idéntico sentido, el § 1438 ABGB austríaco). Así pues, se exige que haya una declaración de carácter extrajudicial para que pueda operar la figura de la *Aufrechnung*.

Estas dos opciones configurativas de la compensación, aun siendo diferentes, convergen en el hecho de ser modelos de «compensación sustantiva» en los que no se exige la intervención judicial para que pueda ejercer sus efectos la figura de la compensación. Frente a este modelo se sitúa el de la llamada «compensación procesal», que rige en el Derecho inglés y que implica que la compensación opera como excepción procesal que se opone frente a la exigencia de cumplimiento de una deuda⁶¹². No obstante, esta regla, que opera sin dudas en el *common law*, se ha flexibilizado en la *equity*, donde la compensación asume un «substantive carácter»⁶¹³.

Nuestro Código civil establece en su artículo 1202 que «el efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ellas los acreedores y deudores». Tradicionalmente, se ha entendido que la norma consagra implícitamente el sistema automático de compensación (*sine facto hominis*), –aun cuando hubiera desaparecido del precepto citado la expresión «por ministerio de ley» que aparecía en el artículo 1123 del Proyecto de García Goyena–, matizada, según algunos, por la exigencia de su alegación en sede judicial⁶¹⁴. Sin

⁶⁰⁹ *Vid.*, con detalle, ZIMMERMANN (2002).

⁶¹⁰ «La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives».

⁶¹¹ BASOZÁBAL ARRUE, «Claves para...» (2009), p. 7.

⁶¹² Sobre la figura, con detalle, DERHAM (2010).

⁶¹³ *Vid.*, MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, p. 374.

⁶¹⁴ Una exposición de la evolución interpretativa del artículo 1202 CC en las primeras fases puede encontrarse en, DíEZ-PICAZO (1996), p. 553. Respecto a la jurisprudencia,

embargo, la doctrina más moderna entiende que la compensación tiene una naturaleza facultativa, y por ello ha de ser ejercitada mediante una declaración de voluntad por el sujeto interesado para que surta efectos⁶¹⁵.

La jurisprudencia parece haber confirmado esta aproximación a la figura de la compensación. Así la STS de 21 diciembre 2006 (RJ 2007, 308) establece de forma nítida la siguiente doctrina correctora: «ciertamente, el problema del automatismo de la compensación ha sido largamente discutido, pero a la vista de las disposiciones del Código civil, que repite en los artículos 1197, 1198 y 1200, la frase «oponer la compensación», debe concluirse que el juego de la compensación exige una declaración de voluntad de los interesados, declaración que puede ser judicial o extrajudicial». Y este modelo, por cierto, es el que se acoge expresamente en el artículo 1177 del Anteproyecto de Ley de de Modernización del Derecho Obligaciones y Contratos: «La compensación se hace efectiva mediante la declaración del facultado para valerse de ella».

Pues bien, la solución uniforme de los textos de *soft law* al respecto es también muy clara: la compensación tiene carácter sustantivo y no opera *ipso iure*, siendo necesaria la comunicación o notificación a la otra parte. Así, el artículo III.-6:105 DCFR (que sigue a lo establecido en el artículo 13:104 PECL) se intitula de manera significativa «Compensación mediante notificación», y aclara que la compensación surte efecto mediante notificación a la otra parte. En el comentario oficial a la citada regla se aclara que «una declaración informal, unilateral y extrajudicial a la otra parte es suficiente para realizar la compensación⁶¹⁶. Si posteriormente la cuestión se lleva a los tribunales, la sentencia tiene simplemente un efecto declarativo: no da lugar a la compensación, sino que simplemente confirma que se ha llevado a cabo». Igualmente, el artículo 8.5 (3) PICC determina que «compensación surte efecto desde la notificación», constituyéndose, en palabras de Pichonnaz, como un «substantive device»⁶¹⁷.

En definitiva, puede afirmarse que, una vez más, la perspectiva alemana es la que finalmente ha prevalecido, seguramente por ser la que aporta una mayor seguridad jurídica, ya que el sistema automático genera graves problemas por lo que respecta al cumplimiento

se mostraban favorables a esta consideración de la eficacia *ipso iure* las SSTs de 29 abril 1944, 6 enero 1956, 23 octubre 1978 y, entre otras, 20 junio 1986 (RJ 1986, 3786) y 21 noviembre 1998 (RJ 1998, 8751).

⁶¹⁵ Vid., Díez-PICAZO GIMÉNEZ (2012), p. 504.

⁶¹⁶ VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, Artículo III.-6:105 DCFR.

⁶¹⁷ P. PICHONNAZ (2009), p. 964.

del requisito de la liquidez de la deuda⁶¹⁸, amén de que permite eludir los costes que implica todo modelo de compensación judicial⁶¹⁹.

No obstante, existe una diferencia muy importante en la forma en que conciben los textos armonizadores los efectos de la compensación respecto a la legislación de origen estatal. Mientras ésta con carácter general reconoce a la compensación efectos retroactivos *ex tunc*⁶²⁰, los instrumentos internacionales de *soft law* establecen que la compensación produce sus efectos *ex nunc*, esto es, «desde el momento de la notificación» (arts. 13:106 PECL, III.-6:107 DCFR y 8.5(3) PICC)⁶²¹.

6.6 LOS CONTRATOS ILEGALES

La cuestión de los llamados contratos ilícitos o ilegales se aborda prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Efectivamente, de una forma u otra, el Derecho coincide en rechazar los contratos que sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o al orden público⁶²², los cuales vienen sancionados a su vez con algún tipo de invalidez o ineficacia⁶²³. Y es que, como afirmara el tratadista alemán VON TUHR, «la ley no ampara cualquier vinculación negocial, sino únicamente aquellas que están en armonía con nuestras condiciones sociales y económicas»⁶²⁴.

No obstante, los distintos derechos nacionales abordan el tópico de los contratos ilícitos a través de instrumentos, instituciones y técnicas legislativas muy diferentes. Así, algunos países, siguen el sistema causalista de inspiración originariamente francesa, y vinculan el fenómeno de la ilicitud del contrato a la existencia de una causa contractual ilícita. Por ejemplo, nuestro Código civil establece en el artículo 1261 que los contratos deben tener una causa verdadera y lícita, y un contrato con causa ilícita, en el sentido de

⁶¹⁸ Por ello, se ha señalado acertadamente que, en la práctica, los sistemas de compensación automática «nunca han podido evitar convertirse de facto en sistemas de compensación declarada y efecto retroactivo, que es la explicación que uno encuentra en los manuales y en la jurisprudencia de los países de la familia napoleónica», BASOZÁBAL ARRUE, «Claves para...» (2009), p. 10.

⁶¹⁹ SOLÉ FELIU (2017), p. 14.

⁶²⁰ En este sentido se pronuncian expresamente el § 389 BGB y el art. 6:129 BW: «A setoff has retroactive effect to the moment on which the right of setoff arose». Según ZIMMERMANN, la retroactividad absoluta responde a un error que se ha arrastrado históricamente y que ha acabado afectando a todos los Códigos europeos. En su opinión, es probable que Justiniano le atribuyera efectos *ex nunc* a la compensación, pero los glosadores reinterpretaron un texto concreto en el que se contemplaba la compensación *ipso iure* hasta generalizarlo, ZIMMERMANN (2012), p. 155.

⁶²¹ *Vid.*, PARRA LUCÁN (2005), pp. 238 y ss.

⁶²² TREBILCOCK (1997).

⁶²³ ZWEIGERT/KÖTZ, p. 380.

⁶²⁴ VON TUHR (2005), p. 166.

opuesto a las leyes o a la moral, estará afectado por una nulidad radical, no produciendo ningún tipo de efecto (art. 1275 CC)⁶²⁵. Este planteamiento se debe a que, originariamente, el *Code Civil* francés, bajo la influencia de Domat y Pothier, hizo de la causa un elemento esencial para determinar la validez del contrato (arts. 1131 y 1133). No obstante, como veremos más adelante, este planteamiento ha desaparecido –formalmente– con la *Ordonnance n.º 2016131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, que entró en vigor el 1 de octubre de 2016, puesto que el nuevo artículo 1162 desvincula la ilicitud contractual de la causa en los siguientes términos: «el contrato no puede derogar el orden público ni por sus estipulaciones ni por su objeto»⁶²⁶. Como puede verse, se ha eliminado la referencia histórica a las buenas costumbres⁶²⁷ y correlativamente se ha incorporado el concepto de «orden público» (*ordre public*).

Por el contrario, los países pertenecientes al sistema germánico recurren a la cláusula general (*Generalklauseln*) de la contrariedad a las buenas costumbres (*gute Sitten*)⁶²⁸, cuyo contenido se especifica en virtud de la intervención del juez caso por caso. Efectivamente, el § 138 BGB y el § 879 ABGB hablan de la «violación de las buenas costumbres» (*Vertoß gegen die guten Sitten*), entendiéndose que las buenas costumbres equivalen a la «decencia común de las personas razonables» (*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*). Por otra parte, el Código Civil suizo de Obligaciones se refiere a la «inmoralidad» (art. 20 OR), y el Código civil de Hungría a la vulneración de las «good morals» [§ 200 (2)], al igual que el Código civil de la República Checa (§ 39).

En el *common law* inglés las limitaciones a la libertad contractual pueden derivar tanto de la ley propiamente dicha (*statutory illegality*) como de los *principles of common law (illegality at com-*

⁶²⁵ El artículo 1275 CC español 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». Igualmente, el artículo 1343 del *Codice civile* italiano determina que «la causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres».

⁶²⁶ E. SAVAUX (2015), pp. 21 y ss.

⁶²⁷ Las buenas costumbres aparecen en el Digesto como actos que, según Papiniano, ofenden «pietatem existimationem verecundiam nostram» (D. 28.7.15). Más tarde, POTHIER se refirió a la causa contraria a la justicia, la buena fe o las buenas costumbres. POTHIER, p. 22. No obstante, la reciente reforma del Código civil francés ha eliminado del nuevo artículo 1162 *Code civil* la referencia a las «bonnes moeurs», lo cual ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina jurídica más relevante, que ha entendido que se trata de un concepto muy útil en el contexto de las mercantilizadas sociedades contemporáneas. SAVAUX (2015), p. 22.

⁶²⁸ INFANTE RUIZ/OLIVA BLÁZQUEZ.

mon law)⁶²⁹. No obstante, otros autores se refieren genéricamente a la «illegality doctrine», dentro de la cual distinguen la ilegalidad que deriva de la contravención a la ley (*illegality*) y la que es contraria a la «public policy»⁶³⁰.

Finalmente, existen ordenamientos jurídicos que parecen no optar por ninguna de las alternativas descritas hasta el momento. Así, en el derecho polaco se consideran como nulos los actos jurídicos que vulneren «the law or the principles of social co-existence» (art. 58 CC), mientras en el derecho danés se vincula la nulidad a la violación genérica de la «public policy», entendida como la decencia colectiva (Danske Lov, 1683, § 5-1-2).

Esta disparidad o heterogeneidad de planteamientos no ha impedido a los redactores de los textos europeos de *soft law* abordar y resolver –entiendo que con éxito– la compleja tarea de incorporar un régimen general relativo a los contratos ilícitos o ilegales⁶³¹. Efectivamente, los PECL dedican el Capítulo 15 de la Parte III a la «*Illegality*», mientras que el DCFR hace lo propio en la Sección 3.^a del Capítulo II del Libro II, bajo la rúbrica de «*Infringement of fundamental principles or mandatory rules*». Como puede verse, el Borrador de Marco Común de Referencia elude el empleo del término «ilegalidad» ya que, en sus propias palabras, no es siempre el término que mejor describe la vulneración de los principios fundamentales o de las normas imperativas. Esto es, puede darse el caso de que el contrato sea más inmoral que ilegal, mientras que en otros quizás presente únicamente un defecto de carácter formal o normativo. Así pues, se ha querido emplear un título que sea meramente descriptivo y neutro⁶³².

Por su parte, los PICC, en su versión del año 2010, regulan, dentro del Capítulo 3 sobre la validez (Capítulo 3), la «ilicitud» del

⁶²⁹ BEATSON/BURROWS/CARTWRIGHT, p. 379.

⁶³⁰ ANDREWS, p. 621.

⁶³¹ No obstante, es conveniente recordar que esta cuestión ni siquiera aparecía contemplada en los planes armonizadores originales, hasta el punto de que los PECL excluían de manera expresa a la nulidad derivada de la ilicitud o inmoralidad de su ámbito de aplicación (art. 4:101 PECL). Probablemente, la diversidad jurídica, unida a la innegable complejidad intrínseca de la materia, hizo que los redactores de los PECL abandonaran la tarea de regular de forma expresa esta espinosa institución jurídica, contentándose con realizar alguna referencia breve a los contratos *contra legem* (art. 1:102 (1) PECL). Sin embargo, el Profesor Hector L. MACQUEEN defendió la inclusión de la figura de los contratos ilegales ya que, en su opinión, si los PECL pretendían constituirse en un sistema completo de Derecho contractual y en la base de un futuro Código civil europeo, resultaba imprescindible que no se divorciaran de la realidad tanto del Derecho nacional como del Derecho comunitario. Además, creía que podía incentivarse de esta forma que los legisladores, tanto nacionales como de la Unión Europea, abordaran en sus respectivas regulaciones sobre las transacciones en el mercado el régimen de la invalidez de los contratos como una forma más de sanción, MACQUEEN (2005), p. 551.

⁶³² VON BAR/CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, II.– 7:301 DCFR Comentario A.

contrato internacional, pero el régimen que establecen es más restringido que el de los PECL y el DCFR, ya que únicamente se ocupa de los contratos que violan normas de carácter imperativo (art. 3.3.1) así como del efecto restitutivo (art. 3.3.2)⁶³³, ignorando la cuestión mucho más compleja de los contratos contrarios a la moral, orden público, etc.

Pues bien, hecha esta aclaración, hay que destacar que tanto el DCFR como los PECL parten de la distinción esencial entre contratos contrarios a los principios fundamentales y contratos que infringen normas imperativas. Mientras en el primer caso se incluyen los supuestos de contratos contrarios al orden público y a las buenas costumbres o a la moral (arts. 15:101 PECL y II.-7:301 DCFR), en el segundo se regula el régimen de ineficacia de los contratos contrarios a una ley de naturaleza imperativa (arts. 15:102 y II.-7:302 DCFR).

La referencia a la nulidad de los contratos que vulneran una ley imperativa se encuentra recogida en todos los ordenamientos jurídicos, y no plantea especiales problemas –más allá de la espinosa cuestión de determinar cuándo una ley es imperativa y no dispositiva– desde un punto de vista comparatista. Sin embargo, la noción de contrariedad a los principios fundamentales es novedosa en el Derecho comparado, por lo que debemos preguntarnos cuál es su origen, de dónde ha salido y, sobre todo, por qué aparece.

Pues bien, los comentarios oficiales a ambos textos de *soft law* responden a estas preguntas y aclaran que la fórmula empleada pretende evitar las diferencias que existen entre los distintos países europeos respecto a los clásicos conceptos de inmoralidad, ilegalidad en el derecho anglosajón, moral, orden público las buenas costumbres (*bonos mores*). Se supone que la referencia a la formulación general de unos principios fundamentales presentes en toda la Unión Europea, incluido su Derecho, es apropiada y útil para superar la disparidad terminológica y conceptual que rige en el continente⁶³⁴.

Y a continuación, la pregunta que surge es igualmente obvia: ¿cuáles son esos «principios fundamentales»? Los mismos comentarios oficiales aclaran que una referencia de estos puede encontrarse en el Tratado de Roma (por ejemplo, en favor de la libre circulación de bienes, servicios y personas y la protección de la competencia), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (por ejemplo, la prohibición de la esclavi-

⁶³³ Vid., BONELL (2011), pp. 517 y ss.

⁶³⁴ VON BAR, CLIVE, *Draft Common Frame of Reference*, op. cit., II.- 7:301 DCFR Comentario B.

tud y el trabajo forzados (Artículo 3), el derecho a la libertad (Artículo 5), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (Artículo 8), la libertad de pensamiento (Artículo 9), la libertad de expresión (Artículo 10), la libertad de reunión y asociación (Artículo 11), el derecho a contraer matrimonio (Artículo 12) y el derecho a la pacífica posesión de la propiedad (Artículo 1 del Primer Protocolo) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que contempla muchos de los derechos mencionados e incluye otras cuestiones tales como el la protección de datos de carácter personal (Artículo 8), la libertad profesional y el derecho a trabajar (Artículo 15), la libertad de empresa (Artículo 16), el derecho a la propiedad (Artículo 17), el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (Artículo 23), los derechos del menor (Artículo 24), el derecho de negociación y de acción colectiva (Artículo 28), la protección en caso de despido injustificado (Artículo 30) y la protección de los consumidores (Artículo 38).

Junto a estos principios fundamentales tallados en la norma jurídica, se encuentran otros de creación pretoriana, cuya identificación, en cuanto «unwritten law», corresponde de forma natural al Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶³⁵, puesto que en este órgano reside la tarea de interpretar y aplicar tanto los Tratados como los reglamentos, directivas y decisiones («secondary law»)⁶³⁶.

A modo de conclusión, puede observarse cómo en esta ocasión el comparatista, una vez analizadas todas las alternativas existentes, llega a la doble conclusión de que, por un lado, no existe una única solución compartida (*common law approach*), ni, por otra, una sola alternativa claramente apropiada por la que optar (*better law approach*). Y ante este dilema metodológico, se opta por crear una solución novedosa, entendida como la mejor posible para superar las aporías que la comparación jurídica ha puesto de manifiesto. De esta manera, además, se cumple con la regla de oro del Derecho uniforme: evitar la inclusión de conceptos estrictamente nacionales que puedan ser interpretados de manera diferente en función del ordenamiento jurídico que tenga que aplicar cada juez o Tribunal, pues en caso contrario la unificación tan sólo se alcanzará en el plano formal o legislativo, pero no en el material o jurisprudencial⁶³⁷.

⁶³⁵ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2014, p. 2.

⁶³⁶ Con relación a los principios generales europeos, *vid.*, GROUSSOT (2006).

⁶³⁷ Gino Gorla, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, C-4, IL FORO ITALIANO 2-3 (1977).

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, Jorge: *El Contrato de Compraventa Internacional*, UNAM/McGraw-Hill, México D. F., 1994.
- ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *Specific Performance as the preferred remedy in comparative law and CISG*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- AJANI, Gianmaria: *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, UB, Barcelona, 2010.
- ALBALADEJO, Manuel: *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1955.
- *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958.
- ALBIEZ DORCHMAN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, 2002.
- «Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2017 parte Doctrina.
- ALLISON, John W. F.: *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1972.
- ALPA, Guido: «Lineamenti di diritto contrattuale», en ALPA (ed.), *Diritto privato comparato. Istituti e problema*, Laterza, Roma, 1999, pp. 165 a 335.
- «Derecho privado europeo: bases establecidas y planes de acción», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003.
- ALPA, Guido, y BESSONE, Mario: «Inadempimento, rimedi contrattuali, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cose mobili (convenzione di Vienna, marzo 1980)», en V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 279 a 310.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comentario a la Sentencia de 20 de enero de 2014», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 95/2014.
- ANDREWS, Neil: *Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- ANTONIOLLI, Luisa, y FIORENTINI, Francesca: *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference by the Common Core Evaluating Group*, p. 1 (https://www.academia.edu/25400725/A_Factual_Assessment_of_the_Draft_Common_Frame_of_Reference_by_the_Common_Core_Evaluating_Group_Draft_).
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en E. BOSCH CAPDEVILLA (Dir.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 a 238.
- ASCARELLI, Tulio: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, en T. ASCARELLI, *Saggi Giuridici*, Giuffrè, Milan, 1949.
- ASSER, Tobias Michael Carel: «Droit international privé et droit uniforme», *RDILC*, 1880, pp. 3 a 22.
- ATIYAH, Patrick Selim; ADAMS, John N., y MACQUEEN, Hector: *Atiyah's Sale of Goods*, Twelfth Edition, Pearson, Essex, 2010.
- BAKOS, Yannis; MAROTTA-WURGKER, Florencia, y TROSSEN, David R.: «Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts», *Journal of Legal Studies*, 43, 2014.
- BAR-GILL, Oren, y BEN-SHAHAR, Onri: «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, n.º 50, 2013, pp. 109 y ss.

- VON BAR, Christian; CLIVE, Eric, y SCHULTE-NÖLKE, Hans: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Outline Edition, Sellier, Munich, 2009.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Full Edition*, München, 2011.
- BASEDOW, Jürgen: «Il diritto privato europeo. Chimera o realtà?», en *Studi in onore di Pietro Rescigno, I. Teoria Generale e Storia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1998.
- «Towards a universal doctrine of breach of contract: the impact of the cisg», *International Review of Law and Economics*, 2005, septiembre, pp. 487 y ss.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xabier: «Claves para entender la compensación en Europa», *Indret*, 2009.
- «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. II, pp. 648 a 711.
- BEALE, Hugh, y HOWELLS, Geraint: «Pre-contractual Information Duties in the Optional Instrument», en R. SCHULZE, J. STUYCK, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 49 a 64.
- BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew S., y CARTWRIGHT, John: *Anson's Law of Contract*, 29 ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BELL, John: «Comparative Law and Legal Theory», en W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK, H. VON WRIGHT, (Eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, pp. 19 a 31.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- BERGER, Klaus Peter: «European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization», en A. HARTKAMP, *et alii, Towards a European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International BV, Rhe Netherlands, 2011, pp. 55 a 70.
- BERGSTEN, Eric E., y MILLER, Anthony J.: «The remedy of reduction of price», *American Journal of Comparative Law*, 1979, n.º 27, pp. 255 a 277.
- BERMAN, Harold J.: «The Uniform Law on International Sale of Goods: a constructive critique», *Law and Contemporary Problems, Unification of Law*, 1965, pp. 358 y ss.
- BODGAN, Michael: *Concise introduction to Comparative Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013.
- BONELL, Michael Joachim: *Le Regole Oggettive del Commercio Internazionale. Clausole Tipiche e Condizioni Generali*, Giuffrè Editore, Milano, 1976.
- «Il modello di common law e la nuova convenzione sulla vendita internazionale (vienna, 1980)», en V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 261 a 279.
- «Unification of law by non-legislative means: the unidroit draft principles for international commercial contracts», *The American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 617 a 633.
- «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?», *Uniform Law Review*, 1996-1, p. 29.
- «Comparazione giuridica e unificazione del diritto», en G. ALPA (Ed.), *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma, 1999.
- *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers Inc., Ardsley, New York, 2005.

- BONELL, Michael Joachim: «The new provisions on illegality in the UNIDROIT Principles 2010», *Uniform Law Review*, 3, 2011.
- VAN BOOM, Willem: «Price Transparency, Consumer Decision Making and European Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, 34, 2011, pp. 359 a 376.
- BRACCIA, Umberto: «Morte e resurrezione della causa: la tutela», *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 y ss.
- BRIDGE, Michael: *The International Sale of Goods. Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- BROGGINI, Gianluigi: «Causa e contratto», en L. VACCA, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatista*, Torino, 1997.
- BROX, Hans, y WALKER, Wolf-Dietrich, *Besonderes Schuldrecht*, 31 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.
- BURROWS, Andrew: *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BUSSANI, Mauro, y MATTEI, Ugo: *Making European Law: Essays on the 'Common Core' Project*, Università di Trento, Trento, 2000.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz: «¿Hacia un Derecho Contractual Europeo?», *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, 2, pp. 54 a 65.
- CANARIS, Claus Wilhelm: «Stellung der UNIDROIT Principles and der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen», en BASEDOW, *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsche Recht*, Tübingen, 2000, pp. 5 a 31.
- «Wandlungen Des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zur seiner Materialisierung», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2000, pp. 273 a 364.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Hacia una recodificación», en E. ROCA TRÍAS, M.^a C. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *Codificaciones del Derecho Privado en el S. XXI*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 49 a 60.
- CAPITANT, Henri: *De la causa de las obligaciones*, Anacleto Ediciones, Pamplona, 2005.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Art. 1101», en M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, EDESA, Madrid, 1989.
- *Derecho de contratos*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- CARTWRIGHT, John: «Una introducción al Derecho de contratos ingles», en C. HORNERO MÉNDEZ, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. OLIVA BLÁZQUEZ (Coord.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios, nuevas propuestas*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 29 a 54.
- *Introducción al derecho inglés de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «Horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho», en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, t. I, Madrid, Reus, 1959.
- CASTRONOVO, Carlo: «I “Principi di Diritto Europeo dei Contratti” e l’idea di Codice», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1995, pp. 31 y ss.
- «Prefazione dell’edizione italiana», en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CATRESANA, A.: «La estipulación», en F. J. Paricio Serrano (Coord.), *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 439 y ss.
- COLLINS, Hugh: «European Private Law and the Cultural Identity of States», *European Review of Private Law*, 1995, pp. 353 y ss.

- CORNU, Gérard: «Un code civil n'est pas un instrument communautaire», *Dalloz*, 2002, pp. 351 y ss.
- COTTERRELL, Roger: «The Concept of Legal Culture», en D. NELKEN, (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 13 a 31.
- «Comparative law and legal culture», en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 709 a 737.
- CUMMING, Newell E.: «United Nations Commission on International Trade Law: will a uniform law in international sales finally emerge?», *California Western International Law Journal*, 1979, pp. 157 a 184.
- DANNEMANN, Gerhard, y VOGENAUER, Stefan: «Introduction: The European Contract Law Initiative and the "CFR in Context Project"», en G. DANNE-MANN, S. VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- DATE-BAH, Samuel Kofi: «The Convention on the International Sale of Goods from the perspective of the developing countries», en VV. AA., *La Vendita Internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 23 a 38.
- DAVID, Rene: «La unificación Internacional del Derecho Privado», en *Libro-Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1967.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Derecho de obligaciones en Europa. Algunos rasgos de la evolución en las dos últimas décadas*, Bosch, Barcelona, 2013.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto», *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 416 y ss.
- «El Anteproyecto de Código europeo de Contratos», en J. GARCÍA COLLANTES (Dir.), *La unificación jurídica europea*, Semanario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, Civitas, Madrid, 1999.
- «La regulación del contrato y el problema de la causa», *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, n.º 4, pp. 208 y ss.
- DE VERDA Y BEAMONTE, Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- DEL OLMO, Pedro: *De incumplir la obligación a incumplir el contrato: el nuevo modelo del incumplimiento*, <https://almacendederecho.org/de-incumplir-la-obligacion-a-incumplir-el-contrato-el-nuevo-modelo-del-incumplimiento>, 3 junio 2020.
- DERHAM, Rory: *The Law of Set-off*, 4th. ed., Oxford University Press, Oxford, 2010.
- DI MAJO, Adolfo: «Il contratto e l'obbligazione nei Principi», *Europa e diritto privato*, 2002/4, pp. 883 a 895.
- DI PALMA, Maryellen: «Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison», *International Contract Adviser* (Kluwer), Vol. 5, No. 1 (Winter 1999) pp. 28 a 38.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Artículo 16», en L. DÍEZ-PICAZO, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Thomson, Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión 2006), pp. 173 a 178.

- DÍEZ-PICAZO, Luis: «Un Codice civile europeo?», en G. ALPA, E. N. BUCCINO (Dirs.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 63 a 67.
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *Anuario de Derecho Civil*, IV, 2003, pp. 1565 a 1574.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, n.º 2130, abril 2011.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarnación, y MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, fasc. 1, pp. 5 a 31.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996.
- «Un siglo de Derecho Privado», en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Pensando el Derecho en el siglo XX*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: «Artículo 1202», en Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen III, 2.ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- DISSAUX, Nicolas, y JAMIN, Christophe: *Projet de Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Dalloz, Paris, 2015.
- DONAHUE, Charles: «Comparative Law before the Code Napoléon», en M. REIMANN, R., ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University, Press, Oxford, 2007, pp. 3 a 32.
- DUGGAN, Anthony; BRYAN, Michael, y HANKS, Frances: *Contractual non-disclosure*, Longmans, Sydney, Australia, 1994.
- EHMANN, Horst, y SUTSCHET, Holger: *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard, y ZIMMERMANN, Reinhard: «The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, n.º 4, 2008, pp. 659 a 708.
- «Towards a revision of the consumer *acquis*», *Common Market Law Review*, n.º 48, 2011, pp. 1077 a 1123.
- EIDENMÜLLER, Horst; JANSEN, Nils, KIENINGER, Eva María, WAGNER, Gerhard, ZIMMERMANN, Reinhard: «Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *Juristen Zeitung*, 16 de marzo de 2012, pp. 269 a 320.
- EÖRSI, Gyula: «A propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *The American Journal of Comparative Law*, 1983, po. p. 333 a 356.
- «Art. 16», en C. M. BIANCA, M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milano, 1987.
- ERP, VAN Sjeff: «Codifying European Civil Law: From a General Hard Law to a Sector-Specific Soft Law Project?» *EJCL*, Vol. 7.1, March 2003, <http://www.ejcl.org/71/editor71.html>.

- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Forma, objeto y causa/consideration», en S. CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- FARNSWORTH, Edward Allan: «The Convention on the International Sale of Goods from the perspectives of the Common Law countries», en VV. AA., *La Vendita Internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 5 a 21.
- «Formation of Contract», en N. M., GALSTON, H. SMIT, H., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, New York, 1984.
- *3 United States Contract Law*, Juris Publishing, 1991.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: «L'enseignement du droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, pp. 293-309.
- FENOY PICÓN, Nieves: *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.
- «El incumplimiento y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009», en I. DE LA MAZA GAZMURI, *Incumplimiento contractual. Nuevas perspectivas*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIII, fasc. I, 2010, pp. 47 a 136.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, 2013, pp. 717 a 836.
- «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*, tomo LXVIII, 2015, fasc. III, pp. 801 a 1082.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209 a 5237.
- «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», *La unificación jurídica en Europa*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J. M. García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999.
- «El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario», en *El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*. Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 151 a 190.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel: «La eficacia de la normativa comunitaria: una panorámica sobre el llamado efecto directo de las directivas», *Revista jurídica de la Región de Murcia*, n.º 27, 1999, p. 61.
- FERRANTE, Alfredo: *Open Price y compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

- FERRARI, Ferrari: «The CISG's impact on legislators», en FERRARI, F., *The CISG and its Impact in National Legal Systems*, Sellier, Munich, 2008.
- «Uniform Law», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN y A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1732 a 1735.
- FERRI, Giovanni Battista: «L'invisibile presenza della causa del contratto», *Euro-pa e diritto privato*, 2002/4, pp. 897 a 914.
- FLEISCHER, Holger: *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten*, C. H. Beck, München, 2001.
- FLETCHER, George P.: «Comparative Law as a Subversive Discipline», *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 683 y ss.
- FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, traducción del J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, E. GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado Madrid, 1998.
- FONTAINE, André: «Les Principes pour les Contrats Commerciaux élaborés par UNIDROIT», *Revue de Droit International et de Droit Comparée*, 1991.
- GALGANO, Francesco: «Il diritto uniforme: la vendita internazionale», en F. GALGANO, F. FERRARI (ed.), *Atlante di Diritto Privato Comparato*, 3.^a ed., Zanichelli. Bologna. 1999, 3.^a
- «Derecho civil y Derecho Mercantil», en F. GALGANO *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000.
- GAMBARO, Antonio; MONATERI, Pier Giuseppe, y SACCO, Rodolfo: «Comparazione giuridica», en *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. civ.)*, III, UTET, Torino, 1988.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, n.º 5747, 26 de marzo de 2003.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Artículo 65», R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 819 a 825.
- GARRIGUES, Joaquín: «Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, 1960.
- GESSNER, Viktoria: «Praesumptio similitudinis?—A Critique of comparative law», en *Annual Meeting of the ISA Research Committee on Sociology of Law «Legal Culture: Encounters and Transformations»*, Section Meetings, August 1-4, 1995, pp. 41 a 52.
- GÓMEZ CALLE, Esther: *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994.
- GONDRA, José María: «Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo URÍA*, Civitas, Madrid, 1978.
- GORLA, Gino: «Unificazione “legislativa” e unificazione “giurisprudenziale”. L'esperienza del diritto comune», *Estratto da Il Foro Italiano*. Vol C-Fasc.4. 1977, pp. 1 y ss.
- GREGORY, J. D.: «The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Commerce», *The Business Lawyer*, 2003, noviembre, 59.1, pp. 317 a 343.
- GROSSOT, Xavier: *General Principles of Community Law*, European Law Publishing, 2006.

- GRUNDMANN, Sven: «The Structure of the DCFR—which approach for today’s contract law», en G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI (ed.), *Il Draft Common Frame of Reference del Diritto Privato Europeo*, Cedam, Milano, 2009, pp. 85 a 113.
- GRUNDMANN, Sven; y BIANCA, Cesare Massimo: *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, V. Otto Schmidt, Köln, 2002.
- GRUNDMANN, Sven; KERBER, Wolfgang, y WEATHERIL, Stephen: *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001.
- GULLÓN, Antonio: *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid, 1969.
- HAGER, Gunter: «Article 55», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 624 a 628.
- HATTENHAUER, Hans: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987.
- HEIDERHOFF, Bettina: «Information Obligations (Consumer Contracts)», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 869 a 872.
- HELLWEGE, Phillip: «Standard Contract Terms», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R., ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- HESSELINK, Martijn W.: *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002.
- «The Case for a Common European Sales Law in an Age of Rising Nationalism», *European Review of Contract Law*, 2012 (3), pp. 342 a 366.
- VAN HOECKE, Mark, y WARRINGTON, Mark: «Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law», *International Comparative Law Quarterly*, 1998, n.º 47, pp. 495 a 535.
- HOFSTEDE, Geert: *Cultures and organizations; Intercultural cooperation and its importance for survival; Software of the mind*, Harper Collins Business, London, 1991.
- HONDIUS, Ewoud; HEUTGER, Viola; JELOSCHKE, Christoph; SIVESAND, Karl Henrik, y WIEWIORSKA, Aneta, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Sales (PEL S)*, Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press, 2008.
- HONNOLD, John: «Risk of Loss» en N. M. GALSTON, H. SMIT, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, New York, 1984, pp. 8-1-8-15.
- «The new Uniform Law for International Sale of Goods and the UCC: a comparison», en Symposium on International Sale of Goods», *The International Lawyer*; 1984, pp. 21 a 28.
- «The Sales Convention in action—Uniform International Words: Uniform Application», *Journal of Law & Commerce*, 1988, pp. 207 a 212.
- «International Sales Law and the Open-Price Contract», en VV. AA., *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 915 a 933.
- HORNUNG, Andrew R.: «Art. 72», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.

- HOWELLS, Geraint: «The potential and limits of consumer empowerment by information», *Journal of Law and Society*, n.º 32, 2005, pp. 349 a 370.
- HOWELLS, Geraint, y WATSON, John: «Article 23», Reiner SCHULZE, *Common European Sales Law. Commentary* (CESL), C. H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 158 a 163.
- HUSA, Jaakko: «Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?», *67 RabelsZ*, n.º 67, 2003, 419 a 447.
- HYLAND, Richard: «On Setting Forth the Law of Contract: A foreword», *American Journal of Comparative Law*, 1992.
- IHERING, Rudolf von: *El espíritu del Derecho Romano en las distintas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 37 a 91.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, y PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, 8, 2002-1, pp. 153 y ss.
- «Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo», *Indret*, 2/2008, pp. 1 a 44.
- INFANTE RUIZ, Francisco José, y OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *Indret*, 3/2009, pp. 1 a 58.
- JANSEN, Nil: «Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?», *Zeitschrift für Europäisches Privatrechts* 2007, pp. 958 a 991.
- JANSEN, Nil, y ZIMMERMANN, Reinhard: *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- KEIRSE, Anne L. M.: «European impact on contract law; A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law», *Utrecht Law Review*, Volume 7, Issue 1 (January) 2011, pp. 34 a 51.
- KLASS, Gregory: *Contract Law in the USA*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan: «Art. 2.1.4», en S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unifroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 245 a 257.
- KLEINSCHMIDT, Jens: «Art. 9:304: Anticipatory Non-performance», en N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1358 y ss.
- «Introduction before Art. 8:101», en N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 1075 y ss.
- KRITZER, Albert: *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer, Deventer/Boston, 1989.
- KRUISINGA, Sonja: «What do Consumer and Commercial Sales Law Have in Common? A Comparison of the EC Directive on Consumer Sales Law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods», *European Review of Private Law*, 2/3, 2001, pp. 179 y ss.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Volumen primero, Parte General. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LANDO, Ole: «El derecho contractual europeo en el tercer milenio», n.º 116, *Derecho de los negocios*, 2000, p. 1 a 20.
- «Some features of the Law of Contract in the Third Millennium», *Scandinavian Studies in Law*, 2000, n.º 40, p. 343-402.
- «Comparative Law and Lawmaking», *Tulane Law Review*, n.º 75, 2001, pp. 1015 a 1032.
- «Which Contract Law for Europe and the World», *Revue des contrats*, 2009.
- «Non-performance», en A. HARTKAMP, M. W. HESSELINK, E. H. HONDIUS, C. MAK, C. E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2011, pp. 681 y ss.
- LANDO, Ole, y VON BAR, Christian: «Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code», *Europa e Diritto Privato*, 2002, pp. 133 a 200.
- *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte III, Colegios Notariales de España, Madrid, 2007.
- LEGRAND, Pierre: «Comparative Legal Studies and Commitment to Theory», *The Modern Law Review*, 1995, pp. 262 a 2273.
- «European legal systems are not converging», *International and Comparative Law Quarterly*, *International Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 52 y ss.
- «The impossibility of Legal Transplants», *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, 1997, p. 111-124.
- «On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations», *European Review of Private Law*, 2002, pp. 61 a 76.
- «Antonvobar», *Journal of Comparative Law*, 1:1, 2006, pp. 1 a 40.
- LOOS, Marco: «The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, pp. 5 a 36.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: «Artículo 1452», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 895 a 898.
- «Artículo 47», en L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, *Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 423 a 426.
- «Contratos traslativos del dominio a título oneroso: la compraventa y la permuta», en A. LÓPEZ, V. L. MONTÉS, E. ROCA, *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- LORENZ, Stephan: *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag: eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht*, C. H. Beck, München, 1997.
- MACQUEEN, Hector: *Illegality and Immorality in Contracts*, en A. VAQUER ALOY, *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MALLAURIE, Philippe: «Le code civil européen des obligations et des contrats: une question toujours ouverte», *JCP*, 2002, doctrine, I, n.º 110.
- MANKOWSKI, Peter: «Information and Formal Requirements in EC Private Law», *European Review of Private Law*, 13, 2005, pp. 779 a 796.

- MANKOWSKI, Peter: «Right of Withdrawal», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1476 a 1479.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.
- «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados Miembros», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/7/9>, n.º 1, 2012.
- «La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes con consumidor», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_Directiva_sobre_contratos_de_compraventa_de_bienes_con_consumidores.pdf, 19 de junio de 2019.
- MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes, y JOHNSTON, Angus C.: *The German Law of Contract. A comparative Treatise*, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”», *Indret*, 2005, pp. 1 a 25.
- MARTINEK, Michael: «Das neue Teilzeit-Wohnrechtsgesetz – mißratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997.
- MASKOW, Dietrich: «The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Socialist Countries», VV. AA., *La Vendita Internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp. 41 a 59.
- MAZEAUD, Denis: «Prime note sulla riforma del Diritto dei contratti nell'ordinamento francese», *Rivista di diritto civile*, 2/2016, p. 434 y ss.
- MCGREGOR, Harvey: *Contract Code*, Bosch, Barcelona, 1996.
- MICHAELS, Ralf: «The Functional Method of Comparative Law», en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 339 a 381.
- «Preamble», en S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unifroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 24 a 80.
- «Comparative Law», en J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 297 a 301.
- «Legal culture», en J. BASEDOW, K. J., HOPT, R., ZIMMERMANN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 1059 a 1063.
- MILLER, George: «The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on Our Capacity for Processing Information», *Psychological Review*, Vol. 63, 1956, pp. 81 a 97.
- MILLER, John: «Consumer Protection», in *Benjamin's Sale of Goods*, 8th ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2010.
- MOLITOR, Erich, y SCHLOSSER, Hans: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, trad. de Martínez Sarrión, Barcelona, 1975.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Artículo 35», en L. Díez-PICAZO, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Thomson, Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión 2006) pp. 286 a 312.

- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», en A. M. Morales Moreno, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 189 a 202.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en A. M. Morales Moreno, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2006.
- «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en A. M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson, Civitas, Cizur Menor, 2006.
- «Claves de la modernización del Derecho de contratos», en *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*, Tomo III-1. Derecho Patrimonial I, Consejo General del Notariado, 2012, pp. 316 a 428.
- «Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, fasc. 1, 2014, pp. 227 a 254.
- MUIR WATT, Horatia: «La fonction subversive du droit comparé», *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 503 ss.
- MÜLLER-CHEN, Markus: «Article 28», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 316 a 327.
- «Article 47», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 553 a 561.
- «Article 49», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 574 a 595.
- «Article 50», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 596 a 606.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian: *Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2.^a ed. Baden-Baden, 1991.
- MUSTILL, Michael: «Anticipatory Breach», *Butterworths Lectures 1989-90*, London, 1990.
- NEUMAYER, Karl Heinz, y MING, Catherine: *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises-Commentaire*, Lausanne, CEDIDAC, 1993.
- NIELSEN, Ruth: *Contract Law in Denmark*, Kluwer Law International, 2011.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *Compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «El Anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. i, núm. 3 (julio septiembre, 2014), pp. 37 a 66.
- «El contrato de compraventa (3). la compraventa de bienes de consumo», en M. YZQUIERDO TOLSADA (Coord.), *Contratos. Tomo I. Contratos de finalidad traslativa del dominio (I)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2014, pp. 327 a 414.

- OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: «Las materias reguladas por la CISG: delimitación positiva y negativa», en *Estudios en Homenaje al profesor José María Miquel*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 2335 a 2361.
- «Passing of risk», en J. PLAZA PENADÉS, L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO (eds.), *European perspectives on the Common European Sales Law*, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp. 183 a 206.
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014. Improcedencia de la nulidad de la compra de participaciones preferentes emitidas por una entidad bancaria islandesa que, tras quebrar, suspendió el pago de los cupones», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 97, 2015, pp. 531 a 563.
- «Artículo 1256», en Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado*, Volumen III, 2.ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- «Les remèdes à l'inexécution du contrat dans la proposition espagnole», en J. LETE, E. SAVAUX, R-N SHÜTZ, H. BOUCARD, *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, LGDJ, Poitiers, 2016.
- «La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: estudio de su impacto en la fase precontractual», *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, 2017, pp. 98 a 156.
- «Nuevos marcos normativos para los contratos nacionales e internacionales», en C. HORNERO MÉNDEZ, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F. OLIVA BLÁZQUEZ (Coord.), *Derecho de contratos: nuevos escenarios, nuevas propuestas*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2017, pp. 57 a 90.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un decenio (1968-1977)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.
- «El Derecho mercantil. Origen y evolución histórica», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, 2.ª Ariel Derecho, Barcelona, 1992.
- «UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 16 y ss.
- ORDUÑA MORENO, Javier: «Extinción de la obligación», en M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. VERDERA SERVER, *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 203 a 212.
- ORDUÑA MORENO, Javier, y MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2013.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PANTALEÓN, Fernando: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, 4, pp. 1719 a 1746.
- PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: «Legislación Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas)*, 1986, pp. 9 a 89.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La compensación en Derecho Español y en los Principios de Derecho Contractual Europeo. Una comparación», en A. VAQUER (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. The Principles of European Contract Law. Part III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 238 y ss.

- PERALES VISCASILLAS, Pilar: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, Juan Pablo: *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2013.
- PERTÍÑEZ VILCHES, Francisco: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PETERS, Anne, y SCHWENKE, Heiner: «Comparative Law beyond Post-Modernism», *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, pp. 800 a 834.
- PICHONNAZ, Pascal: «Art. 8.5», en S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unifroit Principles of International Commercial Contracts* (PICC), Oxford University Press, Oxford, 2009.
- PILIOUNIS, Peter A.: «The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (*Nachfrist*) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?», *Pace International Law Review* (Spring 2000), pp. 1 a 46; http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html#N_108_.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011.
- RABEL, Ernest: «A Draft of an International Law of Sales», *The University of Chicago Law Review*, 1938.
- «Sobre la situación actual del derecho internacional privado comparado», *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina), abril-junio de 1948, pp. 281 y ss.
- *Das Recht des Warenkaufs*, Vol. II, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1958.
- RAYNARD, Jacques: «La influence communautaire et internationale sur le droit de la vente: quand una proposition de directive s'inspire d'une convention internationale pour compliquer encore, le recours d'l'acheter», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997.
- REICH, Norbert, y MICKLITZ, Hans-Wolfgang: «Crónica de una muerte anunciada: The Consumer Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Common Market Law Review*, 2009, 46, pp. 471 a 519.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 1 a 66.
- RISCHIO, Raffaele: «I Principi di diritto europeo e la causa del contratto», *Europa e diritto privato*, 2003-2, pp. 255 a 270.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXV, Número 2132, Junio de 2011, pp. 1 a 23.
- ROPPO, Vincenzo: «Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo», *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, enero-junio de 2011, pp. 177 a 223.
- «De nuevo sobre Contrato Asimétrico y Tercer Contrato. Las coordenadas del debate, con alguna novedad», traducción a cargo de Francisco Capilla Roncero y César Hornero Méndez, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial Privado*, n.º 35, 2014, pp. 25 a 47.
- RUBIO GARRIDO, Tomás, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, «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*, 1/2013, pp. 1 a 36.

- SACCO, Rodolfo: «Legal Formants A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Winter 1991), pp. 1 a 34.
- *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992.
- «Negozio giuridico (circolazione del modelo)», en *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. Civile)*, vol. XII, Turín, 1995, pp. 86 a 95.
- *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2002.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Artículo 79», en L. DíEZ-PICAZO, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, Thomson, Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión 2006), pp. 635 a 656.
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo», *Indret*, 3/2014, pp. 1 a 32.
- «La transmisión del riesgo al comprador consumidor en las compraventas con transporte de mercancías: art. 66 ter TRLGDCU», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, n.º 1, 2017, pp. 1 a 29.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.
- «La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, tomo XI, pp. 35 y 61.
- *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- «El Derecho contractual inglés», en S. Sánchez Lorenzo, *Derecho contractual comparado*, 2.ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- «Estado democrático, postmodernismo y el Derecho internacional privado», *Revista de Estudios Jurídicos no 10/2010 (Segunda Época)*, *rej.ujaen.es* (consultado en marzo de 2017).
- SAVAUX, Éric: «Le contenu du contrat», *La Semaine Juridique*, 2015, pp. 21 y ss.
- «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho Civil*, 2016, III, p. 718 y ss.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl: *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts*, tomo I, Berlín, 1851, tomo II, Berlín, 1853.
- SCHAUB, Martien: «How to make the Best of Mandatory Information Requirements in Consumer Law», *European Review of Private Law*, 1-2017, pp. 25 a 44.
- SCHLECHTRIE, Peter: «Article 1», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 23 a 40.
- «Art. 11», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 159 a 168.
- «Art. 16», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 207 a 214.
- «The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe», *Oxford University Comparative Law Forum*, 2, 2002, en ouclf.iuscomp.org.
- SCHMITTHOFF, Clive M.: «The risk of loss in transit in international sales», en J. HONNOLD (Ed.), *Unification of the Law Governing International Sales of Goods. The Comparison and Possible Harmonization of National and Regional Unifications*, Librairie Dalloz, París, 1966, p. 169.

- SCHMITTHOFF, Clive M.: «The Codification of the International Trade», en C. J. CHENG, CLIVE M. *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Martinus Nithoff Publishers/Graham&Trotman, Dordrecht/Boston/London, 1988.
- SHULTE-NÖLKE, Hans: «El Borrador del Marco Común de Referencia (draft Common Frame of Reference, DCFR). Un Restatement europeo con reglas modelo para facilitar la interpretación de las normas y constituir una referencia legislativa, jurisprudencial y de formulación de contratos», en C. JEREZ DELGADO (Coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia* (DCFR), BOE, Madrid, 2015, pp. 27 y 28.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, y TWIGG-FLESNER, Christian, y EBERS, Mark: (eds.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, University of Bielefeld, http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf.
- SHULZ, Fritz: *Principios de Derecho Romano*, Civitas, Madrid, 1990.
- SCHULZE, Reiner, y MORGAN, Jonathan: «The Right of Withdrawals», en G. DAN-NEMANN, S. VOGENAUER, *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- SCHULZE, Reiner, y WILHELMSSON, Thomas: «From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules», *European Review of Contract Law*, 2008, 4, pp. 154 a 168.
- SCHWENZER, Ingeborg: «Article 35», en P. SCHLECHTRIEM, I. SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 410 a 433.
- SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal, y KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- SCIALOJA, Vittorio: *Negocios jurídicos*, Traducción de la 4.^a ed. por Francisco de Pelsmaecker e Ivañez, Gavidia, Sevilla, 1942.
- SEFTON-GREEN, Ruth: «Compare et contrast: monstre à deux têtes», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2002, n^o 1, pp. 85 a 95.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María, y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Del Código civil a las Directivas comunitarias sobre el Derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, mayo-agosto, n.º 31, 2013, pp. 23 a 62.
- SHALEV, Gabriela: «Remedies on Anticipatory Repudiation», *Israel Law Review*, Vol. 8, 1973, pp. 123 a 124.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo: *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Porrúa, México, 2005.
- SMITS, Jan M.: «The Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose», *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 2008, pp. 145 a 148.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Propuestas de reforma del derecho español a la luz de los textos de soft law europeos», *Indret*, 3/2017.
- SOMMA, Alessandro: *Introducción al Derecho Comparado*, Universidad Carlos III, Madrid, 2015.
- *Introducción crítica al Derecho comparado*, <http://www.jus.unitn.it/cardozol/review/2008/somma1.pdf> (consultado en marzo de 2017), p. 4.
- STEYN, Jean: «A kind of Esperanto», en P. B. H. BIRKS, (Ed.), *The Frontiers of Liability*, Volume 2, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 11 a 17.
- STOCKS, Mitchell: «Risk of loss under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparative analysis and proposed revision of UCC Sections 2-509 and 2-510», *Northwestern University Law Review*, 1993, pp. 1415 a 1457.

- STORME, Matthias: «The Binding Character of Contracts—Cause and Consideration», en HARTKAMP *et al* (eds), *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Alphen a/d Rijn, Kluwer Law International, 2010.
- STRUB, M. G.: «The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries», *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, pp. 475 a 501.
- TALLON, Denis: «The Buyer's obligations under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en N. M., GALSTON, H. SMIT, H., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, New York, 1984, pp. 7 y ss.
- TEDESCHI, Vincenzo: «Confirmità delle merci al contratto; e diritto e pretese di terzi sulle merci, nell'ULIS e nell'UNCITRAL: brevi appunti», en V. TEDESCHI, G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 270 a 279.
- TORRENT, Ricardo: «La «excepción cultural» en la Organización Mundial del Comercio (OMC). La base de la política audiovisual en Cataluña», *Quaderns del CAC*, n.º 14, 2002. pp. 19 a 27.
- TREBILCOCK, Michael J.: *The limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Boston, 1997.
- TREITEL, Guenter H.: *The Law of Contract*, Thirteenth Ed., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 2011.
- TUGGEY, T. N.: «The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Will a Homeward Trend Emerge?», *Texas International Law Journal*, 1986.
- VON TUHR, Andreas: *Derecho Civil. Volumen II. Los hechos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2005.
- TWIGG-FLESNER, Christian: *The Europeanisation of Contract Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2008.
- TWIGG-FLESNER, Christian, y SCHULZE, Reinhard: «Protecting national choice: information and the right of withdrawal», en G. HOWELLS, I. RAMSAY, T. WILHELMSSON AND D. KRAFT (eds.), *Handbook of Research on International Consumer Law*, Edward Elgar Publishing, 2010.
- UNCETA LABORDA, Miguel: «Principios de UNIDROIT e ilicitud del contrato internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 620 a 628.
- UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, United Nations, Viena, 2012.
- UNIDROIT, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2010.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El Marco Común de Referencia», en E. BOSCH CAPDEVILLA, *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 237 a 265.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «La compraventa celebrada fuera de establecimientos comerciales», en M. YZQUIERDO TOLSADA, *Tratado de Contratos*, Volume I, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2014, pp. 507 a 562.
- VILUS, J.: «Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention», en V. V. A. A., *Estudios en Homenaje a Jorge Barrera Graf. Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989, pp. 1431 a 1457.
- VOGENAUER, Stefan: «Introduction», en S. VOGENAUER, J. KLEINHEISTERKAMP, *Commentary on the Unifroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 1 a 20.

- VOGENAUER, Stefan: «The Avant-projet de reforme: An Overview», en J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (eds.). *Reforming the French Law of Obligations – Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 4 y ss.
- «Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law», *European Review of Contract Law*, 2010/2, pp. 143 a 183.
- WATSON, Alan: *Legal Transplants*, 2d ed., University of Georgia Press, 1993.
- WATTERSON, Stephen: «Consumer Sales Directive 1999/44/EC– The impact on English Law», *European Review of Private Law*, 2001, 1, p. 98.
- WEATHERILL, Stephen: *Consumer Protection Law*, 2nd ed., Aldershot, Ashgate, 2005.
- WEIDT, Heinz: *Antizipierter Vertragsbruch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- WENDLANDT, B.: «EC Directives on Time-Sharing and for self-employed commercial agents: Apples, Oranges and the Core of the Information Overload Problem», G. HOWELLS, A. JANSSEN, AND R. SCHULZE (eds.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Ashgate, Hants, England, 2005, pp. 67 a 92.
- WILHELMSSON, Thomas: «Standard Form Conditions», en A. HARTKAMP *et alii*, *Towards a European Civil Code*, Fourth Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International BV, Rhe Netherlands, 2011.
- WILHELMSSON, Thomas; TWIGG-FLESNER, Christian: «Pre-Contractual Information Duties in the Acquis Communautaire», *European Review of Contract Law*, 2, 2006, pp. 441 a 470.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 539 a 578.
- «Symposium CISG – The 25th Anniversary: its impact in the past and its Role in the Future», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n.º 71, 2007, pp. 9 a 12.
- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008.
- «The Present State of European Private Law», *American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 479 y ss.
- «Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe», en HARTKAMP, Arthur *et al* (eds), *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Alphen a/d Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 27 a 53.
- «Set-off», en Jürgen BASEDOW; Klaus J., HOPT; Reinhard ZIMMERMANN, Andreas STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- ZIMMERMANN, Reinhard, y WHITTAKER, Simon: *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, University Press, Cambridge, 2000.
- ZOLL, Fryderyk: «Article 99», en Reiner SCHULZE, *Common European Sales Law. Commentary (CESL)*, C. H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 463 a 471. D.

- ZOLL, Fryderyk, y WATSON, Jonathon: «Article 146», en Reiner SCHULZE, *Common European Sales Law. Commentary (CESL)*, C. H. Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 605 a 608.
- ZOPPINI, Andrea: «Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza», *Rivista di diritto civile*, 2008, I, pp. 515 y ss.
- ZWAR, Sara G.: «The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common, and Civil Law Principles», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1988, pp. 109 a 128.
- ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, 3rd. Ed., Clarendon Press, Oxford, 2011.

JURISPRUDENCIA

- STS de 15 marzo 1979.
STS de 20 junio 1986 (RJ 1986, 3786).
STS de 21 noviembre 1998 (RJ 1998, 8751).
STS de 11 diciembre 2006 (RJ 2007, 609).
STS de 21 diciembre 2006 (RJ 2007, 308).
STS de 26 marzo 2009 (RJ 2009, 1748).
STS de 16 febrero 2010 (RJ 2010, 1783).
STS de 7 junio 2011 (RJ 2011, 4398).
STS de 26 febrero 2013 (RJ 2013, 4935).
STS de 9 mayo 2013 (Roj: STS 1916/2013).
STS de 18 julio 2013 (RJ 2013, 5200).
STS de 20 enero 2014 (RJ 2014, 781).
STS de 18 julio 2019 (Roj: STS 2831/2019).
STS de 6 marzo 2020 (Roj: STS 791/2020).