BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

Año LXXIX | Núm. 2.287 Bis | Mayo de 2025

MONOGRÁFICO

ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN REVISADA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL AÑO 2023

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

ISSN: 3020-6251
NIPO: 143-24-001-2
https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ

Esta publicación recoge parte de las ponencias y conferencias pronunciadas en el Congreso Internacional «La Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023: algunas cuestiones previas», celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela los días 9 y 10 de julio de 2024, desarrollado al amparo del Proyecto de Investigación del Programa Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, sobre «La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código civil español». Referencia PID2022 -138909NB-I00. Investigador/a principal: M.ª Paz García Rubio y J. Maseda Rodríguez.

Edita
Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Secretaría General Técnica-Secretariado del Gobierno
documentacion.publicaciones@mjusticia.es

ISSN
3020-6251

NIPO
143-24-001-2

Maquetación
Diseño Gráfico Gallego y Asociados, S. L.

Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.
Catálogo de publicaciones

Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estadov

PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un director, un secretario y un Consejo de Redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del derecho, recensiones de libros jurídicos, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, resúmenes de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

DIRECTOR

D. Antonio Pau
Registrador de la propiedad y académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (España)

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García
Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)

D. Francisco Marín Castán
Expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.ª Encarnación Roca Trías
Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)

D.ª Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)

D.ª Nieves Fenoy Picón
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

D. Ángel Menéndez Rexach
Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)

D.ª Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

MONOGRÁFICO

ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN REVISADA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL AÑO 2023

Año LXXIX | Núm. 2.287 Bis | Mayo de 2025

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

ÍNDICE

VARELA CASTRO, Ignacio: “Presentación” 8

BARBA, Vincenzo: “¿Es tiempo de codificar?” 23

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: “Sobre la vigencia de la técnica codificadora: algunas reflexiones comparatistas” 79

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen: “La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales” 125

VARELA CASTRO, Ignacio: “Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad ” 164

AMMERMAN YEBRA, Julia: “El procedimiento legislativo para la aprobación de la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos” 216

SOLÉ RESINA, Judith: “Aspectos formales o de técnica legislativa: el procedimiento legislativo en el derecho catalán. La elaboración del Libro VI del Código Civil de Cataluña” 249

NIETO ALONSO, Antonia: “La propuesta de modernización revisada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos: su armonización con la regulación sobre contratos con consumidores” 274

MESA MARRERO, Carolina: “La (relativa) novedad de algunas figuras recogidas en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos: un análisis a partir de la legislación especial de consumidores” 307

PICOD, Yves: “La cohabitación del derecho de obligaciones y contratos y del derecho de consumo en derecho francés” 351

SCHÜTZ, Rose-Noëlle: “La relación entre la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos en el contexto de la reforma francesa del derecho de obligaciones” 371

GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: “Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos: especial referencia al derecho transitorio” 397

SAVAUX, Éric: “Cuestiones de derecho transitorio en la reforma francesa del derecho de contratos” 433

FONT I SEGURA, Albert: “Obligaciones contractuales y plurilegislación en el ordenamiento español” 461

MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: “Ley aplicable a las obligaciones contractuales: bondades y críticas de la aplicación jurisprudencial del Reglamento Roma I en España” 510

PRESENTACIÓN

IGNACIO VARELA CASTRO
Investigador posdoctoral
Universidade de Santiago de Compostela

1. Bajo la rúbrica "Algunas cuestiones previas sobre la Propuesta de modernización revisada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023", el presente número monográfico reúne parte de las ponencias que en su momento fueron presentadas en el Congreso Internacional que, sobre la citada materia, se celebró en Santiago de Compostela en julio de 2024. Conviene comenzar esta presentación con tres precisiones relativas al título elegido.

En primer lugar, se ha optado por utilizar el determinante indefinido "algunas" porque no hay exhaustividad en las temáticas aquí tratadas, pues, junto a ellas, podría ser procedente abordar otras, como por ejemplo el lenguaje utilizado en la reforma; la coherencia interna entre la reforma propuesta y el restante articulado del Código Civil; o su relación con otros sectores del ordenamiento que, apenas o directamente, no se toca. Además, se ha considerado adecuado recurrir al adjetivo calificativo "previas" porque no sería del todo exacto presentar una estricta dicotomía entre cuestiones de forma y de fondo. Por mucho que los asuntos ahora estudiados se enmarquen en el ámbito de la técnica y la potestad legislativa, que precede a la plasmación del derecho sustantivo, la compresión y articulación que se hagan de aquellos impactan en la comprensión, alcance y contenido de la materia regulada; de ahí que se haya considerado lógico y de interés su análisis monográfico. Finalmente, aunque el título evoca un conjunto de trabajos que tienen como hilo conductor la citada Propuesta, en este número de revista está presente la visión plurilegislativa propia del derecho civil español —o los derechos civiles españoles, si se prefiere— y se cuenta con la participación de autores franceses que plasman la experiencia del país vecino entorno a la recodificación de los años 2016-2018 —así como la pendiente en materia de contratos especiales— sobre cuestiones que el legislador español habrá de abordar si finalmente acomete la reforma del derecho de obligaciones y contratos recogido en el Código Civil. Su testimonio, aunque no siempre extrapolable al contexto jurídico español, es particularmente enriquecedor.

En las líneas que siguen, pretendo introducir o aproximar al lector a las distintas contribuciones de este número del *Boletín*, informarle de la perspectiva adoptada por cada autor y ofrecerle una lectura en conjunto; cometido en el que ocasionalmente realizo alguna apreciación propia.

2. En una observación muy global, el plantear la reforma de una parte de un código en particular se ubica en el debate más general sobre la procedencia o no de la técnica codificadora y la mencionada Propuesta de modernización de modernización en materia de obligaciones y contratos del año 2023 realizada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación de España supone una toma de postura en favor de tal método. Acerca de las bondades, utilidades y conveniencia de la recodificación en la actualidad, expresada, bien por reforma del Código Civil vigente, bien por la promulgación de uno nuevo, se pronuncian favorablemente los dos autores que inmediatamente paso a mencionar.

Vincenzo Barba reflexiona sobre el concepto "código" y sus funciones —no su función, como bien precisa— e informa sobre las vicisitudes del fenómeno de la codificación en nuestro entorno jurídico durante la época moderna. Su trabajo cohesiona distintas perspectivas superpuestas. Formalmente, recorre el consabido camino de ida y vuelta de codificación-descodificación-recodificación; recorrido temporal centrado en lo civil, pero que no desatiende lo mercantil y el derecho de consumo. Materialmente, de su discurso se infiere que describe un camino de transición: desde los códigos de primera generación, pasando por los códigos de segunda generación, se pregunta el autor por el avenir. Aceptada la codificación como técnica deseable, reflexiona, e invita a reflexionar, cómo ha de ser la codificación contemporánea; dónde está el punto de inflexión para recodificar —apenas menciona el término— teniendo en mente un código de tercera generación.

Calificado por el autor el código como herramienta multifacética, los retos y necesidades del momento potencian en mayor o menor medida estas posibles facetas. Por ejemplo, es característico, de los códigos de primera generación, la consolidación del Estado nación o la sistematización del derecho civil; de los de segunda generación, la constitucionalización del derecho civil; y de los más recientes, presentar la necesaria adaptabilidad ante una sociedad muy cambiante. En un continuo aprendizaje, las recodificaciones presentes deciden qué facetas consolidan o cambian de las codificaciones pasadas; continua y exigente tarea por la que el autor se muestra favorable a la existencia de un órgano técnico de asesoramiento estable: una comisión de codificación permanente. Sus reflexiones sobre la codificación en general se extrapolan y ajustan a la ocasión de una reforma del derecho de obligaciones y contratos en particular. Para el profesor Barba, el código se alza casi como un irrenunciable con presencia fija en el acervo del civilista.

Por su parte, Elena Sánchez Jordán se pregunta si la técnica de la codificación sigue siendo útil en un mundo globalizado, tecnificado e hiperconectado como el actual. Asume el argumentario favorable a dicho método y nos viene a advertir que el descuido del legislador puede redundar negativamente en la utilidad que *a priori* presenta dicha

técnica. La incapacidad del código para detectar las necesidades de quien habría de utilizarlo o su falta de suficiente adaptabilidad ante las nuevas necesidades que puedan surgir, defecto que la autora atribuye a la decimonónica regulación del derecho de obligaciones y contratos contenida en el Código Civil de 1889, no es en realidad una carencia de la técnica codificadora, sino de su aplicación. A favor de esta metodología legal, insiste la autora, los hechos hablan por sí mismos y, dentro de lo que se califica como un movimiento recodificador, se para en la reciente experiencia de Cataluña, Argentina y, sobre todo, China. Tal aproximación permite reflexionar sobre las funciones que cumple, o debería cumplir, un código civil en el siglo XXI, así como someter a escrutinio las tres codificaciones ahora abordadas y, por extensión, el texto de la Propuesta española de 2023.

Sin ningún ánimo de exhaustividad, nos recuerda la autora que el legislador catalán aborda la tarea codificadora como un elemento de identificación nacional y un proceso de sistematización de la legislación existente y de modernización del derecho civil en el que se tiene en cuenta otras recientes reformas y propuestas doctrinales; en particular, las tendentes a la armonización del derecho civil en Europa. Presentado como un texto abierto en estructura y contenido para facilitar futuras adaptaciones, el Código Civil catalán, que se empieza a publicar en el año 2002 por partes —por libros—, ya ha sido objeto de diversas reformas a pesar de su juventud y presenta como hueco más evidente, nos dice la autora, la regulación de las obligaciones y los contratos en general y los contratos en particular, pues la tarea codificadora todavía no ha culminado. Aquí puede detectar aquí el lector la problemática de la cuestión competencial, como se señala más adelante. Con relación al Código Civil y Comercial de la Nación del 2015 (Argentina), la profesora Sánchez Jordán comienza indicando que se ha unificado la teoría general de obligaciones y contratos civiles y mercantiles e incluido en el Código varios contratos tradicionalmente considerados mercantiles, si bien la existencia de una sustancial legislación especial en la materia hace dudar a algún autor sobre el éxito de esta tarea unificadora. Recalca la autora que se ha logrado tal unificación a diferencia de lo ocurrido en España y el lector podrá comprender, tras la lectura de los trabajos que en este monográfico tocan el tema del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, que contamos con recientes elementos que hacen todavía más imprevisible aventurar si tal unificación tendrá lugar o no en nuestro país. En general, sobre el Código argentino se destaca la apuesta del legislador por la constitucionalización del Derecho privado y, en particular, se recorre la estructura del Código, subrayando las novedades más notables.

La autora, en fin, dedica particular atención al Código Civil chino de 2020, tanto en lo que concierne al proceso codificador iniciado en el año 2014, como en lo relativo a su estructura y contenido, distinguiendo los aspectos vinculables a su doble condición compiladora e innovadora. Con relación a esta segunda faceta, repare el lector en la introducción del principio ecológico en el Código chino y juzgue si le parece o no una adecuada plasmación en las relaciones privadas. Por su parte, la profesora Sánchez Jordán consagra una parte importe del estudio a lo que se considera la principal innovación del Código: la inclusión de un libro autónomo para regular los derechos de

la personalidad. Estima la autora que esta central atención que se concede a la persona se justifica posiblemente por dos motivos. Por un lado, un ánimo por solventar en la medida de lo posible las carencias que presenta la Constitución de China con relación a la protección de los derechos de la persona; de hecho, la autora da cuenta del debate doctrinal que causa la elaboración y contenido de este libro. Por otro lado, un ánimo por dar respuesta a los desafíos que en el ámbito de la personalidad plantea el desarrollo de la tecnología, tanto en el ámbito biomédico, como en el informático.

3. El carácter plurilegislativo del ordenamiento jurídico español determina que, junto a la cuestión sobre la oportunidad de una recodificación civil en general y sobre obligaciones y contratos en particular, se sitúe la pregunta de quién es el legislador competente para acometerla y cuál es el alcance de la reserva exclusiva en todo caso del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales; cuestiones en las que nos centramos M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera y yo mismo.

Confieso que me resulta difícil realizar una aproximación a estos estudios sin ocupar demasiadas líneas, ya que nos encontramos ante una materia muy movediza, marcada por la incertidumbre, que trasciende a lo jurídico y sobre la que se han hecho lecturas muy dispares ante una pila de afirmaciones del Tribunal Constitucional interpretables y maleables sobre un precepto, el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, que es resultado de la falta de entendimiento entre los hacedores del texto constitucional respecto de nuestro sistema plurilegislativo. En este escenario, plasmar ahora de forma fidedigna el hilo conductor de cada trabajo exigiría un excesivo pormenor en la toma de postura de cada autor, lo cual no parece el objetivo de una presentación.

Me contentaré con indicar que entre los dos trabajos hay algo de convergencia en el punto de partida y mucha divergencia en su punto de llegada. En esencia, mientras el discurso de la profesora Gete-Alonso y Calera se encamina a reducir la dimensión de las bases de las obligaciones contractuales con la consecuente eventual ampliación de la competencia del legislador autonómico, por mi parte entiendo que una excesiva reducción de tales bases no sería consecuente con el hecho de que se trata de una de las pocas materias reservadas, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado. Aconsejaría no someter la distancia entre ambos a un juicio de corrección o incorrección. Ante el particular escenario legal y jurisprudencial que tenemos, me parece normal, razonable e inevitable que los discursos se alejen. Una evidencia de que nos encontramos ante una cuestión enquistada es que, a diferencia de lo dispuesto en su versión de 2009, la Propuesta de modernización del año 2023 guarda absoluto silencio en lo que respecta a la cuestión competencial en general y las bases de las obligaciones contractuales en particular.

Gete-Alonso y Calera aborda un análisis técnico-jurídico del concepto “bases de las obligaciones contractuales”. La autora parte, con la debida cautela, de la doctrina sentada en la STC 132/2019 y el amplio reconocimiento de la competencia del legislador civil catalán, pues el inacabado libro VI del Código Civil de Cataluña supera, menos un precepto, el filtro de constitucionalidad. Entiende que tales bases se encuentran esencialmente en torno al consentimiento en obligarse, aunque advierte que no todas

las instituciones que lo rodean pueden ser bases, pues ello podría socavar la competencia de las Comunidades Autónomas. Considera que las reglas generales mínimas e indispensables en torno al objeto probablemente han de tener la consideración de base y muestra ciertas dudas en lo que concierne a la causa y la forma. Detectadas las bases, dice la autora, el legislador autonómico competente debe respetarlas: tenerlas en cuenta, no contrariarlas ni ignorarlas. Además, niega que sean bases los tipos contractuales, las reglas pertenecientes a una determinada categoría de contratos, las reglas generales no exclusivas del contrato o las normas que, en sede contractual, tengan carácter dispositivo.

En lo que a mi estudio respecta, explico por qué renuncio a analizar el concepto "bases de obligaciones contractuales"; concepto al que atribuyo artificiosidad y total falta de arraigo. En definitiva, un término extravagante, como dijo la profesora Gete-Alonso y Calera en el mencionado congreso celebrado en Santiago. No obstante, sostengo que las bases de las obligaciones contractuales, junto a las restantes materias en todo caso reservada en exclusiva al Estado, son una ponderación de la unidad de legislador y legislación como valor. Por ello, entiendo que tales bases no se encuentran en las reglas y principios pertenecientes a lo más inmanente, raíz, fundamento o básico del contrato, sino que atañen a reglas palpables en la cotidianidad del tráfico jurídico y económico. Las primeras son cuestiones tan básicas, desde el punto de vista sustantivo, que estimo que no se justifica que el constituyente las haya querido reservar competencialmente en todo caso al Estado a través de las bases: lo impregnan todo, están siempre presentes. Las segundas, en cambio, en la medida en que son susceptibles de ser mutadas y ofrecer respuestas diferenciadas, quedan sujetas a una buscada regulación uniforme a través de la reserva competencial en favor del Estado. La delimitación negativa de las bases —lo que no son— se me presenta, por tanto, más fácil que su delimitación positiva —lo que son—. Además, al tratarse de una competencia exclusiva del Estado, entiendo que el legislador autonómico con competencias en materia contractual no podría regularlas, ni siquiera reproducirlas.

No quiero dejar de señalar que, en términos prácticos, aunque con las debidas distancias en el plano constructivo, el planteamiento de la profesora Gete-Alonso y Calera es mucho más cercano que el mío al amplio reconocimiento de competencia que se deriva de la STC 132/2019 y, he de añadir, de la STC 157/2021 relativa a la Compilación de Navarra. No obstante, de la lógica legislación básica-legislación desarrollo que el Tribunal Constitucional instaura entre la legislación estatal y autonómica con las bases de las obligaciones contractuales como fulcro de la palanca, parece que se está consolidando un método de evaluación en el que se exige al legislador autonómico que su regulación se corresponda, total o sustancialmente, a la del Estado. En efecto, posteriores sentencias de los años 2022 y 2024, siguiendo la nueva doctrina sobre las bases, niegan la competencia al legislador autonómico, en este caso catalán, por adoptar regulaciones que impactan en el ámbito contractual y que se alejan de la legislación estatal. En su trabajo, la profesora Gete-Alonso y Calera señala que, si se niega la competencia al legislador autonómico en esta materia, el fundamento no se puede encontrar en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución y las bases de las obligaciones contractuales; juzgue

el lector si la cuestión le parece clara o dudosa. Sea como fuere, y tal y como señalo en mi trabajo, de este estado de la cuestión quizás deviene una curiosa doble sensación de amargor. Por un lado, la de quienes no solo creen que se ha llevado la plurilegislación demasiado lejos, sino que, al ver que se vienen a exigir unas legislaciones de contenido similar, se cuestionan de qué vale la plurilegislación en el ámbito contractual. Por otro lado, la de quienes, favorables al reconocimiento de la competencia autonómica en materia contractual, ven que esta no se acompaña por una verdadera libertad en la decisión de su contenido, pues este viene en cierta medida predeterminado por otro legislador.

4. El legislador —competente— que asuma el empeño recodificador, habrá de escoger, entre los procedimientos legislativos posibles, aquel que mejor encauce la naturaleza de la reforma de que se trate.

Crítica con el inmovilismo que, como más arriba se señalaba, puede redundar negativamente en la técnica codificadora, Julia Ammerman Yebra nos recuerda que ya el legislador del siglo XIX preveía el desgaste del código ante el paso del tiempo. Tres de las disposiciones adicionales del Código Civil de 1889 prevén un mecanismo de revisión que la autora llega a calificar de auto-obligación de revisión. No obstante, no consta que dicho plan decenal de revisión se haya puesto en práctica por mucho que la Comisión General de Codificación sí haya planteado diversas reformas. Ante la antigüedad de la regulación del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil y la relevancia de la materia para el tráfico jurídico y económico, la autora se muestra crítica con la posición mantenida en la primigenia versión de la Propuesta de 2009 y conforme a la cual se entendía que la reforma de esta materia era conveniente, pero no estrictamente necesaria. Para la autora, ante las disposiciones adicionales del Código Civil y el tono de la exposición de motivos de la Propuesta de 2023, sí se debe hablar de necesidad.

Para tal cometido, juzga cuál de los tres posibles cauces de reforma sería el más adecuado y, ante una regulación muy técnica como la materia tratada, se decanta por la delegación legislativa; procedimiento cuyos mecanismos de control —fíjese el lector en la particular nota de la autora sobre el discutible límite de la retroactividad— habrían de acallar las críticas, dice la autora, de quienes lo consideran poco democrático. La profesora Ammerman Yebra recuerda que este fue el procedimiento legislativo elegido para la promulgación del Código Civil en 1889 y la reforma de su título preliminar y entiende que varios extremos de sus respectivas leyes de bases y procedimiento de aprobación pueden ser útiles a la hora de analizar la actual Propuesta y su correlativa Propuesta de Ley de bases. En efecto, la Comisión de Codificación visualiza ahora, a diferencia del año 2009, este procedimiento legislativo.

Traída a colación la cuestión de la ley de bases, finaliza la autora su trabajo planteando dos cuestiones: si dicho término podría hacerse equivaler en alguna medida con las bases de las obligaciones contractuales, a lo que responde negativamente, y si la ley de bases en materia de obligaciones y contratos puede llegar a delimitar lo que hayan de considerarse bases de las obligaciones contractuales, a lo que aventura una respuesta positiva. No me resisto a expresar mi opinión en la línea de lo manifestado por la autora.

Procede una respuesta tajante y negativa a la primera pregunta: el término "bases" en una "ley de bases" nada tiene que ver con el de "bases" en las "bases de las obligaciones contractuales" porque dicha ley y sus bases son un mecanismo de relación entre dos órganos cuya actuación conjunta es expresión de un único ejercicio de competencia por el mismo legislador que se estima competente; no se trata de solventar ninguna cuestión de reparto competencial entre varios legisladores. En consecuencia, y con relación a la segunda cuestión planteada, efectivamente, las "bases" de una "ley de bases" para legislar sobre obligaciones y contratos no tienen formalmente encomendada la tarea de formular las "bases de las obligaciones contractuales", pero aquellas primeras bases sí pueden expresar materialmente estas segundas en la medida en que el legislador estatal, al regular con amplitud sobre la mencionada materia, ejercerá su competencia sobre dicho título competencial, lo diga expresamente o no.

Por su parte, Judith Solé Resina relata con pormenor el proceso codificador del derecho civil de Cataluña. Apelando a la reivindicación de la sociedad catalana de disponer un cuerpo normativo completo y propio, distingue las distintas fases en las que se suele dividir la evolución del derecho civil catalán en nuestro período democrático. Desde la integración de la Compilación de 1960 mediante ley del año 1984, pasando por la aprobación de numerosas leyes especiales que comportan derogaciones parciales y modificaciones de la Compilación, a partir de 1998 se fragua el empeño de avanzar hacia un Código Civil completo que elimine la necesidad de la heterointegración mediante el derecho estatal.

La idea básica, como antes se explicaba, es la elaboración de un código abierto en estructura que permita su continua adaptación, tal y como ya se ha hecho, a las nuevas necesidades derivadas del progreso social y del desarrollo científico y tecnológico y a las que se infieren del proceso de europeización del derecho privado sin que se resienta su sistemática. El Código Civil de Cataluña se ha venido conformando, desde el año 2022, mediante la elaboración de una sucesión de leyes seriadas que la autora explica. Ello ha permitido priorizar unas determinadas partes de la regulación en atención a las circunstancias del momento.

Particular atención dedica la autora a la estructura, contenido y proceso de elaboración del libro VI del Código catalán en materia de obligaciones y contratos. Su promulgación en el año 2017 supone la definitiva sustitución de la Compilación y la casi culminación de esa vieja aspiración, señala la autora, de disponer de un texto legal unitario y sistematizado en el que se comprendan la mayor parte de las normas e instituciones jurídicas catalanas. En efecto, el libro VI no está cerrado y se indica que habrá de completarse con la regulación de otros tipos contractuales, las disposiciones generales y las fuentes no contractuales, optándose por dejar fuera la legislación de consumo. Dado que el legislador catalán se muestra hacendoso, tal será una destacada ocasión para ver a qué resultado conduce la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el sistema de reparto de competencias en general y las bases de las obligaciones contractuales en particular. De hecho, en el año 2004, el organismo técnico y de asesoramiento por aquel entonces encargado de realizar los trabajos preparatorios del mencionado libro, alude a las dificultades provenientes de la cuestión competencial. Es de destacar que,

a pesar de la declaración de intenciones efectuada por aquel entonces sobre el ánimo de elaborar una moderna regulación en la materia, lo cierto es que, posteriormente, se prioriza la elaboración de los otros libros del Código catalán.

Tras la pormenorizada explicación del proceso de elaboración del libro VI, se pregunta la profesora Solé Resina si el procedimiento ordinario es el mejor para configurar un cuerpo de la complejidad técnica del Código Civil de Cataluña en términos de tiempo y eficiencia; cuestión que no responde de forma tajante y negativa. Sea como fuere, destacaré entre sus reflexiones el apunte de que la fase más técnica, embrionaria y, por tanto, más importante en la elaboración de la ley, se viene a plantear como una actividad que se añade al quehacer profesional de todos los que integran los órganos técnicos y de asesoramiento, basada fundamentalmente en su voluntarismo, generosidad y vocación. Entiende la autora que las mencionadas son grandes virtudes que, sin embargo, no deberían constituir los cimientos de ningún sistema de producción legislativa.

5. Un aspecto de la Propuesta de modernización de 2023 al que se concede atención en este número monográfico es la opción de dejar fuera de su articulado, y por lo tanto, eventualmente, fuera del Código Civil, la regulación de derecho de consumo; posición que se distancia de la opción seguida por la Comisión General de Codificación en la Propuesta de 2009. Lo dicho, sin embargo, no quiere decir que las relaciones entre empresarios y consumidores estén ausentes en el texto.

Antonia Nieto Alonso dedica atención a la presencia de tales relaciones en la Propuesta a través del recurso de la supletoriedad y la remisión; técnicas por las que niega que las normas generales sobre contratos y las especiales de consumo puedan considerarse compartimentos estancos. Previamente, explica el cambio de orientación entre las dos propuestas y aborda el tema de las reglas de competencia en materia de consumo; cuestión que —si no por compleja, sí por larga— tan solo dejo ahora señalada.

La autora no considera superfluo o redundante, con relación al artículo 4.3 del Código de 1889, que en las disposiciones generales sobre los contratos contenidas en la Propuesta se establezca la aplicación supletoria de esta normativa a los contratos de consumo; estima que ello comporta la inserción, en el marco del código, de aquellas disposiciones que vinculan a un empresario y un consumidor, y presupone que normas decisivas que acogen principios generales adquieran mayor virtualidad al alcanzar a los contratos de consumo. Destaca también qué concretas disposiciones de la Propuesta prevén la exclusión de su aplicación a la contratación con consumidores. Con relación al empleo de la técnica de la remisión, recuerda que, a diferencia de la supletoriedad, supone incorporar en la norma de remisión —el código eventualmente reformado— la norma remitida; remisión que, como debe presumirse y parece aquí más conveniente, califica de externa y dinámica, ante una legislación de consumo motorizada o en cascada, dice la autora, proveniente de la Unión Europea. Finalmente, precisa en el ámbito de las condiciones generales de la contratación —regulación también recortada con relación a la Propuesta de 2009— que, aparte de la remisión —calificada de reforzada— que la Propuesta establece a la legislación especial, también se prevé la aplicación supletoria a esta de la regulación de la Propuesta sobre contratos.

Acerca del debate sobre la integración en un código civil de las reglas especiales de consumo, también se pronuncia Carolina Mesa Marrero considerando que son más evidentes los obstáculos que las ventajas. No obstante, sí se han incorporado en la Propuesta reglas ya existentes en el derecho español y presentes en el derecho de consumo, que sí está actualizado conforme al moderno derecho de contratos por la influencia que en su momento tiene el modelo de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías. Insiste la autora en esta precisión: no se trata de un trasvase de la legislación de consumo al Código Civil, sino de integrar y actualizar este con reglas, figuras e instituciones presentes en el moderno de derecho de contratos, no específicas de la protección de los consumidores y, por lo tanto, susceptibles de generalización en el marco del Código Civil. La autora valora las semejanzas, diferencias y coordinación entre la regulación de la Propuesta y la legislación de consumo en materias específicas como el deber precontractual de informar, la vinculación por la confianza como fuente y método de integración del contrato, el desistimiento, la denuncia de contratos por tiempo indefinido y la figura del incumplimiento y su sistema de remedios.

Sobre la adecuada o dificultosa coordinación y coexistencia entre el derecho de obligaciones y contratos y el de consumo, también se pronuncia Yves Picod dando cuenta de la experiencia francesa. Frente a posibles cuestionamientos, recalca el autor el papel de las reglas generales para proporcionar al derecho de consumo los fundamentos de los que tanto carece, en la medida en que esencialmente se centra esta legislación especial en la protección preventiva del consentimiento del consumidor y en el contenido de las obligaciones del profesional.

La subordinación del derecho de consumo al derecho de obligaciones y contratos es patente en las remisiones implícitas y expresas del primero al segundo. Pero la relación entre ambos también se observa a la inversa, pues el segundo tiene también impacto en la recodificación del primero en los años 2016-2018. El profesor Picod aborda a continuación la interactuación entre ambos, sus distancias, cercanías e influencias, relatando supuestos que denomina de cohabitación bien delicada, bien exitosa. En cuanto a los primeros, destaca las diversas orientaciones y sus justificaciones en torno a figuras relativas a la formación del contrato; la carga y los medios de prueba; o la función del juez, en particular, en la aplicación de controles de oficio. En cuento a los segundos, el autor menciona la consagración en el Código Civil del control de las cláusulas abusivas, siendo por tanto las normas generales a aplicar sin perjuicio de las especiales, y la articulación entre el régimen de la conformidad y el de la garantía por vicios ocultos.

La relación entre las reglas generales del contrato de un Código Civil y la legislación especial de consumo puede verse como expresión particular de la relación de la teoría general del contrato con la regulación de los contratos en especial, esté esta última o no integrada dentro del Código Civil. Eso sí, a salvo del matiz de que una cosa es la relación entre la teoría general y las reglas relativas a una categoría de contratos, y otra distinta su relación con tipos contractuales determinados. Rose-Noëlle Schütz ofrece la visión francesa sobre esta cuestión partiendo de la reforma del *Code* en materia de obligaciones y contratos del año 2016 y los proyectos existentes con relación a la pendiente reforma del Código de 1804 en materia de contratos en especial.

El Código francés cuenta desde su promulgación con una disposición que alude a la coexistencia de la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos y la reforma de 2016-2018 ha precisado cómo se articula esta relación. Se positiviza el principio de subsidiariedad del *droit commun des contrats* desde hace tiempo configurado por la jurisprudencia. Recalca la autora que la regulación del Código Civil no tiene literalmente por objeto fijar el ámbito de aplicación de los llamados *droits catégorials* —normas relativas a una categoría de contratos— y que tampoco ha tenido en cuenta la relación de la teoría general con la regulación *muy* especial de contratos, lo cual le parece criticable.

La profesora Schütz precisa el alcance del principio. Resulta evidente que no es suficiente que exista una regla particular para que la regla general sea descartada: el sistema parte de una aplicación concurrente de la regla general y la especial. De lo que se trata es de resolver un conflicto de reglas incompatibles o antinómicas cuando tienen el mismo objeto; lo cual, tal y como ejemplifica, no es siempre evidente. A continuación, explica cómo los tribunales han aplicado la nueva regulación sobre disposiciones emblemáticas de la reforma, señalando que la jurisprudencia se encuentra en un proceso de consolidación.

Además, destaca la autora que la cuestión de la relación entre la teoría general del contrato y la regulación especial de contratos ha quedado marcada por el fraccionamiento de la recodificación. Según explica, es en el seno del *droit commun* dónde se debe tomar posición sobre esta relación y el derecho especial tan solo ha de seguirla. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. El futuro legislador del derecho de contratos en especial puede seguir de diversas maneras la pauta establecida por el reformador de 2016-2018, pero también puede aprovechar la ocasión para abordar cuestiones propias de la teoría general. La autora da cuenta de cómo los proyectos de reforma franceses sobre el derecho especial de contratos se ajustan a la relación fijada por las reglas generales, pero también cómo a veces la modifican, lo cual se manifiesta de diversas maneras. Así, por ejemplo, señala la autora que el conocido fenómeno del crecimiento en arborescencia del derecho especial, presente en el proyecto de la Asociación Capitant y el de la Comisión Stoffel-Munck, se viene produciendo desde 1804, pero la incursión que este último realiza en la teoría general es un aspecto que juzga reprochable.

6. Una reforma de calado como la que representa la modernización de las reglas generales sobre obligaciones y contratos plantea la delicada cuestión de la eficacia en el tiempo de la ley antigua y la nueva.

El estudio de M.ª Paz García Rubio presta particular atención a las cuestiones de derecho transitorio que plantea la Propuesta de 2023, aunque también se pronuncia sobre muchos de los asuntos mencionados hasta ahora: el agotamiento que causa la cuestión competencial, la adecuación de la delegación legislativa ante una reforma tan técnica, el denso desarrollo y continua actualización del derecho de consumo que justifica la opción de dejar el grueso de su regulación fuera del código o la conveniencia de seguir apostado por la técnica codificadora bajo la *auctoritas* que proyecta el código.

Centrándose en las cuestiones de derecho intertemporal, la autora saca las consecuencias de la opción seguida por la Propuesta: no contar con disposiciones transitorias específicas y llamar a la aplicación de las reglas generales —el artículo 2.3 del Código Civil y sus propias disposiciones transitorias— para interpretarlas *ad hoc*; postura que, según se lee en la exposición de motivos, ha tenido en cuenta el hecho de que muchas de las reglas y principios consagrados en la Propuesta ya venían siendo aplicados por la jurisprudencia al aplicar los preceptos actualmente vigentes. Por tanto, entienden sus redactores, los nuevos preceptos que recojan soluciones ya consolidadas han de aplicarse a las obligaciones y contratos nacidos con anterioridad a la Propuesta. Para no extenderme en exceso ante cuestiones muy técnicas que precisan minuciosidad en la explicación, solo me detendré en las explicaciones de la autora que desmienten la aparente rigurosidad de la aplicación del principio de irretroactividad.

Efectivamente, en una primera aproximación, el mencionado principio que consagra nuestro sistema —como bien remarca la autora, irretroactividad en el sentido civil clásico y no constitucional del término— supondría que la ley antigua continuase aplicándose durante mucho tiempo a pesar de la entrada en vigor de la Propuesta; una suerte de ultractividad de la ley derogada hasta que los actos y contratos creados bajo esta última agotasen todos sus efectos. No obstante, la profesora García Rubio apunta que tal conclusión no tiene por qué ser tan absoluta.

En primer lugar, alude a los casos en que la ley nueva declare expresamente la retroactividad de una norma o así se infiera tácitamente, lo cual, señala la autora, no es descartable en la Propuesta. En segundo lugar, y en atención a la disposición transitoria segunda del Código Civil, la modificación o revocación de actos, contratos o alguna de sus cláusulas, así como el contrato novado o revocado, quedan sometidos a la nueva ley, aunque hayan nacido bajo el imperio de la anterior. Y esto es así, en el supuesto de modificación, aunque el contrato contenga remisiones o reproduzca normas de la antigua ley. En tercer lugar, entiende la autora que la nueva ley también se aplicará a los actos y contratos nacidos antes de su entrada en vigor cuando las nuevas normas vengan a consagrar principios básicos del ordenamiento jurídico que no fueron tenidos en cuenta, o no lo fueron suficientemente, en la legislación derogada aunque la lectura de la mencionada disposición transitoria pudiera hacernos pensar otra cosa; supuesto que ejemplifica con alusión al principio de no discriminación que recoge la Propuesta.

Finalmente, se refiere la autora al supuesto que la propia Propuesta menciona cuando su exposición de motivos explica por qué se ha optado por no introducir reglas de derecho transitorio. Más allá de actos y contratos, que es a lo que la disposición transitoria segunda del Código Civil se refiere para ajustar el principio de irretroactividad, la Propuesta acoge una amplia batería de innovaciones con relación a la letra del Código Civil actual, pero que no lo son respecto a nuestro derecho civil vigente en atención a la interpretación de distintas normas que ya venían haciendo nuestros tribunales —en muchos casos, jurisprudencia en el sentido más estricto del término, recalca García Rubio—. No procede aquí hablar de irretroactividad, ni siquiera barajar una aplicación retroactiva de dichas "novedades", pues solo lo sería en apariencia. La Propuesta no rompe, sino que recoge un derecho vivo; una codificación, como dicen los franceses, *à droit constant* y

directamente aplicable. Cuestión distinta, señala la autora, es si, ante algún punto controvertido de la ley anterior relativo a los efectos pendientes de un contrato nacido con arreglo a dicha ley, sería posible o no tener en cuenta la solución que ofrece la nueva ley; esto es, la Propuesta eventualmente en vigor.

Son las anteriores unas pocas de las distintas dificultades que la autora constata en su trabajo; de ahí que acabe preguntándose si sería conveniente que la eventual reforma de los dos primeros títulos del libro IV del Código de 1889 contase con específicas previsiones de derecho transitorio, tal y como ha hecho, entre otros legisladores, el francés.

Lo cierto es que Éric Savaux comienza su contribución a este monográfico formulando la misma pregunta: la conveniencia o no de un régimen de derecho transitorio específico en el marco de una recodificación del derecho de contratos. Nótese que en sus primeras líneas señala que la importancia del derecho transitorio es casi nula en un caso de codificación *à droit constant*. Es crucial, sin embargo, cuando se rompe en mayor o menor medida con el derecho anterior.

El discurso del autor da cuenta de la peculiaridad francesa. El procedimiento de reforma de las reglas generales sobre obligaciones y contratos se ha hecho a través de dos leyes: la *ordonnance* de 2016 y la ley de ratificación de 2018, que no solo ha modificado alguna de las disposiciones de derecho sustantivo de la *ordonnance* sino también las reglas de derecho transitorio que en su momento esta establece. Según el caso, nos dice el autor, existen, por tanto, dos o tres regímenes a articular; presentándose un sistema de derecho transitorio de indeseable complejidad al que se suma un derecho transitorio jurisprudencial que, en ocasiones, va más allá e incluso en contra de las previsiones legales. En efecto, el autor nos viene a describir una pugna entre la ley y la jurisprudencia por el control del derecho transitorio en materia de contratos; escenario que a continuación me veo obligado a reflejar muy someramente, pues el detalle exigiría demasiadas líneas.

La *ordonnance* de 2016 contiene específicas reglas de derecho transitorio, tanto en general, aplicación diferida de la reforma, como en particular para los contratos: con ciertas excepciones, aplicación del principio de supervivencia de la ley antigua; lo cual, para el autor, no es irretroactividad de la ley nueva, aunque entiendo que sí sería irretroactividad en el sentido civil clásico español.

La cuestión es que, por un lado, dado que la ley de ratificación de 2018 modifica ciertas disposiciones sustantivas de la *ordonnance*, dicha ley introduce específicas previsiones para regular su aplicación en el tiempo. Por otro lado, cuestión en la que sobre todo se centra el autor, se planteó el problema de la aplicación por anticipación de la reforma a la vista del derecho transitorio jurisprudencial existente, es decir, la posible sujeción al nuevo derecho de los contratos celebrados antes de su entrada en vigor, para lo cual la ley de ratificación modificó la regulación de derecho transitorio de la *ordonnance*. Es en este punto donde se desarrolla la mencionada pugna entre ley y jurisprudencia. Dicho muy resumidamente, el legislador de 2018 introduce ciertas disposiciones transitorias que, en la relación entre la *ordonnance* y la ley de ratificación tienen carácter retroactivo,

precisamente para evitar que la jurisprudencia aplique, retroactivamente, ciertas disposiciones del nuevo derecho de 2016 a los contratos surgidos con anterioridad a la *ordonnance*.

No obstante, el legislador no logra plenamente su objetivo, tal y como demuestra el análisis que nos ofrece el profesor Savaux en un orden cronológico para apreciar la evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación. Advierte el autor, observación que procede repetir aquí para no inducir a equívocos al lector, que nos encontramos ante un fenómeno limitado y no a un generalizado distanciamiento de la jurisprudencia con relación a la ley.

El profesor Savaux finaliza su trabajo volviendo a la pregunta inicial: tras el recorrido del muy complejo derecho transitorio francés de contratos, plantea si la opción de la Propuesta española de no adoptar disposiciones transitorias sale reforzada. No se trata de dar una respuesta positiva o negativa en abstracto, nos viene a decir el autor, sino de atender a las circunstancias del ordenamiento y la reforma en cuestión: entre otras, las características del procedimiento de reforma escogido, las fuentes del derecho transitorio o el alcance de los principios generales del derecho transitorio del sistema.

7. Me resta por presentar los dos trabajos que introducen la perspectiva de derecho internacional e interregional privado; afirmación que he de matizar inmediatamente con relación al contenido del primero de los artículos que paso a mencionar.

Albert Font i Segura retoma la cuestión de plurilegislación civil española en materia de obligaciones y contratos. Aunque sí se pronuncia al respecto como paso previo, su objetivo no es centrarse en la determinación del alcance de la competencia y del legislador competente ni tampoco aborda cuestiones de derecho interregional privado. Su estudio pone en evidencia otras dificultades: las que la plurilegislación encuentra en supuestos meramente internos; esto es, cuando todos los elementos están vinculados con el territorio de una comunidad autónoma con derecho civil propio. La configuración y estructura de nuestro sistema condiciona la visibilidad y la incidencia de la plurilegislación civil en la práctica judicial.

En supuestos meramente internos, la pluralidad civil española está siempre presente en autonomías con derecho civil propio, no así en aquellos supuestos sometidos al derecho estatal, y cabe detectar dificultades en la aplicación del derecho civil autonómico correspondiente. En ocasiones, el tribunal recurre a normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales para justificar la aplicación del derecho autonómico, como si hubiese de buscarse un argumento reforzado en su aplicación frente al derecho civil estatal, que es territorial, pero a su vez general. Sin embargo, en ausencia de conflicto de leyes, no parece esta la opción más adecuada y procede la aplicación natural e inmediata del derecho autonómico en cuestión, como también demuestra la práctica judicial. Particulares dificultades se presentan cuando las partes del litigio fundamentan sus posiciones en el derecho civil equivocado. Describe el autor una tensión entre el principio *iura novit curia* y el principio de congruencia; disputa en la que, para evitar indefensión, se sostiene la aplicación del derecho civil erróneo e inicialmente invocado en el proceso. Destaca críticamente el autor que, a diferencia de lo que sucede en

supuestos interregionales, donde se asegura que el juez encauce de oficio el derecho civil verdaderamente aplicable, no hay mecanismo semejante para los supuestos puramente internos.

Finalmente, el autor se adentra en la combinación de la dualidad civil-mercantil y el binomio pluralidad-uniformidad. Dicho muy brevemente, se pregunta si el derecho que ha de suplir las lagunas del derecho mercantil contractual se integran con el derecho civil español que corresponda aplicar, sea este el estatal o el autonómico, o con el derecho civil estatal. Entiende el autor que la remisión se efectúa al derecho que corresponda; parecer que refrenda la práctica de la jurisdicción ordinaria. Pero si se introduce la perspectiva competencial, la cuestión no está tan clara. Si se hace una interpretación extensiva del artículo 149.1.6.ª de la Constitución que restrinja la virtualidad del ordinal octavo del precepto y el sistema que consagra —repara el autor en las dudas que genera en particular la STC 157/2021—, acaso se quiera forzar la aplicación del derecho civil estatal "vestido" de derecho mercantil.

Desde el punto de vista competencial, la dualidad civil-mercantil sigue sin estar clara. Es más, me pregunto si acaso podríamos decir que no está del todo clara la tríada civil-mercantil-consumo. Pero los tres autores que abordamos la cuestión de la plurilegislación civil en este monográfico creemos que la unidad de mercado carece de sustantividad propia o reconocimiento normativo como elemento del reparto de competencias en materia obligacional y contractual. Se podrá dudar al respecto y, en efecto, existen opiniones contrarias. Por su parte, el profesor Font i Segura realiza un apunte sugerente: si de la unidad de mercado se quiere hablar, la pluralidad como tal no la compromete, ni aquella implica uniformidad absoluta. Lo que requiere es que existan reglas claras que permitan a las partes conocer de antemano qué derecho se aplicará a cada contrato.

El autor realiza una reflexión que me permito generalizar: existe una distinta sensibilidad con la que se afronta la pluralidad legislativa civil, dependiendo de si se tiene o no contacto con ella. Y me resulta curioso observar cómo dicha percepción también se traslada a la terminología que utilizamos: desde una perspectiva técnica y según el contexto —por ejemplo, supletoriedad, competencia o territorialidad—, confrontar el derecho (o código) estatal con el autonómico, el común con el especial, el español con el autonómico, el español con el gallego o el estatal con el catalán, puede resultar correcto o incorrecto.

Para terminar, el artículo de Javier Maseda Rodríguez ofrece una panorámica general de la estructura, condiciones de aplicación y aplicación de las reglas del Reglamento Roma I determinantes de la ley aplicable a los contratos internacionales, y lo hace mediante el análisis de más de doscientas resoluciones judiciales españolas de las que extrae pautas de comportamiento. Tras abordar ciertos problemas previos que aparecen en la práctica judicial española antes de enfrentarse a la aplicación del citado reglamento —un ocasional confusionismo cuando se recurre a un régimen de ley aplicable para dar respuesta a un problema de competencia, la necesidad de tener que aclarar ante alegaciones de parte el carácter del reglamento como derecho de obligado conocimiento

o la cuestión de la previa identificación de los elementos relevantes para saber si el asunto es interno o internacional— el autor abordar el tratamiento de dichas condiciones de aplicación. A destacar, ciertas inexactitudes en torno a los criterios temporales de aplicación, ocasional confusionismo en torno al carácter universal del reglamento o una evolución positiva en la articulación de la convivencia del reglamento con otros textos relevantes en la materia, en particular, con convenios de derecho uniforme.

El autor analiza también cómo se manifiesta y los requisitos que la práctica judicial exige para el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual —atiende principalmente a cuestiones de fondo— ya sea de forma expresa o tácita. Destaca el autor cómo las peculiaridades del sistema español en el tratamiento del derecho extranjero pueden llevar a cierto confusionismo sobre la existencia de una sumisión tácita en favor de la ley española. También explica cómo se suele ejercitar la autonomía de la voluntad material, destacando la presencia de los Princopios UNIDROIT o la *lex mercatoria*, en el marco de un ordenamiento nacional previamente determinado como *lex contractus* —bien a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, bien, en su ausencia, por las reglas reguladoras de la selección de la ley aplicable en defecto de pacto— que, como explica el autor, fija los límites de la autorregulación de los contratantes.

Posteriormente, el autor presta atención a las reglas de determinación de la ley aplicable en defecto de pacto previstas en el Reglamento Roma I, emitiendo un juicio general positivo de la práctica judicial española y señalando que suele ser relativamente frecuente recurrir a los vínculos más estrechos antes que al catálogo de las ocho reglas especiales creadas en función del tipo contractual. Señala el autor que no ha encontrado casos en que se aplique la regla general basada en la prestación más característica. Finalmente, tras abordar la aplicación por parte de la práctica judicial analizada del recurso a las leyes de policía, el autor se para en el manejo por parte de los tribunales de las reglas especiales del reglamento respecto a determinados tipos de contratos, como de transporte, consumo y, sobre todo, de trabajo. Este último es uno de los sectores donde existe mayor aplicación del Reglamento Roma I con relación a trabajadores que prestan sus servicios en la compañía Ryanair, en dependencias extranjeras del Estado español, como embajadas o consulados, o en barcos en altamar.

8. Llegados a este punto, y temiendo haberme alargado en exceso en esta presentación, tan solo me queda realizar un lacónico agradecimiento al equipo editorial del *Boletín* por acoger la iniciativa de este número monográfico, así como a todos los autores que han tenido a bien participar en él. Gracias.

¿ES TIEMPO DE CODIFICAR?*[1]

VINCENZO BARBA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Roma La Sapienza

RESUMEN

El artículo analiza la evolución y relevancia del Código Civil, destacando su papel como base del derecho privado. Explora la diferencia entre los códigos civiles de primera y segunda generación, resaltando su contexto histórico y funciones específicas. Además, discute los desafíos contemporáneos, como la regulación de nuevas tecnologías, la sostenibilidad y la justicia social. Propone la recodificación como una solución para adaptar el derecho a los cambios globales y tecnológicos, manteniendo coherencia y flexibilidad. Finalmente, subraya la importancia de una Comisión de Codificación permanente para garantizar una reforma continua y eficaz del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE

Codificación; descodificación; recodificación; Código Civil; derechos humanos.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 7-3-2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: M.ª P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez).

IS IT TIME TO CODIFY?

ABSTRACT

The article examines the evolution and significance of the Civil Code, highlighting its role as the foundation of private law. It distinguishes between first- and second-generation civil codes, emphasizing their historical context and specific functions. The text addresses modern challenges, such as regulating new technologies, sustainability, and social justice. It advocates for recodification as a way to adapt law to global and technological changes while ensuring coherence and flexibility. Lastly, it emphasizes the importance of a permanent Codification Commission to ensure continuous and effective legal reform.

KEYWORDS

Codification; decodification; recodification; Civil Code, human rights.

SUMARIO

1. Planteamiento 26

2. ¿Qué es un código civil? 28

3. Los códigos civiles de primera y de segunda generación 33

4. La descodificación 39

5. Constitucionalización de los códigos civiles de primera generación 44

6. El intento de superar la descodificación. La vuelta a los códigos y el experimento de su modernización 47

7. ¿Cuáles son los retos de un código civil en la actualidad? 51

8. ¿Debe el derecho de los consumidores integrarse en el Código Civil? 54

9. ¿Es justificable mantener un Código de Comercio separado del Código Civil? .. 58

10. Técnicas legislativas coherentes con un código civil contemporaneo 62

11. El papel de los organismos públicos para la modificación de un código civil 66

12. Reflexión sobre la Reforma de las Obligaciones y Contratos: Ley Especial contra Código Civil 68

13. Conclusiones 73

Bibliografía 75

1. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo tiene como objetivo analizar de manera crítica y estructurada la evolución histórica, la relevancia contemporánea y las perspectivas futuras del Código Civil. Desde las primeras líneas, se establece un hilo conductor que une cada uno de los apartados, permitiendo comprender no solo la evolución del Código Civil, sino también las profundas razones y desafíos que subyacen a la necesidad de una recodificación en el siglo XXI.

Se inicia con una reflexión esencial sobre la naturaleza del Código Civil, presentándolo no solo como un conjunto de normas jurídicas, sino como un verdadero instrumento de interpretación de la realidad social en clave jurídica. A partir de esta premisa, se examina la histórica distinción entre los códigos civiles de primera y segunda generación, poniendo de relieve cómo cada uno de ellos respondió a las exigencias de su tiempo, desde la consolidación del Estado nación y la seguridad jurídica en la era de la Ilustración, hasta la adaptación a los derechos humanos, la justicia social y la flexibilidad normativa en la contemporaneidad.

El ensayo avanza luego hacia el análisis del proceso de descodificación, un fenómeno que, si bien permitió una especialización normativa en áreas complejas como el derecho de consumo y el derecho de la tecnología, también generó una fragmentación del ordenamiento jurídico. En este contexto, se plantea la recodificación como una posible solución para restaurar la coherencia y unidad del sistema legal, abogando por un código de tercera generación, flexible y adaptativo, capaz de enfrentar los retos globales y tecnológicos actuales.

Una sección especialmente significativa se dedica a la constitucionalización del derecho civil, donde se muestra cómo la penetración de los principios constitucionales en la interpretación de las normas civiles ha transformado profundamente el ordenamiento jurídico, alineándolo con los valores de dignidad humana y equidad. Este aspecto conecta con el análisis de los intentos de modernización de los códigos civiles europeos, ofreciendo una perspectiva crítica y comparativa de las experiencias de países como Alemania, Francia, España e Italia.

En las últimas secciones, el ensayo aborda cuestiones candentes y polémicas, como la oportunidad de integrar el derecho de los consumidores dentro del Código Civil y la justificación de mantener un Código de Comercio separado. Se exploran las razones históricas y dogmáticas detrás de estas decisiones normativas, sopesando las ventajas de una legislación especializada y flexible frente a la coherencia y estabilidad que ofrece una codificación unificada. Estas reflexiones se complementan con un estudio detallado de las técnicas legislativas adecuadas para un Código Civil contemporáneo, valorando la elección entre un enfoque normativo detallista y un enfoque basado en principios generales y cláusulas abiertas.

Finalmente, el trabajo concluye subrayando la importancia de una Comisión de Codificación permanente como órgano esencial para garantizar una reforma continua, eficaz y adaptada a los cambios sociales, económicos y tecnológicos. Esta propuesta se presenta

no solo como un mecanismo técnico, sino como una verdadera apuesta por un derecho civil vivo, en constante diálogo con la realidad y capaz de ofrecer respuestas justas y equitativas a los desafíos de una sociedad en transformación continua. Así, el ensayo pretende tejer un relato lógico y cohesivo que invita al lector a una reflexión sobre el presente y el futuro de la codificación en el derecho privado.

2. ¿QUÉ ES UN CÓDIGO CIVIL?

Preguntarse hoy si es momento de codificar exige, en primer lugar, entender qué es un Código Civil y, por tanto, a través de la historia de la codificación cuál debe ser hoy su función. Elegir entre seguir codificando o recurrir a la legislación especial, técnica legislativa típica del proceso conocido como descodificación, no es una elección arbitraria, sino una consecuencia de la función que hoy asignamos al derecho común.

La palabra "código", si acudimos a la RAE, adquiere varios significados, en este caso seis, algunos de los cuales parecen más coherentes con la idea o prejuicio que el jurista tiene de un código, mientras que los otros parecen alejarse de ella. Sin embargo, reflexionando más despacio, es fácil darse cuenta de que los otros significados también tienen relevancia y probablemente ayudan a comprender la función de un código. Las acepciones primera, segunda y quinta aluden, en concreto, a la idea que los juristas tienen de un código: "1. Conjunto de normas legales sistemáticas que regulan unitariamente una materia determinada; 2. Recopilación sistemática de diversas leyes; 5. Conjunto de reglas o preceptos sobre cualquier materia". Las acepciones tercera y cuarta aluden, en cambio, a otro significado relacionado con la forma en que se emite y se entiende un significado: "3. Combinación de letras, números u otros caracteres que tiene un determinado valor dentro de un sistema establecido; 4. Sistema de signos y de reglas que permite formular y comprender mensajes secretos". De ahí se puede deducir que un código es también algo que permite descifrar una determinada realidad. Por último, la sexta, que ha caído en desuso, se refiere al concepto histórico de "código", aludiendo a "libro manuscrito de cierta antigüedad".

Si reflexionamos sobre las distintas acepciones que adquiere la palabra "código", es fácil comprobar que proporcionan una primera aproximación al concepto. El código, que tiene una historia muy antigua, ya que los primeros se remontan a milenios antes de Cristo[2], hoy en día puede considerarse básicamente como un conjunto de normas

2. Los primeros códigos en la historia son textos fundamentales que marcaron el inicio de la codificación de leyes. A continuación, se presentan algunos de los más antiguos y destacados: a) Código de Ur-Nammu (c. 2100-2050 a. C.): Procedente de Sumeria, es el código de leyes más antiguo conocido. Fue promulgado por el rey Ur-Nammu de Ur y contiene disposiciones sobre temas como el matrimonio, el esclavismo y las lesiones corporales; b) Código de Lipit-Ishtar (c. 1930 a. C.): Otro código sumerio, creado por Lipit-Ishtar, rey de Isin. Incluye leyes sobre la herencia, el matrimonio y los derechos de propiedad; c) Código de Eshnunna (c. 1930 a. C.): Originario de la ciudad de Eshnunna en Mesopotamia, este código aborda aspectos como los precios, salarios y las sanciones por daños; d) Código de Hammurabi (c. 1754 a. C.): Uno de los códigos más conocidos y completos de la antigua Mesopotamia, creado por el rey Hammurabi de Babilonia. Contiene leyes que cubren temas como el comercio, la familia, el trabajo y las penas por delitos; e) Código Hitita (c. 1650-1500 a. C.): Procedente del imperio hitita, incluye leyes sobre el derecho penal, la esclavitud y los daños a la propiedad; f) Ley de las Doce Tablas (c. 450 a. C.): El primer código de leyes romano, grabado en doce tablas de bronce. Establece principios fundamentales del derecho romano y abarca temas como la propiedad, la familia y el derecho penal. Estos códigos antiguos reflejan las necesidades y estructuras de las sociedades de la época, proporcionando una base para el desarrollo posterior de sistemas legales más complejos.

destinadas a regular una determinada materia. Además, por su potencial carácter sistemático, el código es un instrumento que también permite interpretar jurídicamente la realidad, es decir, codificar la realidad social en términos jurídicos.

Sentadas esas premisas, y limitándonos a la experiencia contemporánea, podemos decir que un código es una compilación sistematizada y exhaustiva de normas legales que regula un área específica del derecho[3]. Su valor radica en la coherencia, claridad, seguridad jurídica, accesibilidad, uniformidad y eficiencia que aporta al sistema legal[4]. Los códigos facilitan la comprensión y aplicación de las leyes, promueven la estabilidad y la previsibilidad en las relaciones jurídicas y permiten una evolución ordenada del derecho, adaptándose a las necesidades cambiantes de la sociedad; porque, no se debe olvidar, como he señalado, que es la realidad social la que informa al código.

Lo dicho sobre el código en general, interesa al civilista en particular, que cuenta en su acervo con la fija presencia del código civil como conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones privadas entre personas, ya sean físicas o jurídicas.

Nadie duda de que el Código Civil tiene o ha tenido una importancia fundamental, hasta el punto de que se considera un fundamento del sistema jurídico general. Baste decir que Carbonnier estima que "la verdadera Constitución de Francia fue el Código Civil. En

---

3. Como subraya CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Pamplona (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, p. 49, en este caso nos estamos refiriendo a un concepto formal y no a un concepto histórico. El primero adquiere significado solo dentro del marco de una realidad determinada y carece de sentido, llegando incluso a volverse confuso, si se pretende aplicar a otros contextos históricos. Un concepto formal, en cambio, es fruto de una abstracción que busca dar lugar a estructuras de comprensión capaces de explicar el fenómeno más allá de su dimensión histórica. Sobre la base de estas consideraciones, agudamente desarrolladas por Ana Cañizares Laso, es fundamental distinguir siempre entre el concepto de "código" como concepto histórico de una época determinada y el concepto de "código" como concepto formal, entendido como una categoría del pensamiento que permite ordenar una pluralidad de lo real. En el mismo sentido, ya MARTÍN OVIEDO, J. M., "Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil,* LXIII, 2010, p. 210, distingue dos significados de codificación: uno como fenómeno histórico del siglo XIX, influido por el iusnaturalismo racionalista y el liberalismo burgués, y otro como técnica de sistematización y actualización del derecho positivo.

4. AZARA, A., "Codice", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, Utet, 1964, p. 384 s.: "Nel linguaggio giuridico, di cui dobbiamo qui occuparci, "Codice" significa, in generale, una raccolta, un corpo di leggi, che contiene tutto o la maggior parte delle norme giuridiche, le quali disciplinano una determinata materia e che sono nel Codice sistematicamente disposte in un tutto organico in modo che ne sia più agevole alla ricerca e più facile la interpretazione punto è necessario, pertanto, che dal Codice sia eliminato il troppo e il vano riducendosi le disposizioni al numero strettamente indispensabile per fissare le regole, per le quali è da prevedere una lunga durata con un'applicazione al maggior numero di soggetti di un determinato ordinamento giuridico; ma occorre, al tempo stesso, evitare con molta cura le omissioni, e dare, infine, alle norme chiarezza e precisione tecnica perché i cittadini, da un lato, possono conoscere i propri diritti e i limiti di essi, e i giudici, dall'altro, possono applicare la legge determinando con minore difficoltà chi fra i litiganti abbia ragione e chi abbia torto".

él se recogieron las ideas en torno a las cuales la sociedad francesa se constituyó a partir de la Revolución"[5].

Sin embargo, a la vista de esta observación, hemos de considerar que, desde un punto de vista puramente formal, el Código Civil es, generalmente, una ley ordinaria[6], de modo que nos encontramos con esta singular anomalía: desde un punto de vista formal, es una ley ordinaria, no diferente de cualquier otra ley, pero desde un punto de vista sustantivo, tiene una importancia mucho mayor.

Cabe preguntarse a qué se debe esta especial importancia sustantiva que parece casi ligada a la propia idea, como si fuera la única palabra "código" capaz de atribuir a este conjunto de normas un rango y una importancia superiores a los que formalmente debería asumir, como si —por lo que acabo de decir— la palabra "código" fuese un término irrenunciable para elevar la trascendencia de la ley ordinaria por mucho que, llamándola o no "código", sigua siendo ley ordinaria.

La razón de ello es puramente histórica y se debe a la codificación del siglo XIX, que podemos definir como la primera generación de códigos civiles, es decir, aquel proceso en el que el Código Civil se convirtió no solo en el instrumento constitutivo y fundacional de los nuevos estados europeos, que se estaban formando laboriosa y, en ocasiones, sangrientamente, y no solo el instrumento de construcción de un nuevo ordenamiento jurídico deseado por la burguesía, que necesitaba reglas estables para garantizar el tráfico jurídico[7], sino también y, sobre todo, un instrumento para interpretar la realidad y todas las demás leyes y códigos colaterales.

Aunque el Código Civil sea una ley ordinaria en términos formales y jerárquicos dentro del sistema legal de un país, su importancia radica en su integralidad, sistematización, claridad, estabilidad jurídica y capacidad de adaptación[8]. Actúa (o debería actuar) como un pilar central del ordenamiento jurídico, proporcionando un marco normativo esencial

---

5. CARBONNIER, J., *Le Code Civil. Lívre du Bícentenaire,* Paris, Dalloz, 2004, p. 24.

6. Nada impediría que cualquier constitución lo conformara como una ley reforzada (orgánica o de otro tipo). De hecho, en España, el Código Penal es una ley orgánica porque afecta a derechos fundamentales. En cambio, en Italia, incluso el Código Penal es una ley ordinaria.

7. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, p. 22, destaca que la codificación civil es producto de la burguesía liberal, especialmente tras la Revolución francesa, sustituyendo el feudalismo del Antiguo Régimen. La burguesía, guiada por la razón, el afán de lucro y el dominio económico, moldea los códigos con principios como la propiedad ilimitada, la libertad contractual y el individualismo. Estos códigos reflejan la moral jansenista y la nueva ética del orden burgués, ejemplificada en el Código Civil francés, modelo para otros códigos europeos. Además, critica la "paz burguesa", que bajo la apariencia de igualdad, servía solo a una élite, mientras las clases bajas quedaban relegadas a un orden formal y distante.

8. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Navarra, Civitas, 2015, p. 96.

para regular las relaciones privadas de manera coherente y predecible[9]. Esta función distintiva y amplia del Código Civil justifica su posición y su relevancia más allá de una ley ordinaria común y corriente.

Un código es mucho más que un simple conjunto de normas legales y ello se aprecia desde diversas perspectivas, algunas de las cuales son las siguientes[10].

Formalmente proporciona un marco sistematizado y accesible para el derecho privado, estructurando de manera coherente las reglas que regulan las relaciones entre individuos y entidades. Este marco organizado permite a los ciudadanos y a los profesionales del derecho entender y aplicar las normas con mayor facilidad y consistencia, asegurando que las interacciones privadas se desarrollen dentro de un contexto legal claro y predecible.

Sustancialmente, el Código Civil define y regula los derechos y obligaciones de las personas en sus relaciones privadas. Establece las bases para la propiedad, los contratos, las obligaciones, la familia y las sucesiones, entre otros aspectos. Al hacerlo, no solo protege los intereses individuales, sino que también equilibra las interacciones sociales, garantizando que los derechos de unos no perjudiquen los de otros. De esta manera, crea un entorno de seguridad jurídica donde las personas pueden planificar y gestionar sus asuntos privados con la confianza de que sus derechos están protegidos y sus obligaciones claramente definidas.

Políticamente, el Código Civil refleja la voluntad del Estado de promover el bienestar y la justicia social mediante la regulación de las relaciones privadas. A través de sus disposiciones, el Estado interviene en la esfera privada para asegurar que se respeten principios fundamentales como la igualdad, la equidad y la protección de los más vulnerables. Por ejemplo, incluye normas que protegen a los sujetos más vulnerables, como los menores de edad; regulan las relaciones civiles; y aseguran el acceso a la justicia. De esta manera, el Código Civil no solo ordena las relaciones privadas, sino que también contribuye a la cohesión social y al desarrollo de una sociedad más justa.

Culturalmente, el Código Civil no solo es una manifestación de los valores, principios y tradiciones de una sociedad, sino que también moldea y condiciona la manera en que se desarrolla el razonamiento jurídico. Refleja la identidad y la evolución histórica de la

---

9. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, p. 22: "Con el planteamiento descrito estaríamos ante un verdadero Código en el sentido propio o fuerte del término: un texto jurídico integral, innovador, en el que estarían fijados los principios informadores del sistema jurídico patrimonial, plasmados en este momento, pero con vocación de permanencia".

10. ROCA I TRÍAS, E., "Constitución y Códigos. Los especiales problemas de la Codificación civil", *En pro de la regeneración política de España*, (coordinadores E. Arnaldo Alcubilla y P. González Trevijano), Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, p. 850 y ss.: "Un Código es un producto de la soberanía política, es un producto cultural, es un producto técnico y, finalmente, es propio de una determinada época".

comunidad que lo adopta, encapsulando las experiencias, creencias y aspiraciones colectivas en sus disposiciones normativas. Las reglas sobre la familia, la propiedad y las obligaciones contractuales, por ejemplo, revelan cómo una sociedad valora las relaciones personales, protege el derecho a la propiedad y fomenta la confianza en los acuerdos. Además, la estructura normativa del código influye directamente en el tipo de interpretación jurídica que se considera más adecuada, estableciendo un marco dogmático[11] que orienta no solo la aplicación del derecho, sino también su comprensión y desarrollo[12]. Así, el Código Civil actúa no solo como un instrumento regulador, sino también como un narrador silencioso de la historia y la identidad de la sociedad a la que sirve.

En resumen, el Código Civil es una herramienta multifacética que, formalmente, organiza el derecho privado de manera accesible; sustancialmente, define derechos y obligaciones; políticamente, refleja la intención del Estado de fomentar el bienestar y la justicia; y culturalmente, expresa los valores y la evolución histórica de la sociedad.

11. Sobre la importancia de la dogmática civil como herramienta que proporciona un marco conceptual sólido que permite la evolución del derecho mercantil sin caer en la fragmentación normativa, v. PALAO UCEDA, J., "Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2024, n.º 804, p. 2008 ss.

12. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", Delgado Echeverría, J.; Rams Albesa, J. J., *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, p. 54.

3. LOS CÓDIGOS CIVILES DE PRIMERA Y DE SEGUNDA GENERACIÓN

Los códigos civiles, aunque en términos generales han desempeñado la función fundamental de ordenar y sistematizar las reglas de las relaciones entre particulares, y más allá de que su valor radica en su potencial coherencia, seguridad jurídica y, sobre todo, accesibilidad[13], han desempeñado funciones diferentes, dependiendo del periodo histórico[14]. Como consecuencia, las múltiples facetas a las que se acaba de hacer referencia se podrán observar en las siguientes líneas, se han expresado históricamente de formas distintas.

Limitándonos a la época moderna[15], que coincide con la formación de los Estados europeos, es posible distinguir entre los códigos civiles de primera generación, que son los códigos decimonónicos, entre los que se encuentran el Código Civil francés de 1804, el Código Civil italiano de 1865 y de 1942, el Código Civil Alemán (BGB) de 1896 y el Código Civil español de 1889[16]; y los códigos de segunda generación de mitad de siglo

---

13. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", *op. cit.*, p. 20: "La Codificación es un sueño dorado del Humanismo, una creación filosófica del racionalismo de los siglos XVII y XVIII y una realidad que aún goza de buena salud engendrada por la burguesía liberal decimonónica".

14. Para una síntesis de la codificación francesa, alemana e iberoamericana, MARTÍN OVIEDO, J. M., "Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado", *op. cit.*, p. 211 ss.

15. AZARA, A., *op. cit.*, p. 385, destaca que el movimiento de codificación, en su sentido moderno, comenzó y se desarrolló gradualmente a partir de la segunda mitad del siglo XVII. El primer Código Civil europeo del que se puede hablar concretamente fue el Código Civil de Dinamarca, promulgado en 1683 por el rey Cristián, con vigencia también en Noruega e Islandia, aunque luego fue modificado por leyes posteriores. En Piamonte, Víctor Amadeo II compiló en 1723 las *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, actualizadas por Carlos Manuel III en 1770, y que estuvieron en vigor en el Reino de Cerdeña hasta la promulgación del llamado Código Feliciano el 16 de enero de 1808. En Suecia se promulgó un Código Civil en el siglo XVIII, seguido por otro en Baviera en 1756 y uno más en Prusia en la misma época. Paralelamente, José II de Austria promulgó en 1786 la primera parte del derecho de familia de un Código Civil cuyo proyecto había sido estudiado por una comisión legislativa desde 1753, bajo el reinado de María Teresa. Sin embargo, estos códigos mantenían en mayor o menor medida las leyes locales y costumbres que limitaban su aplicación uniforme. Fue solo durante la Revolución Francesa cuando se consolidó la idea del código como un sistema exclusivo, general y aplicable a todos los ciudadanos, superando el caos normativo que resultaba de la coexistencia de leyes escritas y consuetudinarias, a menudo contradictorias y desiguales.

16. La codificación en España se inicia con la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo artículo 258 establecía: "Se formará un Código Civil y un Código Criminal común para toda la Monarquía". Este mandato reflejaba el ideal de unificación legislativa bajo un solo Código Civil. En 1843 se crea la Comisión General de Codificación, pero los primeros intentos de codificación integral, como el Proyecto del Código Civil español de 1851, influido por el Código Napoleónico, no llegan a aprobarse. Sin embargo, se promulgan leyes sectoriales relevantes, como la Ley Hipotecaria de 1861, el Código Penal de 1870 y el Código de Comercio de 1885. Un paso decisivo es la Ley de Bases de 1888, que establece un método gradual para la codificación. Esta ley permite aprobar el Código Civil de 1889, mediante la técnica de integrar las leyes preexistentes y respetar los derechos forales en sus disposiciones adicionales. El artículo 12 del Código Civil consagraba este equilibrio, estableciendo,

XX como el Código Civil de Quebec (1994), el Código Civil de Rusia (1994), el Código Civil de los Países Bajos (1992) y el Código Civil de Cataluña (2002).

Los códigos civiles de primera y segunda generación presentan diferencias significativas en cuanto a su contexto histórico, sus principios fundamentales y sus funciones dentro del sistema jurídico y la sociedad. A continuación, se detallan las características y diferencias, así como su importancia en sus respectivos contextos históricos[17].

---

antes de su modificación, que las disposiciones del código solo se aplicarán supletoriamente en los territorios con derecho foral propio.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil y derechos civiles forales", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 2020, p. 9 ss. Para un análisis detallado sobre la historia de la codificación española, desde el Proyecto del Código Civil español de 1851 hasta la promulgación del Código Civil de 1889, así como sobre las auténticas y concretas dificultades que surgieron a lo largo de casi cuarenta años de historia, y el exhaustivo y valioso ensayos de MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., "La codificación civil en España: (síntesis de un proceso)", *Revista de Derecho Privado*, 1981, n.º 1, p. 1083 ss.; ROMÁN GARCÍA, A., "Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho civil", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, (coordinador A. Cabanillas Sánchez), vol. I Semblanzas. Derecho civil. Parte general, Madrid, Civitas, 2002, p. 909 ss. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", *op. cit*., p. 23 ss. afirma que el Código Civil español de 1889 se presenta como una confluencia entre la mentalidad bucólica y el orden burgués, estableciendo cinco órdenes fundamentales: el orden racional, el orden bucólico, el orden de la dorada medianía, el orden jurídico preeminente y el orden burgués. Tomás y Valiente describe la codificación civil española como "la larga historia de una frustración", subrayando el prolongado proceso histórico que culminó en el valor cuasi constitucional de los códigos civiles.

17. Según DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2024, n.º 61, p. 72 s., debemos considerar como códigos de segunda generación aquellos aprobados a partir de la mitad del siglo pasado, lo que incluye al Código Civil italiano de 1942, al portugués de 1966, al holandés de 1992 y al de Quebec de 1994. La autora afirma en la página 72: "Ello se debe a que, a finales del siglo XX y principios del presente, «es necesaria la modernización en el marco de la técnica codificadora, como lo demuestran las sucesivas reformas de algunos cuerpos legales», como la Ley de modernización del BGB de 2002, el Código Civil húngaro de 2013, el Código Civil argentino de 2014 y, en nuestro país, el Código Civil de Cataluña y el Código de Derecho Foral de Aragón". Dado que determinar si un código debe considerarse de primera o segunda generación es una cuestión puramente estipulativa, en este trabajo he preferido trazar una línea diferente. Considero que deben entenderse como códigos de segunda generación aquellos elaborados posteriormente al afianzamiento de los derechos humanos, tanto a través de las constituciones nacionales como mediante las convenciones internacionales. Desde esta perspectiva, pertenecen a esta categoría aquellos códigos que asumen que el valor fundamental no debe ser la propiedad, la empresa y la iniciativa económica, sino la persona humana y su dignidad. Manteniendo la idea de la autora y, por lo tanto, distinguiendo entre códigos de primera generación y códigos de segunda generación, tomando como punto de inflexión la mitad del siglo pasado, se podría decir que ahora nos encontramos ante códigos de tercera generación.

Los códigos civiles de primera generación surgieron en el contexto de la Ilustración y las revoluciones burguesas[18] con el objetivo de consolidar el Estado nación y establecer un sistema jurídico coherente y uniforme. Estos códigos fueron productos de un periodo en el que la racionalidad y el orden eran altamente valorados, buscando reflejar esos ideales[19] en el ámbito del derecho[20].

En cuanto a los principios fundamentales, los códigos civiles de primera generación se caracterizaron por su racionalidad y sistematicidad. Inspirados en la racionalidad ilustrada, estos códigos se diseñaron para ordenar el derecho de manera lógica y coherente. Se basaban en ideas de "derecho natural y justicia universal", lo que les daba un carácter normativo fuerte y una pretensión de universalidad. Además, se enfocaron en la protección de la propiedad privada[21] y la libertad contractual, reflejando los intereses de una sociedad predominantemente agraria y mercantil. La propiedad privada, entendida como un derecho fundamental e inviolable, se erigía en un baluarte de la estabilidad social y económica, garantizando a cada ciudadano la posibilidad de disponer de sus bienes con plena libertad y seguridad jurídica. De igual manera, la autonomía negociadora permitía a las partes establecer libremente el contenido de sus acuerdos, siempre que no contravinieran el orden público o las buenas costumbres, promoviendo un modelo de sociedad donde la iniciativa privada y la confianza en el mercado se consideraban motores esenciales del progreso y del desarrollo. Priorizaban los derechos individuales

18. Para una idea es muy ilustrativo el *Discours pràeliminaire au premier project de Code civil*, que se puede leer en PORTALIS, J. E. M., *Discorso preliminare al primo progetto di Codice Civile* (traductor R. Calvo), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 31 ss.

19. ROCA GUILLAMÓN, J., "Codificación y crisis del Derecho Civil", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. II, 1990, p. 1757 y ss., resalta cómo la codificación civil refleja la ideología liberal-burguesa del siglo XIX. El Código Civil se convierte en un instrumento para proteger los derechos individuales frente al Estado, similar al papel de las constituciones en el ámbito público. El derecho civil codificado promovía la libertad individual, la propiedad privada y la autonomía contractual, pilares de la sociedad liberal emergente.

20. En su artículo, GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora, M.ª C. Cazorla González-Serrano), Navarra, Civitas, 2015, p. 117 ss., ofrece una descripción de lo que, considero, son las características de los códigos de primera generación. Probablemente porque se mueve desde esta perspectiva, considera que la codificación es una herramienta que ya no es apropiada para la actualidad.

21. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Derecho civil constitucional*, (selección de textos Á. M. López y López), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, p. 31 s.

y la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas, promoviendo un enfoque individualista que consideraba al individuo como el principal sujeto de derecho[22].

En cuanto a sus funciones, estos códigos civiles unificaron y sistematizaron el derecho en un único cuerpo normativo, sustituyendo las leyes locales y consuetudinarias[23]. Esto proporcionó un marco jurídico estable que facilitaba la previsibilidad y la seguridad en las relaciones jurídicas. Además, al proteger la propiedad privada y la libertad contractual, fomentaron el desarrollo económico y la expansión del mercado. De esta manera, ayudaron a consolidar el poder del Estado nación, creando un sistema legal uniforme y centralizado que fortalecía la autoridad estatal y promovía un sentido de identidad nacional.

La importancia de los códigos civiles de primera generación trasciende el ámbito meramente jurídico, ya que su contribución a la modernización legal fue paralela a un profundo proceso de construcción estatal y consolidación del poder público. Estos códigos representaron un avance decisivo hacia la racionalización del derecho, logrando superar la dispersión normativa y la arbitrariedad que caracterizaban los sistemas jurídicos anteriores, donde coexistían múltiples fuentes normativas locales, consuetudinarias y sectoriales. Al establecer un cuerpo legal unificado, sistemático y coherente, los códigos civiles no solo facilitaron la administración de justicia y la seguridad jurídica, sino que también se convirtieron en un instrumento de cohesión política y social. En efecto, la unificación legislativa propiciada por estos códigos fue fundamental para la construcción de los nuevos Estados nación europeos del siglo XIX, proporcionando una normativa homogénea aplicable en todo el territorio estatal. De este modo, se eliminaron los particularismos locales y se estableció un único marco jurídico capaz de articular la

22. LASARTE ÁLVAREZ, C., "El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. II, 1990, p. 1118 y ss., partiendo de las reflexiones de Díez-Picazo, desarrolla tres ideas fundamentales sobre las causas de la crisis del derecho civil y, en consecuencia, del Código Civil. En primer lugar, señala una excesiva patrimonialización del derecho civil, resultado de las circunstancias contemporáneas que han privilegiado la realidad económica y promovidos sistemas ideológicos que exaltan el egoísmo individual y social. En segundo lugar, destaca una injerencia excesiva del poder estatal en las relaciones personales, lo que ha llevado a una drástica reducción del principio de autonomía personal en favor de un supuesto interés común. Finalmente, menciona la desintegración del derecho civil en una multiplicidad de derechos especiales. Esta fragmentación normativa ha debilitado la coherencia del derecho civil como un sistema unificado, generando un mosaico de regulaciones sectoriales que a menudo carecen de una visión integradora.

23. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", *op. cit.*, p. 19: "Los códigos en mayor o menor medida, logran unificar, derogan la legislación anterior, acaban con la diversidad normativa y, por tanto, con el confusionismo jurídico precedente".

vida civil de manera ordenada y predecible[24]. El Código Civil francés de 1804, por ejemplo, no solo estructuró el derecho privado en Francia, sino que también sirvió como un modelo exportable, influyendo en numerosos ordenamientos jurídicos de Europa y América Latina y contribuyendo a la difusión de los principios de igualdad ante la ley, libertad contractual y protección de la propiedad privada.

La codificación permitió, además, centralizar el poder normativo en manos del Estado, reforzando su capacidad de control y legitimación. Al imponer un código uniforme, el Estado se erigía como el garante supremo del orden jurídico, promoviendo la idea de un derecho racional, accesible y previsible. Esta estandarización jurídica no solo fortalecía la identidad nacional, sino que también favorecía el desarrollo económico, al crear un entorno propicio para la actividad mercantil, la inversión y la movilidad de personas y bienes dentro del nuevo espacio nacional unificado.

Los códigos civiles de segunda generación surgieron en un contexto de globalización, avances tecnológicos y profundos cambios sociales, exigiendo una legislación más sensible a los derechos humanos y adaptada a las nuevas realidades económicas y sociales[25]. Estos códigos destacan por su compromiso explícito con la protección de los derechos humanos, promoviendo la igualdad de género, los derechos de las minorías y la lucha contra cualquier forma de discriminación o abuso. Además, introducen una flexibilidad normativa que permite al derecho evolucionar junto con las transformaciones sociales y tecnológicas, asegurando su relevancia y eficacia a lo largo del tiempo[26].

---

24. La situación en España presenta matices particulares en el proceso de codificación del derecho civil. Aunque el Código Civil de 1889 se establece como una ley estatal que reafirma el poder central, no logra eliminar por completo los particularismos normativos de los derechos forales. Estos ordenamientos locales habían sido, de hecho, una de las principales razones que impidieron la aprobación de los primeros proyectos de codificación, incluido el ambicioso proyecto de 1851. El compromiso alcanzado se refleja claramente en el artículo 12 del Código Civil, que establece que las disposiciones del código solo se aplicarán de manera supletoria en aquellos territorios donde exista un derecho autonómico propio. Esta previsión consagra un modelo dual en el que el derecho estatal convive con los derechos forales, sin anularlos. En lugar de imponer una uniformidad jurídica absoluta, el legislador opta por respetar las particularidades locales, permitiendo que cada territorio conservara su normativa específica.

25. ROCA I TRÍAS, E., "Constitución y Códigos. Los especiales problemas de la Codificación civil", *op. cit.*, p. 869 s.: "El Código civil que nació con la idea de ofrecer a la persona recientemente descubierta como centro del sistema jurídico, la protección basada en la libertad y la igualdad ha cedido el terreno a unas declaraciones, nacidas con la finalidad de protección del individuo frente al estado y que se han convertido en el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas".

26. Todo ello hace que la nueva codificación sea, sin duda, mucho más compleja y difícil, tal como ya ha señalado acertadamente la doctrina. A esta complejidad se suma, en cualquier caso, el desafío de tener en cuenta el derecho de los consumidores. La nueva codificación debe no solo armonizar principios tradicionales con las nuevas exigencias sociales, económicas y jurídicas, sino también garantizar una adecuada protección de los consumidores, un sector cada vez más regulado y con normas específicas, tanto a nivel nacional como europeo. V. ROMÁN GARCÍA, A., "Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho civil", *op. cit.*, p. 923 s.

A diferencia de los códigos de primera generación, marcados por una visión burguesa de la propiedad privada como derecho absoluto y de la autonomía negocial como principio casi intocable, los códigos contemporáneos reflejan un cambio paradigmático. La experiencia en materia de derechos humanos ha impuesto el abandono de estas concepciones clásicas, incorporando la noción de la función social de la propiedad y estableciendo límites a la autonomía contractual para proteger a las partes más vulnerables y promover la justicia social.

Las funciones de estos códigos civiles son igualmente distintivas. Uno de sus roles principales es la actualización normativa, modernizando el derecho civil para adaptarse a los cambios sociales, económicos y tecnológicos. Esto implica no solo revisar y mejorar las leyes existentes, sino también crear nuevas regulaciones que aborden cuestiones emergentes, como el comercio electrónico, la bioética y las tecnologías de la información. Además, aseguran una protección integral de los derechos, incorporando principios de equidad y justicia social en todas sus disposiciones. Abordan las nuevas realidades del mundo contemporáneo, como la globalización y la interconexión internacional, facilitando la cooperación y el entendimiento jurídico entre diferentes países.

La importancia de los códigos civiles de segunda generación radica en su capacidad para adaptarse a la modernidad, permitiendo que el derecho civil se mantenga relevante y efectivo en un mundo en rápida transformación. Al integrar principios de derechos humanos, estos códigos refuerzan la protección de los derechos individuales y colectivos, alineándose con los estándares internacionales y promoviendo un marco legal que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas. Además, pretenden fomentar un desarrollo económico y social equilibrado, teniendo en cuenta la sostenibilidad y la equidad, y promoviendo políticas que aseguren un crecimiento inclusivo y justo para todos los miembros de la sociedad. Los códigos civiles de segunda generación no solo actualizan y modernizan el derecho, sino que también reflejan y promueven los valores fundamentales de la justicia, la equidad y el respeto por los derechos humanos en un contexto globalizado y tecnológicamente avanzado.

Sobre estos aspectos, así como sobre los contenidos específicos que debería contemplar un código de segunda generación para afrontar los desafíos contemporáneos, se profundizará en el apartado dedicado a las nuevas exigencias normativas, donde se analizarán con mayor detalle las funciones y objetivos de una legislación verdaderamente moderna y adaptativa.

4. LA DESCODIFICACIÓN

Después de la primera etapa de codificación, que condujo a la creación de los códigos de primera generación, se asiste a un fenómeno que ha tomado el nombre de descodificación[27]. Esta palabra describe el proceso de fragmentación y especialización legislativa que varios países con códigos jurídicos del siglo XIX experimentaron a partir de los años cincuenta[28]. Originalmente, estos sistemas jurídicos se basaban en un Código Civil centralizado que buscaba cubrir la mayoría de las relaciones jurídicas privadas[29]. Sin embargo, las crecientes necesidades sociales, económicas e, incluso,

27. CASTRONOVO, C., "Decodificazione Delegificazione Ricodificazione", *I cinquant'anni del Codice Civile*, vol. II, Milano, Giuffré, 1993, p. 475, "La particella de, usata accanto a un verbo o a un sostantivo in funzione antagonistica, sta a indicare l'opportunità o almeno la possibilità di togliere o ridurre ciò che la parola principale esprime".

28. En su obra IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1989, *passim*, analiza cómo la estructura unitaria y sistemática de los códigos civiles del siglo XIX ha sido socavada por la proliferación de leyes especiales. Para Irti, la descodificación no es simplemente un proceso técnico, sino un cambio profundo en la concepción misma del derecho. Irti argumenta que la codificación decimonónica se basaba en la idea de que el derecho podía ser sistematizado en un cuerpo coherente y comprensible de normas, que reflejaba un orden racional y universal. Esta codificación respondía a una visión del mundo donde el derecho era una ciencia y los códigos civiles eran su expresión más elevada. La estructura de estos códigos proporcionaba seguridad jurídica y previsibilidad, permitiendo a los ciudadanos y operadores del derecho entender y aplicar la ley de manera uniforme y consistente. Sin embargo, a medida que avanzaba el siglo XX, surgieron nuevas necesidades sociales y económicas que los códigos civiles tradicionales no podían abordar adecuadamente. Esta proliferación de leyes especiales llevó a la descodificación, un proceso que Irti describe como la disolución del sistema unitario y coherente de los códigos civiles en una multitud de normativas especializadas. Irti también señala que la descodificación refleja un cambio más amplio en la forma en que se concibe el derecho. En lugar de ser visto como un sistema racional y coherente, el derecho se convierte en una serie de respuestas *ad hoc* a problemas específicos. Una crítica eficaz es propuesta por LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Derecho civil constitucional, op. cit.*, p. 41 s.

29. Según SACCO, R., "Codificare: modo superato di legiferare?", *Rivista di Diritto Civile*, 1983, n.º 1, p. 117 ss., el declive del código se debe a cuatro factores principales. Primero, el código ha pasado a ser solo una ley civil más dentro de un sistema normativo fragmentado, mientras que el derecho se produce cada vez más fuera del ámbito nacional. Segundo, las nuevas fuentes del derecho han transformado la ley de una norma impuesta por una autoridad en el resultado de negociaciones entre partes interesadas. Tercero, la norma civilística ha perdido su carácter general y abstracto, ya que hoy las leyes suelen beneficiar a grupos específicos. Cuarto, las bases del derecho civil, tradicionalmente centradas en la propiedad y la autonomía de la voluntad, han sido erosionadas por la necesidad de reorganizar las relaciones jurídicas sobre principios más sociales, imponiendo múltiples restricciones. Sin una idea central fuerte, la lógica tradicional de la codificación se ha debilitado.

tecnológicas del siglo XX impulsaron la creación de leyes especiales que abordaran situaciones específicas que el Código Civil no contemplaba de manera adecuada[30].

Es difícil determinar con precisión las causas que subyacen al fenómeno de la descodificación, especialmente porque cada país presenta matices propios y específicos. No obstante, de manera aproximativa, se pueden identificar varios factores comunes que han contribuido a este proceso.

En primer lugar, la superación del individualismo clásico[31], característico de los códigos civiles decimonónicos, ha jugado un papel crucial. Los códigos del siglo XIX se basaban en una concepción del sujeto autónomo y racional, cuyo interés individual era el eje central del orden jurídico. Sin embargo, la evolución social y la creciente interdependencia de las relaciones humanas han cuestionado este paradigma, promoviendo una visión más colectiva y social del derecho civil. Otro factor determinante ha sido la intervención estatal creciente en las relaciones privadas. En muchos casos, esta intervención ha sido necesaria para hacer frente a situaciones excepcionales o complejas, donde las reglas generales del Código Civil resultaban insuficientes o inadecuadas. Un ejemplo paradigmático de esta tendencia son las leyes especiales sobre el arrendamiento, que introdujeron regulaciones específicas para proteger a los inquilinos o estabilizar el mercado inmobiliario, desviándose así de los principios generales de la autonomía contractual y de la libre disposición. Asimismo, la afirmación de la función social de la propiedad, consolidada a través de cartas y convenciones europeas, ha exigido una adaptación normativa significativa. Este principio implica que el derecho de propiedad ya no es un derecho absoluto, sino que debe ejercerse en consonancia con el interés social y el bienestar general. Para abordar esta nueva realidad, se han desarrollado múltiples estatutos

30. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, p. 1163 ss; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Derecho civil constitucional, op. cit.*, p. 31 ss.; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "De nuevo sobre Constitución, Codigo y descodificación. ¿Un Código para Europa?", *Derecho civil constitucional*, (selección de textos Á. M. López y López), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, p. 47 ss.

31. ROCA GUILLAMÓN, J., "Codificación y crisis del Derecho Civil", *op. cit.*, p. 1767 ss. espec. p. 1771, escribe: "La tendencia individualista del iusnaturalismo que, a través fundamentalmente de la obra de Domat, estuvo muy presente a la hora de la Codificación, dio como resultado en el pensamiento continental que el Derecho privado se haya caracterizado por el absoluto predominio de la autonomía individual y protección de la persona. El concepto clave es la «persona», pero expresando un significado igualitario, un tanto abstracto, en el que no aparecían las desigualdades humanas: Manfred Rehbinder dice que persona era tanto el sujeto propietario como el no propietario, el débil particular como la potente asociación, y que el término «persona» expresaba igualdad jurídica, igual libertad de todos para ser propietarios y contratar, aunque en realidad, esa libertad era esencialmente diversa, según que estuviera en manos de un sujeto potente en el plano social y económico, o en las de un pobre".

normativos diferenciados[32], adaptados a las diversas funciones sociales que la propiedad puede cumplir, como en el caso de la vivienda o el patrimonio cultural.

La descodificación ha traído consigo una serie de transformaciones en la estructura y funcionamiento del derecho[33]. En primer lugar, la proliferación de leyes especiales ha fragmentado el sistema normativo, creando múltiples subsistemas que operan de manera relativamente autónoma[34]. Estas leyes se desarrollan con lógicas y principios sectoriales propios, adaptados a las necesidades particulares de cada ámbito específico.

Este cambio de un monosistema a un polisistema[35] implica que, en lugar de tener un único cuerpo legislativo centralizado, existen múltiples leyes especializadas que coexisten y regulan diversas áreas del derecho. Esta transición puede parecer, a primera vista, una evolución positiva y necesaria, dado que permite una regulación más detallada y adaptada a las necesidades específicas de cada sector. Sin embargo, también trae consigo una serie de desafíos y problemas.

Uno de los principales problemas de la decodificación es la pérdida de coherencia y unidad en el sistema jurídico[36]. El Código Civil, al ser una pieza central, ofrecía una estructura clara y unos principios generales que servían como guía para la interpretación y aplicación del derecho en general.

La multiplicidad de leyes especiales puede conducir, además, a conflictos normativos y a una mayor inseguridad jurídica. La existencia de múltiples normativas que regulan aspectos específicos del derecho puede generar contradicciones y solapamientos, dificultando la aplicación de la ley de manera uniforme y predecible. Esta falta de claridad y seguridad jurídica puede tener efectos negativos tanto para los ciudadanos como para

---

32. Como ejemplo emblemático, se puede citar la célebre e importante monografía de PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera.* Milano, Giuffré, 1954.

33. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Codificación, descodificación y recodificación", *Anuario de Derecho Civil,* 1992, p. 473 ss.

34. El tema de la descodificación impregnó la doctrina italiana de los años ochenta, como demuestra esta eficaz y clara página de SACCO, R., *op. cit.*, 1983, p. 117: "Pochi anni orsono, un grido risuonato fra i civilisti: «il codice è morto. Il tempo in cui si codificava – specialmente, in cui si codificava il diritto civile- è ormai superato». Il giurista italiano, più di ogni altro, è stato coinvolto in questa ondata di pessimismo. A tacere di chi, da noi, augura l'avvento di un diritto creato dal giudice nelle larghe maglie che lascerebbe aperte un reticolato di clausole generali, anche giuristi di tendenze classicheggianti hanno officiato la cerimonia funebre del codice".

35. IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1989.

36. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, p. 98: "Este nuevo Código civil, concebido como un depósito de principios y no como depósito de una disciplina científica, sería aplicable a todo el Derecho privado, pues en la realidad de nuestro tiempo la unidad del Derecho privado no es un capricho, ni siquiera es una opción, es más bien una genuina necesidad".

las empresas, que deben navegar en un marco regulatorio complejo y, a veces, contradictorio[37].

En relación con los mencionados desafíos, el proceso de descodificación también ha llevado a una reflexión profunda sobre la dirección futura del derecho. Por un lado, la flexibilidad y adaptabilidad que ofrecen las leyes especiales son ventajas significativas en un mundo en constante cambio. Permiten que el derecho responda de manera más rápida y precisa a las nuevas demandas sociales, económicas y tecnológicas. Sin embargo, la fragmentación normativa puede generar complejidades y dificultades en la aplicación del derecho, especialmente cuando las normativas sectoriales entran en conflicto o carecen de coherencia.

Esta situación plantea la pregunta de si es preferible continuar por la vía de la descodificación o si sería más beneficioso considerar un proceso de recodificación. La recodificación implicaría la revisión y actualización del Código Civil para integrar las diversas leyes especiales y subsistemas normativos, creando un marco más coherente y unificado. Este enfoque podría mejorar la coherencia y consistencia del sistema jurídico, facilitando la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, también conlleva riesgos y desafíos, como la posible rigidez y falta de adaptabilidad del derecho ante nuevas realidades.

Como se observa, la decisión entre continuar con la descodificación o proceder con una recodificación requiere una reflexión cuidadosa y una evaluación detallada de las ventajas y desventajas de cada enfoque. Es fundamental considerar las necesidades y características específicas de cada sociedad, así como las dinámicas y tendencias globales que afectan al derecho. En algunos contextos, la descodificación puede seguir siendo la mejor opción, permitiendo una mayor flexibilidad y capacidad de respuesta. En otros, una recodificación podría ser más adecuada para garantizar la coherencia y unidad del sistema jurídico[38].

---

37. No parece que el derecho procesal haya sido inmune a este proceso. VARGAS PAVEZ, M., "Reflexiones en torno a los alcances del fenómeno descodificador en el proceso civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, analiza el impacto del fenómeno de la descodificación en el derecho procesal civil chileno. La autora explora cómo la creciente fragmentación normativa y la proliferación de leyes especiales han alterado la concepción unitaria tradicional del proceso civil, planteando nuevos desafíos para la interpretación y aplicación del derecho. Tras una revisión histórica sobre los orígenes de la codificación y su función sistemática, el ensayo profundiza en cómo la descodificación ha afectado al principio de organicidad del proceso civil, generando una mayor complejidad en su regulación. La autora examina los riesgos de la fragmentación normativa, incluyendo la incertidumbre jurídica, la erosión de los principios generales del derecho procesal y las dificultades que enfrentan jueces y operadores jurídicos en su aplicación.

38. CASTRONOVO, C., *op. cit.*, p. 494 ss., afirma que la delegificación implica un retorno al código, no necesariamente al original, sino a un código unitario que establezca normas comunes para la generalidad de los ciudadanos. Hablar de codificación implica, aunque sea de manera implícita, una reacción contra la actual descodificación. Sin embargo, la delegificación, entendida como la simple eliminación de normas legislativas, no es empíricamente verificable y sigue siendo una aspiración o tendencia. La necesidad de simplificación normativa y la imposibilidad de una

Sea como fuere, independientemente del enfoque que se adopte, es crucial mantener un equilibrio entre la flexibilidad y la coherencia normativa. La formación continua y especializada de los operadores jurídicos es esencial para navegar por el paisaje normativo complejo y cambiante que resulta de la descodificación. Además, la interpretación y aplicación coherente de las normas por parte de los juzgados y tribunales son elementos clave para asegurar la unidad del sistema jurídico.

A la luz de lo expuesto, y en un momento histórico como el actual, en el que el debate sobre la conveniencia o no de emprender un proceso de recodificación sigue siendo intenso y relevante, considero que puede sostenerse que la legislación especial no debe ser abandonada, pero sí limitada a regular materias que, por su naturaleza, requieran someterse a un sistema de principios propios y autónomos respecto a los del Código civil. Un ejemplo claro de ello es, a mi parecer, el derecho de los consumidores, que exige normativas específicas debido a la particularidad de las relaciones jurídicas que regula y a la necesidad de corregir desequilibrios estructurales. No obstante, es igualmente fundamental que se impulse un esfuerzo de recodificación, entendiendo que esta no debe consistir en replicar los modelos codificadores del siglo XX, sino en dar respuesta a las necesidades y desafíos jurídicos y sociales contemporáneos.

La recodificación moderna debe reconocer que vivimos en un mundo cambiante y complejo, donde las interacciones sociales, económicas y tecnológicas evolucionan rápidamente. Pensar en una recodificación con el modelo de código del pasado sería un error, pues aquellos códigos fueron diseñados para contextos muy diferentes a los actuales. Los códigos del siglo XX no pueden abordar adecuadamente los problemas actuales debido a la naturaleza estática de su concepción.

Tengo para mí que el verdadero punto de inflexión radica en concebir una recodificación, teniendo en mente un código de tercera generación. Este código debe ser capaz de enfrentar los retos contemporáneos, debe ser flexible, inclusivo y adaptativo, permitiendo incorporar rápidamente las innovaciones y cambios necesarios para mantener la coherencia y relevancia del sistema jurídico.

En conclusión, la legislación especial debe mantenerse para aquellas áreas que lo requieran, pero siempre dentro de un marco de recodificación moderno y dinámico. Solo así podremos asegurar que nuestro sistema jurídico siga siendo efectivo y justo en un mundo en constante transformación[39].

---

delegificación absoluta conducen a la única solución viable: una recodificación que unifique criterios y sustituya la proliferación de normas dispersas. Esta recodificación se presenta como el remedio posible para evitar el caos legislativo y la fragmentación del ordenamiento jurídico, asegurando un equilibrio sostenible entre regulación y funcionalidad en una sociedad compleja.

39. Resulta interesante observar que, mientras el Código Civil es cada vez más cuestionado por su aparente incapacidad para responder a las exigencias de la modernidad, asistimos, paradójicamente, a una proliferación extraordinaria de códigos. Esta tendencia sugiere que la técnica codificadora sigue siendo vista como un instrumento eficaz para dotar al sistema de coherencia, unidad de principios y accesibilidad normativa. En Italia, por ejemplo, se han adoptado numerosos códigos en ámbitos ajenos al tradicional derecho civil, como el Código del Consumidor,

5. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVILES DE PRIMERA GENERACIÓN

En la búsqueda de un código civil de nueva generación[40], resulta esencial consolidar uno de los logros más significativos de la experiencia jurídica reciente: la constitucionalización del derecho civil, que ha permitido integrar de manera efectiva los principios y valores constitucionales en la interpretación y aplicación de las normas civiles.

La evolución de los sistemas jurídicos contemporáneos ha evidenciado la insuficiencia estructural e ideológica de los códigos civiles de primera generación. Estas codificaciones, concebidas en un contexto histórico distinto[41], mostraron ser incapaces de responder a las exigencias del nuevo constitucionalismo surgido tras la Segunda Guerra Mundial. Este constitucionalismo contemporáneo, consolidado a través de constituciones escritas, rígidas, garantistas y con una fuerte carga axiológica, transformó la comprensión del

el Código de la Circulación, el Código del Medio Ambiente, el Código de los Bienes Culturales, el Código de la Administración Digital, el Código de Privacidad y el Código de Contratación Pública. Este uso recurrente del término "código" para designar simplemente un conjunto de normas sistematizadas refleja que la codificación sigue siendo considerada la técnica normativa preferida para estructurar y organizar el derecho contemporáneo.

40. Cabe señalar que el fenómeno de la constitucionalización del derecho civil se desarrolla con la aprobación de las llamadas constituciones "amplias". Este proceso comienza en España con la aprobación de la Constitución de 1978 y en Italia con la Constitución de 1948, entendiendo que las constituciones españolas e italianas anteriores no tenían las características necesarias para propiciar dicho fenómeno. La constitucionalización del derecho civil ha sido, de hecho, una de las causas que ha marcado la crisis de los códigos civiles contemporáneos. En este sentido, es relevante recordar que DE PABLO CONTRERAS, P., "Unidad constitucional y codificación del derecho privado", *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, (director A. Menéndez Menéndez), Madrid, Civitas, 2004, p. 512 ss., subraya cómo el proceso de codificación adopta características distintas al modelo francés, pues la primera constitución (la de Cádiz) surge posterior a la elaboración del Código. La Constitución de Cádiz se caracteriza por un contenido limitado, especialmente en lo que se refiere a la declaración de derechos, y se orienta fundamentalmente a la protección de las libertades individuales y la propiedad. Finalmente, Contreras reivindica la necesidad de emprender un proceso de recodificación del derecho privado en España. Esta nueva codificación se plantea como el único instrumento capaz de lograr la unificación normativa tanto en el aspecto material como territorial, consolidando así la protección de los derechos y la seguridad jurídica que exige el orden constitucional.

41. SCHLESINGER, P., "Il tramonto del codice civile", *Rivista di Diritto Civile*, 1980, p. 81, señala que el Código Civil italiano fue promulgado en un contexto histórico poco propicio para un esfuerzo legislativo de tal envergadura, en plena guerra mundial y en la antesala de las profundas transformaciones que marcarían la reconstrucción del país. Este periodo de cambio desembocó en un acelerado proceso de industrialización con todas sus implicaciones socioeconómicas. En consecuencia, resulta inevitable que el Código de 1942, al situarse más cerca del final de una época que del inicio de la siguiente, tenga un carácter marcadamente conservador y carezca del impulso normativo que, en cambio, distingue a la Constitución italiana, concebida con una clara proyección hacia el futuro.

derecho en su conjunto, otorgando a los derechos fundamentales una centralidad y un carácter vinculante que no tenían en los esquemas previos[42].

En el marco del constitucionalismo moderno, los derechos fundamentales dejaron de ser límites políticos o morales al ejercicio del poder, o simples ideales expresados en declaraciones de contenido programático, para convertirse en normas positivas situadas en la cúspide del sistema jurídico. Este cambio de paradigma no solo reorganizó la jerarquía de las fuentes normativas, colocando los principios y valores constitucionales por encima de los códigos civiles, sino que además introdujo nuevos conceptos, como la jerarquía material y la jerarquía axiológica[43], los cuales complementan y en ocasiones superan la tradicional jerarquía formal de las fuentes del derecho.

La inclusión de los derechos fundamentales en el vértice del ordenamiento jurídico marcó una ruptura respecto al modelo tradicional de codificación. Los códigos civiles de primera generación, diseñados bajo un enfoque racionalista[44], sistemático y formalista, no incorporaban ni reflejaban los valores éticos y políticos proclamados por las nuevas constituciones[45]. Este desfase llevó a una reinterpretación generalizada del derecho privado, conocida como la constitucionalización del derecho civil. Este proceso implicó no solo una adaptación interpretativa de las normas del código, sino también, en muchos casos, reformas legislativas específicas para alinear el derecho civil con los valores constitucionales.

La constitucionalización del derecho civil no puede ser entendida como un fenómeno meramente técnico o jurídico; es, ante todo, una consecuencia de la transformación

---

42. PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 7 ss.

43. PINO, G., *Diritti e interpretazione..., op. cit.,* p. 48 ss.; PINO, G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica.* Pisa, Edizioni ETS, 2016, p. 167 ss.

44. ALEJANDRE GARCÍA, J. A., "Fundamentos de la Codificación las exigencias de la Codificación Española", *Codificación y constitucionalismo*, (coordinadores E. Martínez Ruiz, M. Torres Aguilar y M. de Pazzis Pi Corrales), Córdoba, Diputación de Córdoba, Delegación de Cultura, 2003, p. 171 ss. señala que el fundamento filosófico de la codificación es, en primer lugar, la filosofía racionalista. Desde el Renacimiento, los postulados que elevaban la razón humana a la categoría de valor supremo del individuo y de la humanidad llevaron a concebir un derecho racional e ideal, un *universum ius*. Este ideal se materializó en un derecho escrito, nuevo e igual para todos, es decir, en un verdadero derecho positivo. La codificación, así, no solo buscaba sistematizar las normas jurídicas, sino también expresar un orden universal y racional, en el que la ley escrita representara la concreción de principios lógicos y universales aplicables a toda la sociedad.

45. ROCA I TRÍAS, E., "Un Código Civil para la era de la globalización", *Diario La Ley*, 2 de julio de 2019, n.º 9447: "La realidad es insistente: no es que el Derecho de la persona no continúe codificado, lo que ocurre es que el núcleo de la Codificación de los derechos de la persona, en toda su extensión, ya no se encuentra en el Código. Se ha desplazado a los textos constitucionales, que contienen enumeraciones de derechos por principios generales y, por tanto, se produce una intersección de los planos donde se contienen las respectivas reglas. El Código Civil, que nació con la finalidad de ofrecer a la persona, concepto jurídico recientemente descubierto, la protección basada en la libertad y la igualdad, ha cedido el terreno a las Declaraciones, nacidas con la finalidad de protección del individuo frente al Estado, que se han convertido en el estatuto jurídico-político básico de las personas".

ideológica del derecho, donde la persona y su dignidad se sitúan como pilares fundamentales del sistema. Este cambio de enfoque ha afectado profundamente el contenido y la función de los códigos civiles, obligándolos a someterse a una nueva axiología impuesta por las constituciones contemporáneas y, en muchos casos, por tratados internacionales de derechos humanos.

Un ejemplo ilustrativo de este proceso es la reforma del derecho de familia en Italia (1975) y en España (1981). Estas reformas no solo respondieron a las exigencias constitucionales, sino que también se propusieron superar estructuras patriarcales que ya no eran compatibles con los principios de igualdad y dignidad humana. Estas intervenciones normativas demuestran que la constitucionalización no es un fenómeno uniforme ni limitado a un único método. En algunos casos, la adaptación ha sido realizada mediante la interpretación jurisprudencial; en otros, ha requerido modificaciones legislativas que transforman aspectos fundamentales de los códigos civiles.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho civil[46] también evidencia cómo los derechos fundamentales, aunque integrados en el derecho positivo, no son plenamente controlables por los órganos de producción jurídica del Estado. Su inclusión en las constituciones les otorga un carácter especial que los convierte en parámetros de control y orientación para todo el orden jurídico. Esto ha generado un nuevo equilibrio en los sistemas normativos, donde la estructura clásica de codificación cede ante la necesidad de adaptar los códigos civiles al conjunto de principios y valores emergentes.

En definitiva, la constitucionalización de los códigos civiles es una etapa crucial en la evolución del derecho contemporáneo[47]. Representa el esfuerzo por garantizar que los códigos civiles, como instrumentos fundamentales para regular las relaciones entre particulares, sean compatibles con las exigencias éticas, políticas y jurídicas de las constituciones modernas. Este proceso ha permitido que los códigos civiles sigan desempeñando su función reguladora, pero ahora dentro de un marco jurídico en el que los derechos fundamentales ocupan un lugar central, reflejando la dignidad y el valor intrínseco de la persona como núcleo del sistema jurídico.

---

46. Por todos, en Italia PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 1 ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. II Fonti e Interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 1 ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. III Situazioni soggettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 1 ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. IV Attività e responsabilità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 1 ss.; PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. V Tutela e giurisdizione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, p. 1 ss. En España: LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Derecho civil constitucional*, *op. cit.*, p. 31 ss.

47. LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "De nuevo sobre Constitución, Código…", *op. cit.,* p. 52 ss.

6. EL INTENTO DE SUPERAR LA DESCODIFICACIÓN. LA VUELTA A LOS CÓDIGOS Y EL EXPERIMENTO DE SU MODERNIZACIÓN

En las últimas décadas, varios países europeos, como Alemania, Francia, Bélgica, Suiza y Portugal, han llevado a cabo reformas importantes en sus códigos civiles[48] en un esfuerzo por transformar estos "códigos de primera generación" en códigos de "segunda generación" que se adapten mejor a las realidades contemporáneas. Los legisladores han reconocido la necesidad de actualizar normativas que en muchos casos datan del siglo XIX y principios del XX, con el objetivo de hacer frente a los cambios sociales, económicos y familiares del siglo XXI. Las reformas han abarcado áreas clave, como el derecho de sucesiones, las obligaciones, los contratos y la protección de los derechos de los consumidores, buscando equilibrar la libertad individual con una mayor protección de los intereses de las partes vulnerables. A continuación, se exploran los principales aspectos de la modernización en cada uno de estos códigos.

El Código Civil alemán (BGB), en vigor desde 1900, ha sido objeto de varias reformas para actualizar su régimen de derecho sucesorio, obligaciones y contratos.

En 2002, con la ley de modernización del derecho de obligaciones, se introdujeron cambios significativos, armonizando el código alemán con las directivas de la Unión Europea en materia de derechos de los consumidores. Esta reforma incluyó nuevas normas sobre el cumplimiento y el incumplimiento de obligaciones, estableciendo responsabilidades contractuales claras y protegiendo los intereses del consumidor. Se revisaron los plazos de prescripción y se ajustó el régimen de garantías, fortaleciendo la seguridad jurídica en las relaciones comerciales y promoviendo la transparencia en los contratos.

La reforma de 2009 revisó las normas de la legítima (*Pflichtteil*), otorgando mayor flexibilidad al testador para disponer de sus bienes y reducir la rigidez en la protección de los herederos forzosos. Estas modificaciones han permitido una mejor adaptación del derecho de sucesiones a las necesidades de las familias modernas, facilitando la transmisión de empresas familiares y reduciendo los conflictos intergeneracionales.

El Código Civil francés de 1804, también conocido como Código Napoleónico, es uno de los más antiguos de Europa y ha sido objeto de profundas reformas, especialmente en el ámbito de sucesiones, obligaciones y contratos.

Las reformas de 2001 y 2006 abordaron la cuestión de la legítima y los derechos sucesorios de las parejas no casadas. Con estas reformas, se dio un paso hacia una mayor libertad testamentaria, permitiendo al testador disponer de una parte más amplia de su patrimonio sin desproteger a los herederos forzosos. También se reconocieron derechos sucesorios a las uniones de hecho (PACS), reflejando los cambios en la estructura familiar y la necesidad de adaptar la ley a las nuevas realidades de convivencia.

48. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, p. 62.

La reforma de 2016, llevada a cabo a través de la ordenanza n.º 2016-131, transformó el derecho de obligaciones y contratos en Francia, consolidando principios fundamentales como la buena fe, el equilibrio contractual y el respeto al consentimiento informado de las partes. Se introdujeron disposiciones para permitir la revisión por imprevisión y se establecieron normas más estrictas sobre la protección del consumidor, garantizando una mayor equidad en las relaciones contractuales. Esta reforma armonizó el derecho contractual francés con el contexto europeo, promoviendo una mayor seguridad jurídica y estabilidad en las transacciones.

El proceso de modernización del Código Civil belga, iniciado en 2017, busca actualizar y reorganizar su estructura para adaptarla a las necesidades de la sociedad contemporánea. La reforma se lleva a cabo mediante la adopción progresiva de nuevos libros, que sustituyen paulatinamente las disposiciones de su Código Civil.

Con la reforma de 2018, Bélgica revisó el sistema de la legítima, limitando el derecho a la reserva a los descendientes directos y permitiendo una mayor libertad testamentaria. Además, se introdujo el pacto sucesorio global, que permite a los herederos y al testador acordar la distribución de los bienes en vida, evitando así conflictos familiares posteriores. Esta medida otorga una mayor flexibilidad a las familias para organizar su sucesión y garantiza la paz familiar al evitar disputas judiciales.

En 2022 se implementó el libro 5, sobre las obligaciones, que moderniza las normas contractuales y extracontractuales, alineándose con las directivas europeas, fortaleciendo la protección de los consumidores y el equilibrio en las relaciones contractuales. Además, el código belga ha adoptado disposiciones para permitir la revisión contractual en caso de circunstancias imprevistas, asegurando que los contratos puedan adaptarse a situaciones excepcionales y protegiendo los intereses de ambas partes.

El Código Civil suizo (Zivilgesetzbuch, ZGB), en vigor desde 1907, ha sido considerado uno de los códigos más estables de Europa. Sin embargo, en las últimas décadas, Suiza ha implementado varias reformas para responder a los cambios en las estructuras familiares, la economía y las relaciones sociales. Estas reformas buscan un equilibrio entre la tradición jurídica y las necesidades contemporáneas, especialmente en los campos de sucesiones, derecho de familia y contratos.

En materia sucesoria, Suiza ha llevado a cabo varias actualizaciones importantes, en particular mediante la ley de reforma del derecho sucesorio de 2019, la cual entró en vigor el 1 de enero de 2023, que incluye cambios significativos.

Uno de los cambios centrales de esta reforma es la reducción de la legítima de los descendientes, permitiendo a los testadores una mayor libertad para disponer de su patrimonio. Esto significa que el testador puede dejar una parte mayor de sus bienes a personas o instituciones fuera del círculo de herederos forzosos, como asociaciones o personas con las que haya tenido una relación especial. La nueva ley también permite que los herederos puedan renunciar anticipadamente a su derecho a la legítima, un cambio que facilita la planificación sucesoria y permite, por ejemplo, que empresas familiares puedan continuar en manos de herederos específicos sin riesgo de

fragmentación. Para ciudadanos suizos que poseen activos en el extranjero, la reforma facilita los procedimientos de sucesión, simplificando la gestión y transmisión de bienes en otros países.

Además, Suiza ha realizado ajustes en su derecho de contratos. Aunque no ha habido una reforma integral, Suiza ha implementado cambios progresivos a través de diversas leyes de modernización que reflejan los valores europeos en cuanto a la protección de consumidores y la revisión de contratos por cambio de circunstancias. La ley suiza ha fortalecido las disposiciones en torno a las cláusulas abusivas y ha adoptado principios que garantizan la transparencia y equidad en los contratos de consumo. En línea con el desarrollo del derecho europeo, Suiza ha adoptado disposiciones para permitir la revisión de contratos en caso de cambio significativo de circunstancias, permitiendo la modificación o terminación de contratos cuando el cumplimiento de las obligaciones se vuelva excesivamente gravoso para una de las partes debido a circunstancias imprevistas.

El Código Civil portugués, en vigor desde 1966, ha sido actualizado en múltiples ocasiones. Las reformas más recientes se centran en adaptar el derecho sucesorio, familiar y contractual a las necesidades contemporáneas y en armonizar las disposiciones con las directivas de la Unión Europea.

En el derecho sucesorio, la ley n.º 48/2007 introdujo cambios que buscan adaptarse a las nuevas estructuras familiares y facilitar la disposición testamentaria. Aunque Portugal mantiene el sistema de la legítima, esta reforma ha reducido los derechos forzosos de ciertos herederos, permitiendo una mayor libertad testamentaria en casos específicos y reconociendo derechos sucesorios a las uniones de hecho. La ley n.º 23/2010 introdujo derechos sucesorios a las parejas no casadas, alineándose con el reconocimiento de nuevas realidades familiares y promoviendo la protección de los convivientes.

En el ámbito contractual, la ley n.º 24/96 y otras leyes posteriores han alineado el derecho portugués con las normativas de la Unión Europea sobre protección al consumidor y equilibrio en las relaciones contractuales. Las reformas han fortalecido las disposiciones para proteger a los consumidores contra cláusulas abusivas y han implementado el derecho a desistimiento en ciertos contratos. Esta ley también promueve la transparencia en los contratos de adhesión y exige que los términos contractuales sean claros y comprensibles. La jurisprudencia y las reformas recientes han adoptado el principio de *rebus sic stantibus* en el derecho portugués, permitiendo que los contratos puedan ser revisados o terminados cuando se produzcan cambios extraordinarios en las circunstancias que afecten de forma significativa a la base económica del contrato.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que aún no han culminado un proceso de recodificación integral, el sistema jurídico español se destaca por su labor continua en esta dirección. Aunque no ha llevado a cabo una reforma completa del Código Civil, ha emprendido importantes iniciativas normativas que merecen ser resaltadas, especialmente en comparación con la inercia reformadora del derecho italiano.

Un ejemplo paradigmático es la reciente ley 8/2021, que introdujo una profunda reforma en la protección de las personas con discapacidad, alineándose con los principios

internacionales de derechos humanos y modernizando un área del derecho civil esencial para la dignidad y la autonomía de las personas vulnerables. Sin embargo, más allá de esta reforma específica, España lleva años trabajando en un ambicioso proceso de revisión de la normativa relativa a las obligaciones y los contratos, lo cual demuestra una clara voluntad de adaptación y modernización del derecho privado.

Entre los hitos más significativos de este proceso se encuentran: a) La propuesta de modernización de las obligaciones y contratos (2009), promovida por el Ministerio de Justicia[49]; b) La propuesta de Código Mercantil (2014), elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación; c) la propuesta de Código Civil (2018), presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que constituía un esfuerzo académico y doctrinal sin precedentes, ofreciendo una visión renovada y profunda de todo el derecho civil español; d) la propuesta reformada de modernización de las obligaciones y contratos (2023), también impulsada por el Ministerio de Justicia, que recoge las experiencias previas y proyecta un modelo normativo más cercano a las necesidades de un ordenamiento jurídico dinámico y acorde con los estándares europeos[50].

Aunque la reforma integral de las obligaciones y los contratos aún no se ha materializado, el camino recorrido ha sido muy valioso por varias razones. En primer lugar, ha permitido reconocer la creciente distancia entre el derecho codificado y la práctica judicial y doctrinal[51], evidenciando la necesidad de una reforma que acerque la norma a la realidad. En segundo lugar, estas propuestas normativas se han convertido en una referencia indispensable para la interpretación jurídica, proporcionando criterios actualizados y alineados con los principios del derecho común europeo. Por último, estas iniciativas destacan porque muchas de las propuestas se inspiran en textos de derecho común, demostrando una apertura hacia la armonización normativa y una predisposición a adoptar soluciones que favorezcan la coherencia del sistema jurídico.

Un elemento clave de este proceso reformador es la existencia de una Comisión General de Codificación, cuya labor continua demuestra cómo un órgano técnico de estas características puede ser un motor eficaz de renovación legislativa. Esto contrasta marcadamente con la situación italiana, donde no se observa un esfuerzo sistemático y estructurado de modernización del Código Civil, lo que ha llevado a una creciente desconexión entre la normativa codificada y las exigencias de una sociedad en constante evolución.

---

49. Apunta DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", *op. cit.*, p. 60 s., que se inspira a la convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías.

50. Para un análisis detallado de las principales propuestas de reforma del Código Civil español, v. el trabajo de DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *op. cit.*, p. 76 ss., en la cual se examina tanto la evolución histórica como los contenidos de dichas propuestas.

51. Es una de las razones, si no la principal, por las que, según DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código Civil y derechos civiles forales", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 2020, p. 57 s., sería oportuna una nueva codificación.

7. ¿CUÁLES SON LOS RETOS DE UN CÓDIGO CIVIL EN LA ACTUALIDAD?

Los retos de un Código Civil[52] hoy en día son numerosos y complejos[53], reflejando las profundas transformaciones sociales, económicas y tecnológicas que caracterizan nuestra era[54].

La regulación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) es uno de los desafíos más urgentes. El Código Civil debe adaptarse a las nuevas realidades del comercio electrónico, la protección de datos, la ciberseguridad y los contratos electrónicos. Esto implica la creación de normas que aseguren la seguridad y privacidad de la información en línea, regulen las transacciones electrónicas y protejan a los particulares en el entorno digital.

La integración de principios de sostenibilidad y responsabilidad ambiental es otro reto crucial. En un contexto de creciente preocupación por el cambio climático y la degradación ambiental, el Código Civil debe incluir disposiciones que promuevan prácticas sostenibles y responsables con el medio ambiente. Esto refleja un compromiso con el desarrollo sostenible, incentivando a individuos y empresas a actuar de manera ecológicamente consciente y a minimizar su impacto ambiental. Un Código Civil actualizado debe establecer normas claras sobre el uso sostenible de los recursos naturales, regulando prácticas que podrían causar daño ecológico y fomentando la conservación y restauración de los ecosistemas, para lo cual también pueden utilizarse figuras civiles como el contrato. Además, debe incluir disposiciones que responsabilicen a los individuos y empresas por el daño ambiental, promoviendo la reparación y compensación de los daños causados. Al incorporar estos principios, el Código Civil no solo protege el medio ambiente, sino que también asegura que el desarrollo económico y social se realice de manera sostenible, garantizando un equilibrio entre las necesidades actuales y la protección de los recursos para las generaciones futuras.

La protección y promoción de los derechos humanos y la diversidad también deben ser una prioridad en la elaboración de un Código Civil moderno. Es esencial asegurar la igualdad de trato y no discriminación, incorporando normas que garanticen la igualdad de género, los derechos de las minorías y la protección contra cualquier forma de

---

52. Señala ROCA I TRÍAS, E., "Costitucion y códigos", *op. cit.*, p. 877, que "el derecho no queda encerrado en una formulación normativa, porque «los nuevos hechos, las realidades sociales que es preciso atender, han obligado y obligan constantemente a reformular los detalles que este plan de vida en común que en definitiva es el Derecho»", lo que es absolutamente contrario con la técnica de la Codificación, que pretende encerrar en un solo texto todo el derecho aplicable, de modo que fuera del Código no hay nada".

53. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", *op. cit.*, p. 37: "Sin duda, los Códigos de la burguesía liberal, como el nuestro, no pueden dar respuestas a los problemas de la sociedad del siglo XX, salida de la primera Guerra Mundial. Están anclados en la sociedad demoliberal y son todavía portadores de elementos feudales".

54. HINESTROSA, F., "Codificación, descodificación y recodificación", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2003, n.º 323, p. 67 ss.

discriminación. Esto contribuye a la construcción de una sociedad más justa e inclusiva, donde todos los individuos tienen acceso igualitario a sus derechos y oportunidades. La protección contra cualquier forma de discriminación debe ser un principio rector en la elaboración de un Código Civil moderno. La discriminación, ya sea por razón de raza, género, orientación sexual, discapacidad, edad o cualquier otra característica, es una violación de los derechos humanos fundamentales y un obstáculo para el desarrollo de una sociedad justa y equitativa. Un Código Civil debe contener disposiciones claras y efectivas que prohíban la discriminación en todos los ámbitos de la vida civil y establezcan mecanismos de protección y reparación para las víctimas de discriminación.

El cambio demográfico y el envejecimiento de la población presentan desafíos significativos para el derecho civil. En muchos países, el aumento de la esperanza de vida y la baja natalidad han llevado a un incremento en la proporción de personas mayores. Este fenómeno exige una adaptación de las normas en áreas clave como el derecho de familia, sucesiones y el cuidado de personas mayores. Es esencial garantizar que las leyes protejan los derechos y necesidades específicas de los ancianos, quienes a menudo son más vulnerables a abusos y negligencias. Las normas deben asegurar un adecuado cuidado, protecciones contra el abuso financiero y físico, y mecanismos efectivos para su plena inclusión. Además, es crucial desarrollar políticas que faciliten el acceso a servicios de salud y asistencia social, promoviendo así una vida digna y autónoma para las personas mayores. El derecho civil debe evolucionar para abordar los retos y necesidades de una población envejecida de manera justa y equitativa.

El fomento de la innovación y el emprendimiento es otra área crítica para un Código Civil contemporáneo. Es fundamental facilitar la creación y crecimiento de nuevas empresas, proteger la propiedad intelectual y promover la inversión en tecnología y desarrollo. Esto no solo impulsa el crecimiento económico, sino que también fomenta la competitividad y el dinamismo en el mercado, creando un entorno propicio para la innovación. Finalmente, la promoción de la justicia y la equidad en un contexto globalizado requiere que el Código Civil se adapte para regular las relaciones jurídicas transfronterizas. Es esencial facilitar la cooperación judicial internacional y la armonización de normas para asegurar que los individuos y las empresas puedan operar en un marco legal coherente y predecible a nivel global. Esto implica la colaboración con otros sistemas legales y la adopción de estándares internacionales que garanticen la justicia y la equidad en las transacciones internacionales.

Compendiando: los retos de un Código Civil hoy en día son vastos y multifacéticos. Desde la regulación de las TIC y la integración de principios de sostenibilidad, hasta la protección de los derechos humanos, la flexibilidad normativa, el fomento de la innovación y la promoción de la justicia en un mundo globalizado, cada uno de estos desafíos requiere una atención cuidadosa y una respuesta efectiva. Adaptar el Código Civil a estas nuevas realidades no

solo es una cuestión de actualización legal, sino también un imperativo para asegurar que las leyes reflejen y promuevan los valores y necesidades de la sociedad contemporánea[55].

55. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p. 46 s., propone la adopción de un Código Civil único dividido en tres partes, con el objetivo de reflejar la riqueza y diversidad del derecho español. La primera parte, denominada "parte uniforme", incluiría todas las normas actualmente contenidas en el Código Civil de 1889, junto con sus reformas posteriores, que corresponden a materias de competencia exclusiva del Estado. Esta sección garantizaría la uniformidad normativa en aquellas áreas donde la Constitución otorga dicha competencia al Estado central. La segunda parte, "parte plural", sería la más extensa y comprendería todas las normas civiles de origen autonómico, integradas con las disposiciones del Código de 1889 (y sus reformas) que versen sobre las mismas materias. En este caso, las normas del Código Civil tendrían una función supletoria, permitiendo la coexistencia armónica entre el derecho civil autonómico y el derecho estatal, sin detrimento de la autonomía legislativa de las comunidades autónomas. Finalmente, la tercera parte estaría dedicada al derecho interterritorial privado, abordando las cuestiones de conflicto de leyes entre los distintos regímenes jurídicos territoriales en España. Esta sección ofrecería soluciones específicas para garantizar la seguridad jurídica y la coherencia normativa en un sistema que combina unidad y diversidad, permitiendo que el ordenamiento español mantenga su pluralismo legal sin perder claridad y funcionalidad.

8. ¿DEBE EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES INTEGRARSE EN EL CÓDIGO CIVIL?

Los códigos civiles de primera generación, e incluso en cierta medida los de segunda generación, surgieron con la finalidad de establecer una igualdad formal entre los sujetos del derecho privado. En el ámbito de las relaciones jurídicas de naturaleza económica, los códigos civiles regulaban, desde un punto de vista estático, las relaciones obligatorias; y desde una perspectiva dinámica, el contrato, entendido como el acto de disposición de dichas relaciones. La característica esencial de estos códigos era la igualdad formal entre las partes, sin prever una protección estructural para una parte débil en sentido objetivo. En cambio, la normativa civil se limitaba a ofrecer remedios frente a situaciones ocasionales de vulnerabilidad, regulando, por ejemplo, los vicios del consentimiento, la rescisión del contrato o las causas de anulabilidad.

Sin embargo, con la irrupción del derecho privado europeo, especialmente del derecho de consumo, la situación cambió radicalmente. El enfoque dejó de centrarse en la protección de una parte débil ocasional para trasladarse a la protección de una parte considerada estructuralmente débil por su posición específica en la relación contractual: el consumidor. Este cambio se inició con las primeras normativas sobre cláusulas abusivas y ha evolucionado hasta configurar un verdadero corpus jurídico europeo orientado a la protección del consumidor, un derecho que ha ido ganando peso y autonomía, hasta el punto de que en la mayoría de los países europeos se ha consolidado en códigos o textos unificados específicos.

La importancia del derecho de los consumidores es hoy en día innegable. Se podría afirmar que la mayoría de los contratos que se celebran en la economía moderna no son ya contratos civiles tradicionales sujetos a las normas generales del Código Civil, sino contratos de consumo, regidos por una normativa especial. Esta realidad plantea una cuestión fundamental en el contexto de los actuales debates sobre la recodificación del derecho privado: ¿Debe el derecho de los consumidores integrarse en el Código Civil o, por el contrario, debe mantenerse al margen de él?[56]

A primera vista, excluir el derecho de los consumidores del Código Civil podría interpretarse como una pérdida de centralidad y relevancia del propio código. Si el Código Civil pretende ser el eje rector del derecho privado, ¿cómo justificar que quede al margen de la regulación de la mayoría de las relaciones obligatorias y contractuales actuales? La

56. Por todos, CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *Revista de Derecho Civil,* II, 1, 2015. El autor destaca que, a nivel internacional, se observa una tendencia hacia la sistematización del derecho de consumo, ya sea mediante códigos de consumo autónomos (Francia, Italia o Luxemburgo) o mediante leyes generales (España o Austria). Mientras que en la mayoría de los países las normas de consumo se integran en los códigos civiles, Bélgica destaca con su singular Código de Derecho Económico. La tradición codificadora influye en la adopción de un código de consumo independiente, aunque su extensión varía considerablemente entre países. Incluso sistemas ajenos a la codificación, como el Reino Unido, han optado por consolidar su legislación en un único texto.

respuesta no es sencilla y, desde luego, no puede ser única y definitiva[57]. Sin embargo, se pueden proponer algunas reflexiones.

En mi opinión, el derecho de los consumidores debería mantenerse fuera del Código Civil. Las razones son variadas[58], pero la más importante radica en la naturaleza misma de esta normativa[59]. El derecho de los consumidores se caracteriza por su constante evolución, influenciada directamente por las directivas y reglamentos europeos. Es un derecho esencialmente mutable, que responde a un proceso continuo de adaptación y armonización con el resto de las legislaciones nacionales de la Unión Europea. Esta flexibilidad, casi necesaria, chocaría con la estabilidad y la vocación de permanencia que caracteriza a un Código Civil, concebido para contener principios generales y normas de aplicación más duradera.

Además, el ritmo con el que la Unión Europea produce normas en materia de consumo impone una dinámica legislativa de continua emergencia, donde las adaptaciones deben ser rápidas y, a menudo, parciales. Esta situación generaría un conflicto con la técnica de la codificación civil clásica, que persigue la claridad, la sistematicidad y la coherencia normativa[60]. En este sentido, el legislador europeo debería reflexionar sobre la racionalidad de su producción normativa. Una legislación más reflexiva, menos contingente y más

---

57. CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *op. cit.*, p. 144 s., afirma que no existe una solución única para decidir si el derecho de consumo debe integrarse en el Código Civil o tener un código propio. Propone, ante la falta de un código europeo armonizado, comenzar con una codificación específica del consumo y, solo después, evaluar su posible integración parcial. Destaca la necesidad de coherencia normativa, una mayor conexión entre derechos público y privado y un riguroso control del cumplimiento de las normas. Finalmente, sugiere una refundación profunda del sistema para adaptarlo mejor a las necesidades actuales de protección del consumidor.

58. CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *op. cit.*, p. 138 ss., afirma que la integración del derecho de consumo en el Código Civil o la creación de un Código de Consumo autónomo plantea ventajas y desafíos en ambas opciones. Incorporar las normas de consumo al Código Civil fortalecería su centralidad en el derecho privado, favorecería la coherencia con el derecho común, modernizaría instituciones clásicas y lo acercaría al modelo europeo. Sin embargo, su axiología liberal, basada en la autonomía de la voluntad, choca con la lógica intervencionista del derecho de consumo, que además requiere constantes actualizaciones, incompatibles con la estabilidad del Código Civil. Por otro lado, un Código de Consumo autónomo garantizaría mayor sistematicidad, accesibilidad y adaptación a los cambios legislativos, permitiendo un desarrollo normativo más detallado. No obstante, podría generar fragmentación, problemas de coordinación con el derecho civil y dificultades derivadas de la diversidad de fuentes normativas.

59. En sentido contrario, DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *op. cit.*, p. 89.

60. ROCA I TRÍAS, E., "Un Código Civil para la era de la globalización", *op. cit.*: "A través de una acción continuada, la UE ha venido aprobando directivas en materia de contratos de consumo, con la consiguiente protección de consumidores; regulación de hipotecas de consumo; protección de datos, cláusulas abusivas y un largo etcétera, que han debido ser implementadas por los Estados miembros, que han producido cambios importantes en el derecho interno. Se está originando una

orientada a la estabilidad podría facilitar la integración del derecho de los consumidores en los códigos civiles nacionales, pero, en el estado actual de las cosas, parece poco realista. Sería imprescindible iniciar una profunda reflexión sobre las modalidades con las que Europa legisla en materia de consumidores y procurar garantizar una legislación más sólida desde el punto de vista dogmático.

El hecho de que el derecho de los consumidores se mantenga fuera del Código Civil no debe interpretarse como una pérdida de centralidad de este último. Al contrario, permite preservar la pureza dogmática del Código Civil, que seguiría siendo la referencia principal para los principios generales de las obligaciones y los contratos. Al fin y al cabo, el derecho de los consumidores no regula el contrato en su totalidad, sino que establece disposiciones específicas sobre aspectos concretos de la relación contractual en la que interviene un consumidor. Estos aspectos suelen estar relacionados con la obligación de información precontractual y contractual, la necesidad de evitar un desequilibrio excesivo en los derechos y obligaciones de las partes, y la protección frente a posibles abusos contractuales.

En este contexto, el Código Civil seguiría siendo la fuente normativa para cuestiones esenciales del contrato, como su formación, la responsabilidad precontractual, la invalidez, el incumplimiento y los remedios generales. El derecho de los consumidores, aunque introduce remedios especiales para situaciones concretas, no deja de apoyarse en los cimientos generales del derecho contractual.

Una distinción que merece atención es la que existe entre la regulación de las cláusulas abusivas y la de las condiciones generales de la contratación. Mientras que la normativa sobre cláusulas abusivas está claramente orientada a la protección del consumidor y, por tanto, debe permanecer fuera del Código Civil, las condiciones generales de la contratación tienen un alcance mucho más amplio. No se trata de un instrumento exclusivo del derecho de consumo, sino de una técnica contractual aplicable a todo tipo de contratos, independientemente de si una de las partes es un consumidor. Por ello, una regulación adecuada de las condiciones generales de la contratación sí debería tener cabida en el Código Civil.

El ordenamiento italiano ofrece un ejemplo interesante con los artículos 1341 y 1342 del Código Civil, que establecen una disciplina general sobre las condiciones generales de la contratación. Esta normativa representa un buen equilibrio al ofrecer una tutela formal de las partes sin limitar su aplicación al ámbito del consumo. Además, subraya la importancia de distinguir entre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas, que responden a lógicas y objetivos normativos diferentes.

El reto de la recodificación del derecho privado debe abordarse con una visión clara y pragmática. Mantener el derecho de los consumidores fuera del Código Civil no implica renunciar a la centralidad de este, sino reconocer la necesidad de adaptarse a una

---

globalización europea, que está dejando apartadas al cerrado ámbito del derecho interno las normas codificadas, reguladoras de las obligaciones y contratos, tanto civiles como mercantiles".

realidad normativa compleja y en constante evolución. El Código Civil debe seguir siendo la piedra angular del derecho privado, proporcionando los principios generales y las reglas básicas de las obligaciones y los contratos. Al mismo tiempo, el derecho de los consumidores puede seguir desarrollándose de forma independiente con la flexibilidad que requiere su naturaleza.

En última instancia, lo esencial es que ambos sistemas normativos, aunque separados formalmente, se complementen armónicamente, permitiendo que el derecho privado ofrezca soluciones coherentes y eficaces a las necesidades de una sociedad dinámica y plural. Un Código Civil robusto y un derecho de los consumidores ágil y adaptable no son incompatibles, sino más bien dos caras de la misma moneda en la búsqueda de un ordenamiento jurídico justo y eficaz.

9. ¿ES JUSTIFICABLE MANTENER UN CÓDIGO DE COMERCIO SEPARADO DEL CÓDIGO CIVIL?

La historia del derecho ha mostrado que, en diversos ordenamientos jurídicos, se ha mantenido una distinción entre el Código de Comercio y el Código Civil, basándose en la idea de que las relaciones mercantiles requerían un tratamiento normativo diferenciado respecto de las relaciones civiles. Esta división, originada en un contexto en el que el comercio se concebía como una actividad reservada a un sector específico de la sociedad y regida por reglas propias, distintas de las aplicables a los ciudadanos comunes, ha perdurado en algunos países como Francia, Portugal, España y Alemania. Sin embargo, otros sistemas jurídicos, como los de Italia y los Países Bajos, han optado por la unificación normativa, incorporando la regulación de los contratos y las obligaciones comerciales dentro de sus códigos civiles[61]. Ante este panorama, resulta pertinente preguntarse si la dicotomía entre el derecho civil y el derecho comercial sigue siendo justificable o si, por el contrario, la tendencia hacia la unificación representa una solución más acorde con la realidad económica y jurídica contemporánea[62].

---

61. Para un análisis comparatista detallado, resulta imprescindible consultar el exhaustivo trabajo de CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *op. cit.*, p. 114 ss., quien no solo proporciona un panorama comparativo sumamente completo, sino que también ofrece valiosas claves interpretativas y profundas reflexiones que enriquecen el debate y permiten una mejor comprensión de las divergencias y convergencias entre los distintos ordenamientos jurídicos analizados.

62. En este artículo no se aborda el debate extensamente discutido en España tras la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, aprobada por el Consejo de ministros en mayo de 2014 como Anteproyecto de Ley (v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 289, p. 36 s.). Dicha propuesta buscaba mantener una regulación de las obligaciones y contratos comerciales separada de la normativa civil. Sin tomar una posición explícita en este debate, y considerando también la experiencia italiana, me limito a señalar que esta solución no resulta en absoluto convincente desde un punto de vista dogmático. Comparto la idea de GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La mercantilización del Derecho Civil…", *op. cit.*; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, p. 76 ss. Como siempre, aguda y punzante es la opinión de ALFARO AGUILA-REAL, J., "Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil", *Derecho Mercantil*, 5 de junio de 2014, https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html#more, según el cual "no hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado («legislación mercantil») para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. Es una actitud cobarde por parte del Gobierno y demuestra una enorme falta de confianza en el mercado (que rechazará las disposiciones de las Comunidades Autónomas que sean ineficientes) y en las instituciones (el Tribunal Constitucional) encargadas de que tal cosa no ocurra". Merece especial atención la reflexión de OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El anteproyecto de código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos". *Revista de Derecho Civil,* 2014, vol. I, n.º 3, p. 38 ss., quien cuestiona la conveniencia de un Código Mercantil que regule las obligaciones y los contratos, creando así una dualidad entre el derecho civil y el derecho mercantil, con referencia a la experiencia de codificación europea. La tendencia actual en Europa es la unificación del derecho de obligaciones y contratos dentro de un

La separación entre ambos cuerpos normativos responde a una tradición histórica que hunde sus raíces en la Edad Media, cuando las actividades mercantiles se regían por normas consuetudinarias propias de cada ciudad o gremio. Estas reglas evolucionaron hasta consolidarse en códigos mercantiles que formalizaron prácticas específicas del comercio, estableciendo un derecho paralelo al civil. En este contexto, la diferenciación tenía su fundamento en la especialización funcional del derecho comercial, concebido como un sistema autónomo para regular las relaciones entre comerciantes, cuyas necesidades jurídicas se consideraban distintas a las de los ciudadanos comunes. Además, el dinamismo inherente al comercio demandaba un tratamiento jurídico más flexible y adaptado a la rapidez de las transacciones y a la gestión de riesgos económicos[63].

No obstante, estas razones, que pudieron justificar la dualidad normativa en el pasado, han perdido validez con el devenir de los tiempos. La progresiva desaparición de la distinción entre actos civiles y comerciales, la expansión de la economía de mercado y la globalización han difuminado las fronteras entre lo mercantil y lo civil, haciendo que la separación entre códigos resulte artificiosa y carente de una justificación dogmática sólida. En la actualidad, muchas transacciones involucran tanto a particulares como a empresas, y los consumidores interactúan constantemente con operadores económicos, lo que demuestra que la distinción clásica entre comercio y vida civil ha quedado obsoleta.

La unificación del derecho de las obligaciones y contratos en un único Código Civil ofrece numerosas ventajas en términos de coherencia conceptual y seguridad jurídica. En primer lugar, permite garantizar un tratamiento unitario y armónico de las relaciones jurídicas, eliminando contradicciones y reduciendo el riesgo de interpretaciones dispares entre normas paralelas. Además, la integración de las disposiciones mercantiles dentro del Código Civil facilita la aplicación de las directivas europeas y los instrumentos internacionales en materia contractual, contribuyendo a la armonización del derecho privado dentro del espacio jurídico común de la Unión Europea.

Mantener un Código de Comercio separado también genera problemas de aplicación e interpretación que dificultan la seguridad jurídica[64]. La coexistencia de dos cuerpos normativos distintos puede dar lugar a incertidumbres sobre cuál de ellos debe regir determinadas situaciones contractuales, lo que aumenta la complejidad del sistema y

único marco normativo, superando la división entre derecho civil y mercantil. La experiencia europea demuestra que la codificación de un derecho mercantil autónomo en materia contractual es un planteamiento obsoleto y contrario a los esfuerzos de armonización. La evolución del derecho ha mostrado cómo principios mercantiles han sido absorbidos por el derecho civil, reflejando la "comercialización del derecho civil". Además, mantener esta dualidad genera inseguridad jurídica y contradicciones normativas, mientras que un enfoque unificado garantizaría coherencia y eficiencia en la regulación contractual.

63. PALAO UCEDA, J., "Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales", *op. cit.*, p. 2011 ss.

64. CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *op. cit.*, p. 55.

el margen de litigiosidad[65]. Además, en un contexto en el que las empresas y los consumidores están sometidos a regulaciones comunes, resulta ineficiente mantener una separación normativa que no responde a la realidad económica contemporánea[66].

Es importante destacar que la unificación del derecho de obligaciones y contratos en el Código Civil no implica la desaparición del derecho mercantil como disciplina. Las necesidades específicas del comercio pueden ser atendidas mediante leyes especiales, como la legislación sobre sociedades, derecho bancario, derecho concursal o regulación financiera, sin que ello requiera la existencia de un código comercial separado. De hecho, muchos sistemas jurídicos contemporáneos han demostrado que la regulación de la actividad comercial puede gestionarse a través de normas sectoriales específicas, sin afectar la unidad del derecho privado.

Debe señalarse que mi postura podría estar influenciada por la experiencia italiana, donde desde 1942 se ha optado por la plena unificación de las normas civiles y comerciales en un solo Código Civil. Este modelo ha demostrado ser eficaz, permitiendo un derecho privado más coherente, estable y funcional, sin necesidad de recurrir a una codificación mercantil diferenciada. Italia ha logrado mantener la regulación del comercio mediante legislaciones especiales sin comprometer la unidad del derecho privado, lo que constituye una experiencia que puede servir de referencia para otros ordenamientos.

La existencia de un Código de Comercio separado es, en definitiva, una construcción histórica que hoy día carece de una justificación pragmática y dogmática[67]. La unificación de la regulación contractual en un solo Código Civil ofrece mayor coherencia, claridad y seguridad jurídica, alineándose con la tendencia europea y facilitando la adaptación

---

65. PALAO UCEDA, J., "Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales", *op. cit.*, p. 2026: "La creación de compartimentos estancos e independientes en el ordenamiento puede llevarnos al precipicio de las excepcionalidades y exclusividades, tornando inabarcable al conocimiento y su aplicación. Lo referido desemboca en más inseguridad e incertidumbre, privándole finalmente del merecido Estatuto de Ciencia práctica al Derecho".

66. DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *op. cit.*, p. 73, destaca la necesidad de actualizar el derecho de obligaciones y contratos, proponiendo una regulación unitaria que siga el modelo holandés de unificación del Código Civil y el Código Mercantil.

67. En sentido contrario, PALAO UCEDA, J., "Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales", *op. cit.*, p. 2014, el cual, aunque enfatiza la importancia del respeto a la dogmática civil, defiende una codificación mercantil que no derive en la creación de un ordenamiento paralelo y desconectado del sistema jurídico general. Su postura se fundamenta en la idea de que el derecho mercantil no debe concebirse como una disciplina autónoma y aislada, sino como una rama especializada que, sin perder su especificidad, se apoye en los principios estructurales del derecho civil. La integración de la dogmática civil en la regulación mercantil no solo evitaría la fragmentación normativa, sino que también contribuiría a preservar la unidad del derecho privado. Esto permitiría que las reglas aplicables a las relaciones comerciales mantuvieran coherencia con los principios generales del ordenamiento, garantizando así la seguridad jurídica y la previsibilidad en las transacciones económica.

del derecho privado a la realidad económica globalizada. La pervivencia de un Código de Comercio separado responde más a una inercia histórica que a una necesidad jurídica real.

Por otro lado, aun si se optara por mantener una distinción entre el Código Civil y el Código de Comercio, la regulación de la protección del consumidor debería situarse, sin duda, en el ámbito del derecho civil. La razón principal es que la normativa de consumo no se fundamenta en la existencia de un empresario o comerciante, sino en la necesidad de proteger a la parte más vulnerable en una relación contractual. El consumidor se define por su condición de sujeto que actúa fuera del ámbito profesional, y su tutela debe basarse en principios generales del derecho privado. En consecuencia, la regulación del consumo debe integrarse en el Código Civil como derecho supletorio e integrador, garantizando que la protección de los consumidores se articule en torno a la equidad contractual y la buena fe, y no como un apéndice del derecho mercantil.

La existencia de un Código de Comercio separado es, en definitiva, una construcción histórica que hoy día carece de una justificación pragmática y dogmática. La unificación de la regulación contractual en un solo Código Civil ofrece mayor coherencia, claridad y seguridad jurídica, alineándose con la tendencia europea y facilitando la adaptación del derecho privado a la realidad económica globalizada[68]. La pervivencia de un Código de Comercio separado responde más a una inercia histórica que a una necesidad jurídica real. En la medida en que el derecho debe evolucionar en función de las exigencias de la sociedad y de la economía, la supresión de esta dicotomía resulta no solo deseable, sino imperativa para garantizar un sistema jurídico más claro, predecible y eficiente.

68. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., "Codificación, decodificación y unificación del Derecho del derecho contratos en el ordenamiento español", *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2023, n.º 20, p. 340 ss., a lo largo del trabajo se evidencia una tensión entre la tradición codificadora del siglo XIX y las necesidades de modernización del derecho de contratos en el contexto actual. Sostiene que, si bien la unificación total puede resultar difícil de alcanzar, los procesos de recodificación y descodificación, junto con las iniciativas europeas, están encaminados hacia una mayor coherencia y uniformidad en la regulación de las obligaciones contractuales. Esta evolución, en su visión, favorecerá la seguridad jurídica y la adaptación del derecho a los retos de un mercado globalizado y tecnológicamente avanzado.

10. TÉCNICAS LEGISLATIVAS COHERENTES CON UN CÓDIGO CIVIL CONTEMPORANEO

Existen dos enfoques fundamentales para la concepción y estructuración de un Código Civil, cada uno con características distintivas que impactan profundamente en su aplicación y eficacia en la sociedad contemporánea, aunque es indiscutible que ambos siempre se combinan. En las líneas siguientes, sin embargo, solo queremos referirnos a un código en el que se favorezca uno u otro enfoque.

El enfoque caracterizado por pocas cláusulas generales y un detallismo normativo exhaustivo se centra en la regulación precisa de cada aspecto de las relaciones privadas. Cada disposición legal aborda situaciones específicas con un nivel de detalle que busca prever y regular todas las contingencias posibles. Este nivel de especificidad proporciona certeza jurídica al establecer claramente los derechos y obligaciones de las partes involucradas en transacciones comerciales, disputas contractuales y otros ámbitos legales. Sin embargo, esta precisión puede llevar a un marco normativo rígido y menos adaptable a los cambios rápidos en la sociedad, especialmente aquellos impulsados por avances tecnológicos o cambios culturales profundos. La falta de principios generales más amplios también puede limitar la capacidad del sistema legal para evolucionar y adaptarse a nuevas realidades emergentes de manera ágil y eficiente.

El enfoque detallista y específico, con pocas cláusulas generales y principios, ofrece una serie de ventajas y desventajas. Una de las principales ventajas es la previsibilidad y la seguridad jurídica que proporciona. Al detallar de manera exhaustiva cada posible situación y sus respectivas soluciones legales, los ciudadanos y operadores jurídicos pueden saber con exactitud cuáles son sus derechos y obligaciones en prácticamente cualquier circunstancia. Esta claridad normativa puede ser particularmente útil en contextos donde la confianza en el sistema legal es crucial, como en las transacciones comerciales internacionales o en situaciones donde los actores necesitan certezas precisas para la toma de decisiones económicas y financieras.

Sin embargo, este enfoque también presenta significativos inconvenientes. Uno de los más notorios es su rigidez. Al estar compuesto por normas muy específicas y detalladas, este tipo de Código Civil puede resultar difícil de adaptar a las nuevas realidades sociales, económicas y tecnológicas. Los cambios en la sociedad moderna son rápidos y constantes, y un código excesivamente detallado puede volverse obsoleto en poco tiempo. La ausencia de principios generales que orienten la interpretación y aplicación de las normas puede limitar la capacidad de los jueces para adaptar el derecho a nuevas circunstancias no previstas por el legislador. Además, la proliferación de normas detalladas puede complicar la labor de interpretación y aplicación del derecho, tanto para los jueces como para los abogados y los ciudadanos, quienes pueden encontrar difícil navegar un marco legal tan denso y complejo.

Por otro lado, el enfoque que privilegia principios generales y cláusulas amplias busca proporcionar un marco normativo flexible y adaptable[69]. Este tipo de Código Civil se basa en la idea de que es más efectivo regular las relaciones privadas a través de principios generales que puedan aplicarse de manera flexible a una amplia variedad de situaciones. En lugar de detallar cada posible escenario, este enfoque establece directrices fundamentales que orientan la interpretación y aplicación de las normas específicas, permitiendo una mayor flexibilidad para ajustar el derecho civil a las dinámicas cambiantes de la sociedad. Los principios generales actúan como guías que los jueces y otros operadores jurídicos pueden utilizar para interpretar y aplicar la ley de manera coherente y equitativa[70].

69. Véanse las consideraciones de ESPÍN CÁNOVAS, D., "Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, p. 826 ss., quien, por un lado, destaca la importancia del uso de cláusulas generales y, por otro, demuestra cómo el Código Civil ha recurrido de manera significativa a estas cláusulas, lo que ha asegurado su adaptabilidad a lo largo del tiempo. El autor, tras aclarar numerosos supuestos de indeterminación normativa (cuando falta la determinación expresa de un requisito y este se deja al criterio del juez; cuando la norma remite a los usos; cuando la norma delega en la autoridad judicial la evaluación de las circunstancias concretas; o cuando se requiere la existencia de causas justas valoradas por la autoridad judicial), centra su atención en las cláusulas generales de orden público, distinguiendo entre el orden público interno e internacional. El primero actúa como un límite a la autonomía privada, mientras que el segundo establece un límite a la admisibilidad de una ley o acto extranjero. Asimismo, profundiza en los conceptos de buena fe y buenas costumbres. Reitero que el uso de cláusulas generales solo puede evitar un posible arbitrio del intérprete si existe un sistema de principios normativos orientados axiológicamente que ofrezcan una garantía para dotar de contenido real a estos conceptos. V. mis consideraciones en la nota n.º 72.

70. Para todos, resulta relevante la reflexión de GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015, quien señala que la legislación detallista, característica del siglo XX, perseguía únicamente garantizar la certeza de la ley, entendida como una regulación exhaustiva y precisa de las normas. Sin embargo, en el contexto de la nueva perspectiva cultural contemporánea, este enfoque resulta insuficiente. En lugar de priorizar exclusivamente la certeza normativa, se debe orientar la mirada hacia la seguridad del derecho, concepto más amplio y dinámico que incluye no solo la previsibilidad de las normas, sino también su capacidad para responder a las necesidades sociales, históricas y culturales del momento. Este giro conceptual implica lo que Grossi denomina un "retorno al derecho", que no es simplemente un repliegue a los fundamentos normativos tradicionales, sino una recuperación ineludible de la relación intrínseca que vincula el derecho con la sociedad y la historia. Es decir, el derecho debe ser entendido como un fenómeno vivo en constante diálogo con la realidad social que lo genera y que, a su vez, lo transforma. En este sentido, el retorno al derecho exige superar la mera formalidad legislativa para reenfocar los esfuerzos en construir un orden jurídico que esté enraizado en las realidades concretas de la sociedad. Esto incluye atender las transformaciones culturales, los desafíos contemporáneos y las tensiones históricas que condicionan la evolución normativa.

La principal ventaja de este enfoque es su capacidad de adaptarse a nuevas situaciones y realidades emergentes[71]. En un mundo en constante cambio, con avances tecnológicos y transformaciones sociales rápidas, un Código Civil basado en principios generales puede mantenerse relevante y aplicable sin necesidad de constantes reformas legislativas. Esta flexibilidad permite que el derecho evolucione junto con la sociedad, facilitando la incorporación de nuevos conceptos y la adaptación a circunstancias inéditas. Además, un marco normativo basado en principios generales puede fomentar una interpretación más equitativa y justa, ya que permite a los jueces tomar en cuenta las particularidades de cada caso y aplicar la ley de manera que se ajuste mejor a los objetivos de justicia y equidad[72].

La digitalización y la economía global son ejemplos claros de áreas donde un código basado en principios generales es más eficaz. Las nuevas tecnologías, como los contratos electrónicos y la protección de datos personales, requieren una regulación que pueda adaptarse a innovaciones constantes y a cambios rápidos en el entorno digital. Un código que se basa en principios generales puede proporcionar las bases para una interpretación

---

71. Según DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", *op. cit.*, p. 73 ss., en la redacción de un nuevo código deben observarse cinco niveles de racionalidad: 1) la racionalidad lingüística, para eliminar vaguedades, ambigüedades y oscuridades; 2) la racionalidad formal, sistemática o técnico-jurídica, para garantizar el control de la cohesión con las normas superiores y evitar lagunas y antinomias; 3) la racionalidad pragmática, es decir, la predicción del cumplimiento de las normas o, mejor dicho, su capacidad para motivar la conducta de los destinatarios; 4) la racionalidad teleológica, dirigida a verificar qué producirá en la sociedad el cumplimiento de esas normas; 5) la racionalidad en términos económicos, para verificar qué consecuencias puede acarrear el cumplimiento de esas normas.

72. ROCA I TRÍAS, E., "Constitución y Códigos. Los especiales problemas de la Codificación civil", *op. cit.*, p. 879, sostiene que, si bien es cierto que un sistema de cláusulas generales permite una mejor adaptabilidad del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que esto podría generar una mayor inseguridad jurídica. Además, la autora subraya que este sistema refleja una opción política específica: la de confiar en la autoridad judicial la decisión final, permitiéndole adaptar el derecho a las circunstancias concretas del caso. A esta aguda reflexión de la autora podemos añadir que el riesgo de inseguridad jurídica podría materializarse si el contenido de las cláusulas generales se dejara enteramente a la discrecionalidad del intérprete. Sin embargo, un ordenamiento normativo que establezca principios fundamentales y en el que dichos principios, junto con los valores que representan, se encuentren organizados jerárquicamente, atenúa significativamente este riesgo. En este contexto, el contenido de las cláusulas generales no sería arbitrario, sino que dependería del sistema normativo de principios y valores establecido. Es indiscutible que un cambio radical en la técnica normativa conlleva también una transformación en la teoría hermenéutica. Así, la tradicional aplicación del derecho basada en el silogismo cede el paso a la ponderación de principios, donde la lógica formal deja espacio a una lógica valorativa y argumentativa. Además, debe señalarse que la seguridad jurídica no puede basarse exclusivamente en la repetición de la solución judicial, ya que, aunque esta uniformidad podría ofrecer seguridad, también podría ser fuente de injusticia. La verdadera seguridad jurídica debe sustentarse en la controlabilidad de la decisión jurídica, lo que hace de la motivación un elemento imprescindible. De hecho, la motivación se erige no solo como el instrumento esencial para el control del derecho, sino también como la auténtica garantía de la seguridad jurídica al permitir que las decisiones sean comprensibles, evaluables y previsibles en función del sistema normativo en su conjunto.

flexible y efectiva de estas cuestiones emergentes, mientras que un código detallista podría quedarse atrás, incapaz de prever todas las posibles innovaciones tecnológicas.

Las relaciones personales y familiares también se benefician de un enfoque basado en principios generales. La diversidad de modelos familiares y las nuevas formas de convivencia requieren un marco legal que reconozca y proteja los derechos individuales en un contexto amplio. Los principios generales permiten a los jueces interpretar las leyes de manera inclusiva y justa, adaptándose a las necesidades específicas de cada caso sin estar restringidos por normativas excesivamente detalladas que puedan no considerar todas las variaciones de la vida real.

Además, la globalización y la interconexión mundial exigen una mayor armonización con el derecho internacional y los estándares de derechos humanos. Un código basado en principios generales facilita la integración de normas internacionales, asegurando que los derechos fundamentales sean protegidos y que la justicia social sea promovida de manera efectiva. Este enfoque permite una adaptación más rápida a los cambios en el entorno jurídico global, facilitando la cooperación y la coherencia normativa entre diferentes jurisdicciones.

Por último, la sostenibilidad y la responsabilidad social empresarial son áreas emergentes que requieren un enfoque flexible y adaptativo. Un código detallista podría no ser capaz de incorporar rápidamente los principios de desarrollo sostenible y responsabilidad ambiental necesarios para enfrentar los desafíos actuales. En cambio, un código basado en principios generales puede integrar estos valores de manera efectiva, proporcionando un marco legal que promueva prácticas responsables y sostenibles sin necesidad de reformas constantes.

En conclusión, un Código Civil basado en principios generales y cláusulas abiertas ofrece una mayor utilidad y relevancia en el contexto jurídico contemporáneo. Su flexibilidad y capacidad de adaptación lo hacen superior a un código detallista, proporcionando una base sólida para enfrentar los desafíos y cambios constantes de nuestra sociedad moderna. Esta aproximación asegura que el marco legal se mantenga justo, inclusivo y eficaz, reflejando las necesidades y valores de una sociedad en constante evolución.

11. EL PAPEL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS PARA LA MODIFICACIÓN DE UN CÓDIGO CIVIL

La recodificación o reforma profunda del Código Civil es una tarea de extraordinaria complejidad, que requiere la participación de juristas altamente cualificados y una planificación meticulosa. Para abordar esta empresa, existen esencialmente dos enfoques posibles: la creación de una Comisión de Codificación permanente[73] o el establecimiento de una comisión *ad hoc* con un mandato específico. Aunque ambos modelos pueden considerarse viables en principio, este trabajo defiende con firmeza la opción de un órgano permanente como la solución más eficaz y sostenible.

La principal ventaja de una Comisión de Codificación permanente radica en su capacidad para garantizar una labor continua y una visión de largo plazo en la modernización del derecho civil[74]. A diferencia de las comisiones *ad hoc*, limitadas a intervenciones puntuales y sin una proyección duradera, un órgano permanente permite un seguimiento constante de las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas, adaptando de manera proactiva el sistema jurídico a las nuevas realidades. Esta continuidad evita reformas aisladas o reactivas, promoviendo en su lugar un proceso de mejora estructural y coherente[75].

Además, un órgano permanente acumula conocimientos y experiencias valiosas, que se reflejan en propuestas normativas bien fundamentadas. Sus miembros, dedicados de forma estable a esta función, pueden identificar con mayor profundidad las áreas problemáticas y desarrollar soluciones que respondan a las necesidades del ordenamiento jurídico en su conjunto. Esta capacidad para abordar el derecho civil de manera integral garantiza reformas sólidas y duraderas, alejándose de los parches legislativos que a menudo caracterizan el trabajo de las comisiones temporales.

---

73. V. las interesantes consideraciones de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "De la codificación a la descodificación", *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, n.º 3, 2020, p. 10 ss., aunque se refieren a los trabajos de la comisión mercantil y al proceso de elaboración de un código mercantil.

74. Sobre la Comisión de Codificación española, PAU PEDRÓN, A., "El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación", *Anuario de Derecho Civil,* LXIX, 2016, n.º 3, p. 977 ss. El autor analiza la reforma de 2015 de la Comisión General de Codificación (CGC), resaltando la ampliación de sus funciones, la mayor objetividad e independencia de sus vocales y la promoción de la buena técnica legislativa. El autor valora positivamente el regreso al ideal codificador, contrario al enfoque descodificador de 1997, y destaca la utilidad de la CGC para clarificar y sistematizar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, critica la persistencia de estructuras ineficaces, como el pleno y las secciones mixtas, y sugiere un modelo más operativo y moderno, inspirado en la Commission Supérieure de Codification francesa.

75. Precisa PAU PEDRÓN, A., "El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación", *op. cit.*, p. 979 ss., que desde el Real Decreto de 1978, la CGC ha vivido distintas etapas. La reforma de 1978 introdujo las "ponencias especiales" para abordar proyectos legislativos urgentes. Sin embargo, esta figura desapareció con los estatutos de 1997, que marcaban una era de descodificación legislativa. Contrariamente, la reforma de 2015 recupera el valor de la codificación, subrayando su importancia para la claridad normativa y la seguridad jurídica.

Otro punto a favor de la permanencia de la comisión es su potencial para establecer colaboraciones continuas con académicos, profesionales del derecho, organizaciones de la sociedad civil y otros actores relevantes. Esta interacción contribuye a enriquecer las reformas con una pluralidad de perspectivas y garantiza que las modificaciones legales respondan realmente a las demandas de la sociedad. Además, un órgano permanente facilita la coordinación con otras instituciones legislativas y administrativas, asegurando que las reformas del Código Civil se alineen con el resto del sistema jurídico y evitando así conflictos normativos o incoherencias legales.

La preferencia por un órgano permanente se refuerza también por su capacidad para promover la transparencia y la participación pública en el proceso de reforma. Al establecer mecanismos de consulta ciudadana, se ofrece la oportunidad a individuos y organizaciones de expresar sus opiniones, lo que no solo mejora la calidad de las reformas, sino que también incrementa su legitimidad y aceptación social.

En conclusión, una Comisión de Codificación permanente proporciona una estructura estable y eficaz para llevar a cabo una modernización continua y coherente del Código Civil. Su existencia asegura una adaptación oportuna del marco legal a los cambios sociales, económicos y tecnológicos, contribuyendo a un sistema jurídico justo, efectivo y capaz de responder a las necesidades de una sociedad en constante transformación.

12. REFLEXIÓN SOBRE LA REFORMA DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS: LEY ESPECIAL CONTRA CÓDIGO CIVIL

La necesidad de actualizar y reformar las normas que regulan las obligaciones y los contratos es un tema recurrente en la teoría del derecho[76] y una cuestión que, en el contexto jurídico actual, resulta ineludible. Dado que la disciplina establecida en el Código Civil español ha quedado obsoleta y ha sido ampliamente superada por la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Supremo, no solo adaptándola a las exigencias del presente, sino también incorporando criterios derivados de los proyectos de codificación europea, la urgencia de una reforma es incuestionable.

En este marco, el desafío consiste en determinar cuál es la técnica normativa más adecuada para llevar a cabo esta transformación, garantizando una mayor coherencia y eficacia del sistema jurídico. Se plantea, por tanto, el debate sobre la conveniencia de abordar estas reformas mediante una ley especial, que permita una adaptación más ágil y específica, o a través de su inclusión en un Código Civil, opción que ofrecería una mayor sistematización y estabilidad en la regulación de las obligaciones y los contratos[77].

---

76. DÍEZ-PICAZO, L., "El derecho de obligaciones en la codificación civil española", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, p. 707 ss. demuestra, a través de un análisis histórico, que el Libro IV del Código Civil español, dedicado a las obligaciones, fue el menos debatido durante su elaboración. Las principales discusiones se centraron en el matrimonio, los regímenes patrimoniales de la familia y el derecho de sucesiones, mientras que en materia de obligaciones existía una sustancial unidad de criterios. Subraya que la característica distintiva de la regulación de las obligaciones es la abstracción, con el objetivo de proporcionar una normativa general aplicable a todas las especies de obligaciones que puedan surgir en la práctica. Sobre la base de estas reflexiones, aunque señala algunos aspectos en los que la regulación podría beneficiarse de ciertos cambios, en términos generales considera que el Código Civil mantiene su vigencia y resulta sustancialmente adecuado para abordar las situaciones y problemas que una sociedad industrial avanzada pueda presentar. Más aún, destaca que, como ya indicaba Alonso Martínez, los nuevos tipos contractuales que la inventiva humana pueda desarrollar encuentran cabida en el principio general de la libertad contractual y en los principios generales.

77. Otra cuestión clave al proponer una reforma de las obligaciones y los contratos en el contexto español es determinar con precisión qué se entiende por la expresión "bases de las obligaciones contractuales" contenida en el artículo 149.1.8.ª CE, con el propósito de delimitar el alcance de la competencia de las comunidades autónomas para dictar normas de derecho civil en esta materia. En este sentido, resultan especialmente interesantes y perspicaces las recientes reflexiones de VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n.º 5, p. 75 ss. Con extrema síntesis y sacrificio de los ricos matices del ensayo, Valera Castro afirma que las "bases de las obligaciones contractuales" no deben incluir principios esenciales como la buena fe o la autonomía de la voluntad, ya que son uniformes en todos los sistemas jurídicos y no requieren regulación adicional. Las bases deben centrarse en aspectos generales, como la distribución de riesgos o el incumplimiento contractual, que justifican una regulación estatal para garantizar unidad normativa. Asimismo, la regulación de contratos específicos puede admitir intervención autonómica, siempre que respete principios fundamentales. Esto permite equilibrar la competencia estatal y autonómica, dando sentido a la reserva competencial estatal. V., también, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, p. 98 ss.

Ambas opciones tienen sus pros y contras, y es esencial analizar estos aspectos para llegar a una conclusión fundamentada sobre cuál es el camino más adecuado[78].

Una ley especial sobre obligaciones y contratos presenta la ventaja de ser un instrumento legal más específico. Permite abordar de manera directa y precisa aspectos particulares del derecho de obligaciones sin necesidad de reformar todo el Código Civil. Esto resulta especialmente útil en contextos donde los cambios económicos, tecnológicos o sociales requieren respuestas rápidas. Además, estas leyes ofrecen mayores oportunidades para desarrollar regulaciones detalladas en áreas complejas y técnicas, lo que las convierte en la opción preferible para la regulación de sectores especializados.

Sin embargo, la adopción de una ley especial tiene también importantes desventajas[79].

En primer lugar, puede generar una fragmentación normativa. La existencia de múltiples leyes específicas sobre diferentes aspectos del derecho de obligaciones puede complicar la coherencia y la armonización del sistema jurídico. Esto puede llevar a conflictos normativos y a una mayor dificultad para los operadores jurídicos y ciudadanos en entender y aplicar el derecho. La fragmentación también puede dar lugar a lagunas jurídicas, donde ciertos aspectos del derecho de obligaciones no estén claramente regulados o se encuentren regulados de manera contradictoria.

Otro inconveniente de una ley especial es que puede carecer de la perspectiva integral y sistemática que ofrece un Código Civil, que está diseñado para proporcionar un marco coherente y unificado para el derecho privado, integrando las obligaciones y contratos con otras áreas del derecho civil, como los derechos reales, el derecho de familia y las sucesiones. Esta integración facilita una comprensión holística del derecho y asegura que las normas de obligaciones y contratos se apliquen de manera consistente con el

78. MARTÍN OVIEDO, J. M., "Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado", *op. cit.*, p. 215 s., después de haber señalado que la codificación complementó la Revolución francesa, reemplazando las antiguas leyes feudales con un sistema liberal y burgués, y tras haber destacado que el impacto de la codificación transformó la ley en la fuente principal del derecho, dejando atrás el fuero y la costumbre medievales, concluye que hoy la codificación es solo una técnica legislativa sin carga ideológica, centrada en mantener actualizadas las normas, aunque la complejidad normativa actual hace imposible que el ciudadano común conozca todas las leyes que le afectan.

79. GÓMEZ POMAR, F., *op. cit.*, p. 127 ss. Identifica, entre las posibles desventajas que genera la codificación, las tres siguientes: la eliminación de los efectos beneficiosos de la competencia entre ordenamientos jurídicos, la reducción de los incentivos para que los responsables políticos aprueben mejoras en las normas existentes y la heterogeneidad de preferencias y situaciones económicas y sociales. Muchas de estas desventajas parecen estar más relacionadas con la idea de una codificación europea que con una codificación a nivel nacional, dado que la alternativa de legislar mediante leyes especiales no permite superar estos límites. Distinta es, en cambio, la cuestión del riesgo de inmovilidad del derecho, es decir, el peligro de que la aprobación de un código, al crear un sistema o remodelarlo, termine por cristalizarlo, ya que resulta mucho más sencillo modificar una ley ordinaria que un código.

resto del sistema jurídico. Además, como advierte Natalino Irti[80], el aumento de las leyes especiales conduce a la proliferación de microsistemas jurídicos, cada uno con sus propias reglas y principios específicos. Este fenómeno fragmenta el ordenamiento jurídico y complica la labor de extraer principios generales de normas sectoriales. Al estar cada microsistema centrado en resolver problemas específicos, se pierde la capacidad de formular conceptos jurídicos generales que puedan guiar la interpretación y aplicación del derecho en un sentido más amplio. La abundancia de microsistemas reduce la previsibilidad del derecho y dificulta el gobierno de los conceptos, poniendo en riesgo la unidad y la estabilidad del sistema jurídico en su conjunto.

Por otro lado, codificar las reformas de las obligaciones y contratos dentro de un código civil tiene la ventaja de promover la unificación del derecho. Un Código Civil revisado y actualizado puede ofrecer un marco normativo comprehensivo que integre todas las áreas del derecho civil de manera armoniosa[81]. Esto no solo facilita la comprensión y aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos y los ciudadanos, sino que también reduce, mediante la referencia a los principios rectores, los conflictos normativos y las lagunas jurídicas[82].

La codificación también asegura una mayor estabilidad y previsibilidad en el derecho[83]. Los códigos civiles, por su naturaleza, están diseñados para perdurar en el tiempo y

---

80. IRTI, N., *L'età della decodificazione*, *op cit.*, p. 119: "Un sistema, che ormai combacia con un corpo definito di leggi, assume un nuovo valore. Non più mono-sistema, correlativo alle strutture del Codice civile, svolto secondo il disegno e le partizioni di esso...; ma poli-sistema, come quadro d'insieme, o cornice di principi, in cui si iscrive una pluralità di micro-sistemi e di logiche di settore".

81. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", *op. cit.*, p. 63 s.

82. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n.º 2, p. 31: "Pero, sobre todo, considero que, en un ambiente social y jurídico gobernado, si se me permite, por el caos, es más necesario que nunca poner orden y recoger en un cuerpo legal de especial *auctoritas* y tradición vertebradora las normas generales más señeras o más estructurales del sistema; entre ellas, las consideradas en este trabajo, las cuales afectan a los aspectos generales de las obligaciones y contratos".

83. Sobre la necesidad de una reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones", *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, vol. I, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, p. 288 ss., se ha pronunciado con autoridad desde hace tiempo, y considera que el Código Civil es el foro ideal. "El programa de reforma del Código civil que acabo de esbozar presupone una opción decidida a favor de la labor codificadora frente a las técnicas de las leyes especiales ... Hoy en día codificar ... sigue siendo, en principio, la mejor garantía del rigor y del respeto del sistema a la hora de legislar". El autor, tras ofrecer una explicación histórica de por qué una parte de las obligaciones y contratos se regulaban en el Código de Comercio, concluye que el foro adecuado para la reforma debe ser el Código Civil y que las normas del Código de Comercio no suponen ninguna diferencia con el Código Civil y, cuando lo hacen, esta diferencia carece de justificación en una hipotética adaptación al tráfico mercantil.

proporcionar un marco normativo estable[84]. Aunque las reformas al Código Civil pueden ser más lentas y complejas que las enmiendas a una ley especial, esta estabilidad es fundamental para la seguridad jurídica[85]. Los actores económicos y sociales pueden planificar sus actividades con mayor confianza cuando operan en un marco legal estable y predecible[86].

Además, un Código Civil que incorpora las reformas en obligaciones y contratos puede ofrecer una mayor flexibilidad interpretativa. Los principios generales y cláusulas abiertas que caracterizan a los códigos civiles modernos permiten una adaptación más efectiva a las circunstancias cambiantes sin necesidad de reformas legislativas constantes. Los jueces y tribunales pueden interpretar y aplicar estos principios de manera flexible, asegurando que el derecho de obligaciones y contratos se mantenga relevante y eficaz en contextos diversos y dinámicos.

No obstante, la codificación también presenta desafíos significativos. La reforma de un Código Civil es un proceso complejo y extenso que requiere un consenso amplio y un esfuerzo legislativo considerable. Esto puede resultar en demoras y dificultades para implementar cambios necesarios de manera oportuna. Además, la naturaleza integral de un código significa que cualquier cambio en una parte del código puede tener repercusiones en otras áreas, lo que complica aún más el proceso de reforma.

En términos prácticos, la codificación puede ser vista como un proceso más riguroso y exhaustivo, que involucra la revisión y actualización de todo el cuerpo del derecho civil. Esto requiere una planificación y coordinación detalladas, así como la participación de una amplia gama de expertos y partes interesadas. Sin embargo, este enfoque exhaustivo asegura que las reformas sean coherentes y bien integradas en el sistema jurídico general.

La decisión entre adoptar una ley especial o codificar las reformas en un Código Civil debe considerar también el contexto y las necesidades específicas del sistema jurídico

---

84. CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *op. cit.*, p. 58 ss.

85. DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *op. cit.*, p. 89, afirma que la dispersión normativa y la falta de adecuación a las necesidades sociales, económicas y tecnológicas actuales evidencian la urgencia de una profunda modernización. Un Código Civil renovado debería aspirar a unificar el derecho de obligaciones y contratos, integrar de manera armoniosa las distintas fuentes del ordenamiento jurídico e incorporar ámbitos esenciales como los derechos humanos y el derecho de consumo. Solo así España podría contar con un cuerpo normativo moderno, coherente y a la altura de las naciones de su entorno, devolviendo al Código Civil el protagonismo que merece en el sistema jurídico, únicamente superado por la Constitución.

86. ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", *op. cit.*, p. 49 s., las observaciones sobre la necesidad de codificación siguen sonando de rabiosa actualidad: "Burguesía y agrariedad, perennes fundamentos del derecho civil en el pasado lo son también en el presente con nuevos contenidos y ámbitos renovados. Son la razón de su existencia, su razón genuina. Se condensan en una vieja trilogía, ya conocida por los juristas romanos: reparar los daños causados, gozar y disponer *ad libitum* de las cosas en tanto lo permitan las leyes, negociar hasta donde consientan los límites morales y jurídicos. El ocio es, simplemente, el descanso fruitivo y fecundo. El *otium* no formó parte del orden burgués clásico ni de la mentalidad bucólica tradicional, esclava del trabajo servil desde la aurora hasta el ocaso. Pero se infiltra, más y más, en los nuevos órdenes regulados por el derecho moderno".

de cada país. En algunos casos, una ley especial puede ser una solución adecuada para responder rápidamente a necesidades urgentes y específicas. Sin embargo, en otros contextos, la codificación puede ofrecer beneficios más significativos en términos de coherencia, estabilidad y flexibilidad a largo plazo.

En conclusión, aunque tanto la adopción de una ley especial como la codificación en un Código Civil tienen sus pros y contras, la opción de codificar las reformas de las obligaciones y contratos dentro de un Código Civil se presenta, a mi parecer, como la mejor opción[87]. Asegura una mayor coherencia y unificación del derecho, ofreciendo un marco normativo comprehensivo y estable[88]. Además, un Código Civil actualizado puede proporcionar una mayor flexibilidad interpretativa, permitiendo una adaptación efectiva a las circunstancias cambiantes sin necesidad de reformas constantes. El proceso de codificación, aunque más complejo y riguroso, garantiza que las reformas sean integrales y bien coordinadas, evitando la fragmentación y, en la medida de lo posible, las lagunas normativas. Un Código Civil revisado y adaptado a las realidades contemporáneas[89] puede proporcionar la seguridad jurídica y la previsibilidad necesarias para que los actores económicos y sociales planifiquen y realicen sus actividades con confianza[90]. En última instancia, un enfoque de codificación promueve un sistema jurídico más coherente, estable y adaptable, lo que es esencial para enfrentar los desafíos y cambios de nuestra sociedad moderna.

---

87. Así, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La mercantilización del Derecho Civil…", *op. cit.*, p. 10: "La mejor manera de modernizar este sector del ordenamiento jurídico español consiste en elaborar un nuevo Derecho de obligaciones y contratos que, por tradición y por sistemática, debería estar en el Código Civil español; junto a él habrían de situarse una serie de leyes que pudieran, en su caso, llamarse códigos sectoriales en ciertas materias convencionalmente civiles (arrendamientos rústicos y urbanos, por ejemplo), o en distintas materias tradicionalmente tildadas de mercantiles (estatuto del empresario, sociedades, propiedad industrial, marítimo, cambiario, etc.)".

88. En sentido contrario, ALFARO AGUILA-REAL, *op. cit.*, según el cual "Codificar el Derecho Privado tiene sentido cuando el Estado es nuevo o cuando se ha producido una revolución económica, es decir, cuando hay un cambio de régimen político y económico que altera fundamentalmente el sistema económico y a sus instituciones básicas (propiedad y contratos)".

89. CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *op. cit.*, p. 60: "Como se puede observar existen opiniones que niegan que en el momento presente deba utilizarse la codificación como técnica porque la técnica de los Códigos está superada. Sin embargo, en mi opinión en la línea de otros autores creo que en otro momento histórico y bajo otros presupuestos la técnica de la codificación, del Código en su sentido histórico sigue siendo válida. No se trata probablemente de Códigos nuevos sino de profundizar en los estudios de la doctrina y en el desarrollo judicial del derecho para incorporar mediante una armonización de nuestras leyes que incluya los estudios tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en el desarrollo del Derecho que necesariamente se ha producido desde la codificación del siglo XIX".

90. DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *op. cit.*, p. 76: "Ante las deficiencias enumeradas, es necesaria y urgente la reforma o la recodificación de nuestro Derecho Civil, pues solo así el texto codificado podrá recuperar la posición central que le corresponde en el Ordenamiento Jurídico español".

13. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha permitido realizar un análisis profundo y estructurado sobre la codificación del derecho civil, abordando su evolución histórica, su rol actual y las perspectivas de futuro. Las conclusiones alcanzadas no solo presentan resultados individuales, sino que forman un entramado lógico y cohesionado, reflejando una visión integral y propositiva.

En primer lugar, se reafirma la importancia esencial del Código Civil como columna vertebral del sistema jurídico privado. A pesar de su carácter formal de ley ordinaria, su función estructurante le otorga un estatus casi constitucional, garantizando la coherencia y la seguridad jurídica necesarias para el ordenamiento normativo.

Esta relevancia se comprende mejor al contrastar los códigos civiles de primera y segunda generación. Mientras los primeros ofrecieron estabilidad y uniformidad en el siglo XIX, los segundos evolucionaron para incorporar principios de derechos humanos, flexibilidad normativa y adaptabilidad, características indispensables en un contexto social y jurídico en constante transformación.

Sin embargo, la necesidad de adaptación ha llevado, en muchos ordenamientos, al fenómeno de la descodificación, el cual, si bien permite una mayor flexibilidad, también ha provocado problemas de fragmentación normativa y pérdida de coherencia sistémica. En este sentido, el trabajo concluye que una recodificación moderna y estructurada podría ser la vía adecuada para restaurar la unidad del derecho privado, asegurando al mismo tiempo una capacidad de respuesta dinámica a los nuevos desafíos sociales y tecnológicos.

La constitucionalización del derecho civil es otro elemento crucial en esta reflexión. La influencia del constitucionalismo moderno exige que el Código Civil no solo regule relaciones patrimoniales, sino que también sea un vehículo para la protección de los derechos fundamentales y la promoción de la justicia social, alineándose con los valores constitucionales y supranacionales.

Este enfoque cobra aún más importancia al analizar las reformas legislativas europeas recientes, que demuestran cómo varios ordenamientos han logrado transformar sus antiguos códigos de primera generación en instrumentos más versátiles y alineados con un modelo de segunda generación, incorporando normas abiertas y principios generales que permiten enfrentar cuestiones emergentes, como la regulación de nuevas tecnologías, la sostenibilidad y la protección de colectivos vulnerables.

En esta línea, se subraya la importancia de adoptar técnicas legislativas basadas en principios y cláusulas abiertas, que doten al Código Civil de la elasticidad necesaria para adaptarse a cambios rápidos sin perder la coherencia interna. Este modelo normativo no se limita a regular situaciones presentes, sino que establece un marco jurídico que facilita la interpretación y la adaptación a circunstancias futuras.

El establecimiento de una Comisión de Codificación permanente se revela como una propuesta esencial para garantizar que esta labor de modernización sea continua y

eficaz. Dicha comisión permitiría no solo una actualización constante del código, sino también una evaluación crítica de las leyes especiales, asegurando que las nuevas regulaciones se integren armónicamente en el sistema jurídico.

Un aspecto destacado del trabajo es la reflexión sobre la reforma de las obligaciones y contratos, donde se evalúa si la recodificación dentro del Código Civil podría evitar los problemas de fragmentación normativa que suelen acompañar la proliferación de leyes especiales. Esta reflexión se enlaza con el debate sobre el derecho de los consumidores, donde el autor se interroga sobre si fuese más conveniente integrarlo en el Código Civil o mantenerlo como un sistema normativo autónomo. Este análisis se fundamenta en el principio de economía de los actos jurídicos, sugiriendo que una integración podría favorecer una mayor coherencia normativa sin sacrificar la especialización y la protección específica que este ámbito requiere.

En definitiva, el trabajo no solo aboga por una recodificación del Código Civil, sino que propone un modelo que podría considerarse de tercera generación, donde la flexibilidad, la coherencia sistémica y el respeto a los derechos fundamentales se combinen para ofrecer un marco normativo robusto, adaptado a las exigencias de una sociedad compleja, globalizada y tecnológicamente avanzada. Se propone un Código Civil que, lejos de ser un documento estático, funcione como un instrumento vivo y evolutivo, capaz de guiar el orden jurídico hacia un futuro más justo y equilibrado.

BIBLIOGRAFÍA

ALEJANDRE GARCÍA, J. A., "Fundamentos de la Codificación las exigencias de la Codificación Española", *Codificación y constitucionalismo*, (coordinadores E. Martínez Ruiz, M. Torres Aguilar y M. de Pazzis Pi Corrales), Córdoba, Diputación de Córdoba, Delegación de Cultura, 2003, pp. 168-181.

ALFARO AGUILA-REAL, J., "Contra la promulgación Anteproyecto del Código Mercantil", *Derecho Mercantil*, 5 de junio de 2014, obtenido de: https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html#more

ALONSO PÉREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, pp. 17-50.

AZARA, A., "Codice", *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, Utet, 1964, pp. 384-386.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "La propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", *Revista de Derecho Mercantil*, 2013, n.º 289, pp. 35-42.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "De la codificación a la descodificación", *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, n.º 3, 2020, pp. 10-15.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Codificación civil y codificación mercantil: La reforma del Derecho de obligaciones", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, pp. 287-324.

CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *Revista de Derecho Civil,* II, 1, 2015, pp. 105-151, obtenido de: http://nreg.es/ojs/index.php/RDC

CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (coordinadoras E. Roca Trías y M.ª C. Cazorla González-Serrano), Pamplona (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, pp. 49-60.

CARBONNIER, J., *Le Code Civil. Lívre du Bícentenaire.* Paris, Dalloz, 2004.

CASTRONOVO, C., "Decodificazione Delegificazione Ricodificazione", *I cinquant'anni del Codice Civile*, vol. II, Milano, Giuffré, 1993, pp. 475-497.

DE PABLO CONTRERAS, P., "Unidad constitucional y codificación del derecho privado", *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*, (director A. Menéndez Menéndez), Madrid, Civitas, 2004, pp. 499-540.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil y derechos civiles forales", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 2020, pp. 9-56.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", Delgado Echeverría, J.; Rams Albesa, J. J., *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011, pp. 13-120.

DELGADO SÁEZ, J., "Las propuestas de reforma del Código Civil español", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2024, n.º 61, pp. 65-93.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Codificación, descodificación y recodificación", *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 473-484.

DÍEZ-PICAZO, L., "El derecho de obligaciones en la codificación civil española", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, pp. 707-717.

ESPÍN CÁNOVAS, D., "Ideas sociales reflejadas en el Código civil español (Derecho flexible)", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. I, 1990, pp. 825-849.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora, M.ª C. Cazorla González-Serrano), Navarra, Civitas, 2015, pp. 61-113.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La mercantilización del Derecho Civil. A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil en materia de obligaciones y contratos", *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015, pp. 5-30.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n.º 2, pp. 1-33.

GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", *Codificaciones del derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Navarra, Civitas, 2015, pp. 115-147.

GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Bari, Laterza, 2015.

HINESTROSA, F., "Codificación, descodificación y recodificación", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 2003, n.º 323, pp. 64-73.

IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1989.

LASARTE ÁLVAREZ, C., "El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. II, 1990, pp. 1105-1138.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, código y leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, pp. 1163-1176.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "Constitución, Código y Leyes especiales. Reflexiones sobre la llamada descodificación", *Derecho civil constitucional*, (selección de textos Á. M. López y López), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, pp. 31-46.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. M., "De nuevo sobre Constitución, Código y descodificación. ¿Un Código para Europa?", *Derecho civil constitucional*, (selección de textos Á. M. López y López), Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2015, pp. 47-76.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J., "La codificación civil en España: (síntesis de un proceso)", *Revista de Derecho Privado*, 1981, n.º 1, pp. 1083-1101.

MARTÍN OVIEDO, J. M., "Técnica legislativa en la elaboración de códigos. Visión general de la codificación. Derecho comparado", *Anuario de Derecho Civil,* LXIII, 2010, pp. 209-216.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El anteproyecto de código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil,* 2014, vol. I, n.º 3, pp. 37-66.

PALAO UCEDA, J., "Algunas aproximaciones a la importancia de la dogmática civil en la codificación mercantil desde la filosofía del derecho: especial mención a las instituciones contractuales", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2024, n.º 804, pp. 2001-2030.

PAU PEDRÓN, A., "El nuevo régimen jurídico de la Comisión General de Codificación", *Anuario de Derecho Civil,* LXIX, 2016, n.º 3, pp. 977-990.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., "Codificación, decodificación y unificación del Derecho de contratos en el ordenamiento español", *Revista Crítica de Derecho Privado*, 2023, n.º 20, pp. 325-358.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. I Metodi e tecniche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. II Fonti e Interpretazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. III Situazioni soggettive*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. IV Attività e responsabilità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti. V Tutela e giurisdizione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

PINO, G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS, 2016.

PORTALIS, J. E. M., *Discorso preliminare al primo Progetto di Codice Civile*, (traductor R. Calvo), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà con riguardo particolare alla proprietà terriera.* Milano, Giuffré, 1954.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Codificación y crisis del Derecho Civil", Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil: (1889-1989)*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, vol. II, 1990, pp. 1755-1775.

ROCA I TRÍAS, E., "Constitución y Códigos. Los especiales problemas de la Codificación civil", Arnaldo Alcubilla, E; González Trevijano, P., *En pro de la regeneración política de España*, Madrid, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, pp. 841-886.

ROCA I TRÍAS, E., "Un Código Civil para la era de la globalización". *Diario La Ley*, 2 de julio de 2019, n.º 9447, obtenido de: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAEVQwWrDMAz9mvo4nCyk9OBLkx4K6Zp0YWynodgiMXi2sexs_fu569gEOujp6fGeIkwkCs5AxgSmdVLUnG9vo15xhOm2c0Fh2F9FwaKLYC5IYrfIFaPFfT7BqmeI2tk9BDGGhEyrUzc8oxEntKkP2krtwRTlOy_yToI25LnKXV1VNVsxUD4W>.

ROMÁN GARCÍA, A., "Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho civil". Cabanillas Sánchez, Antonio*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. I Semblanzas. Derecho civil. Parte general, Madrid, Civitas, 2002, pp. 909-926.

SACCO, R., "Codificare: modo superato di legiferare?", *Rivista di Diritto Civile*, 1983, n.º 1, pp. 117-135.

SCHLESINGER, P., "Il tramonto del codice civile", *Rivista di Diritto Civile*, 1980, pp. 80-84.

VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, n.º 5, pp. 75-124.

VARGAS PAVEZ, M., "Reflexiones en torno a los alcances del fenómeno descodificador en el proceso civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2011, pp. 9-26.

SOBRE LA VIGENCIA DE LA TÉCNICA CODIFICADORA: ALGUNAS REFLEXIONES COMPARATISTAS*[1]

MARÍA ELENA SÁNCHEZ JORDÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

RESUMEN

En este trabajo se intentará responder a una cuestión que se ha planteado en los últimos años, que es la relativa a si la técnica codificadora sigue siendo una herramienta adecuada para dar respuesta a los retos jurídicos que plantea un mundo globalizado, tecnificado e hiperconectado como el actual. Para ello se revisarán algunas codificaciones modernas como son la catalana y la argentina, así como, en especial, el recientemente aprobado Código Civil chino.

PALABRAS CLAVE

Codificación; globalización; tecnificación; codificación catalana; codificación argentina; Código Civil chino.

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 03/03/2025.

1. Me gustaría dejar constancia de mi agradecimiento al profesor v. Barba por sus sugerentes comentarios y observaciones a la primera versión de este trabajo, así como a las personas que lo han evaluado de cara a su publicación por sus pertinentes críticas y recomendaciones.

ON THE VALIDITY OF THE CODIFICATION TECHNIQUE: SOME COMPARATIST THOUGHTS

ABSTRACT

This paper aims to address a question that has arisen in recent years, which is whether the codification technique is still an adequate tool to respond to the legal challenges posed by today's globalized, technologized, and hyperconnected world. For this purpose, some modern codification processes will be reviewed, such as those of Catalonia and Argentina, as well as, in particular, the recently enacted Chinese Civil Code.

KEYWORDS

Codification; globalization; Catalan codification; Argentinian codification; Chinese Civil Code.

SUMARIO

1. ¿Realmente se puede afirmar que el siglo XXI no es el siglo de la codificación? 82

2. Algunos ejemplos recientes 93

2.1. Justificación 93
2.2. La codificación civil catalana 95
2.3. El Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) 99
2.4. El Código Civil chino: una aproximación a sus características y aspectos de interés 104
2.4.1. El proceso codificador chino 104
2.4.2. Características básicas del Código Civil chino 106
2.4.3. Un libro separado para los derechos de la personalidad 110

3. Conclusiones 117

Bibliografía 120

1. ¿REALMENTE SE PUEDE AFIRMAR QUE EL SIGLO XXI NO ES EL SIGLO DE LA CODIFICACIÓN?

Me gustaría empezar aclarando que tomo el título de este primer epígrafe de un provocador trabajo de Alfaro Águila-Real[2], aun siendo consciente de que las críticas formuladas por el autor parecen dirigidas, más que a la codificación o a la técnica codificadora en sí misma, a la propuesta de promulgación de un nuevo Código Mercantil en nuestro país. No obstante, creo que puede servir como punto de partida para tratar de contextualizar esta aportación, haciéndolo precisamente con una llamada de atención a la vigencia de la técnica codificadora.

En realidad, la cuestión que me gustaría plantear es la de si cabe afirmar, a finales del primer cuarto del siglo XXI, que la codificación sigue siendo una técnica útil. En este punto, cabe indicar que son varios los trabajos recientes que se pronuncian a favor de la codificación como técnica[3], o de los códigos como herramientas necesarias[4] para construir un sistema jurídico más eficaz y adaptado a las necesidades actuales[5], en particular en lo que se refiere al derecho privado económico o derecho privado patrimonial[6]. Y lo hacen justamente en un contexto complejo como es el actual —caracterizado, entre otros extremos, por la globalización económica y por la hiperconexión entre personas y, por tanto, entre ordenamientos— y aun cuando en ellos se reconoce

---

2. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la promulgación del Anteproyecto del Código mercantil", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, p. 20. Un año antes ya había publicado esas mismas reflexiones en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html (consultado: 6-9-2024).

3. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo Código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del Derecho privado en el s. xxi*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.; también, de manera muy contundente, CABRILLAC, R., "The Codification at the Beginning of the Twenty-First Century", *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, (editores M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, p. 18, donde alude a la "*insolente* salud de la codificación a principios del siglo XXI", a lo que añade que "La codificación es uno de los fenómenos jurídicos globales más importantes del siglo XX y de principios del XXI" (trad. y resaltado propios). También cabe citar trabajos que podrían calificarse de *clásicos* —que además han tenido una enorme difusión— que se expresan a favor de la codificación como técnica jurídica; así, DÍEZ-PICAZO, L., "Codificación, descodificación y recodificación", *ADC*, vol. 45, n.º 2, 1992, pp. 481 y ss.

4. ROCA TRÍAS, E., "Prólogo", *Codificaciones del Derecho privado en el s. xxi*, *op. cit.*, p. 18.

5. Así es como GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, *op. cit.*, p. 119, describe la utilidad de la codificación, respecto de la cual indica que ha dejado de ser un ideal o modelo del sistema jurídico para pasar a ser una técnica o instrumento.

6. Como propone, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, 2011, pp. 53 y ss., donde se pronuncia a favor de la elaboración de un nuevo Código Civil en materia de obligaciones y contratos (sin descartar, eso sí, la inclusión en este texto de las otras partes del derecho civil), inclinándose de manera expresa a favor de la redacción de un nuevo Código y no por la modificación del de 1889 (pp. 62 y ss.).

que los códigos, hoy en día, ya no cumplen las mismas funciones y, sobre todo, no mantienen la posición central que ocuparon los códigos civiles del siglo XIX, cuerpos legales caracterizados por sus pretensiones de generalidad y plenitud[7] así como por sus aspiraciones de perennidad y exhaustividad[8], ya que hoy resulta imprescindible que los códigos sean capaces de adecuarse y dar respuesta a los nuevos problemas que se detectan en la práctica, así como de adaptarse a las imposiciones procedentes de instancias supranacionales[9] y de recibir las (mejores) soluciones de ordenamientos más o menos próximos a nuestra tradición jurídica cuando ello ocasione una mejora de los contenidos codificados.

A partir de las premisas expuestas —partiendo, por tanto, de las opiniones favorables a la técnica codificadora— y tras exponer también las críticas a la codificación, a continuación se repasarán algunos de los argumentos principales empleados en la doctrina para defender la vigencia actual de la codificación, a los que se sumarán algunos otros, que serán objeto de atención en el siguiente epígrafe, dedicado a algunos ejemplos muy recientes que se han dado en nuestro entorno cercano —es el caso de la codificación catalana o de la argentina— al que he querido añadir el Código Civil chino, teniendo en cuenta que la República Popular China es uno de los países más poblados del mundo[10], a la vez que una de las principales potencias económicas del planeta[11].

Con carácter previo, y a la hora de valorar tanto la vigencia como la utilidad de la técnica codificadora en nuestros días, ha de partirse necesariamente de la constatación de que la codificación o, más bien, de que los códigos que se han ido aprobando a lo largo de este siglo, no son cuerpos legales con vocación transformadora del sistema jurídico anteriormente vigente, como sí lo fueron los que podrían denominarse primeros códigos

7. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, I-1.º, (revisor J. Delgado Echeverría), Barcelona, 1988, pp. 65 y 66.

8. ALONSO LEDESMA, C., "Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, *op. cit.*, p. 30.

9. Por poner un ejemplo reciente y de gran envergadura, piénsese en la profunda reforma del Código Civil español acometida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, mediante la que se adapta nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

10. Según los datos en vivo de la consultora *World Population Review*, India es el país más poblado del planeta, ocupando China el segundo lugar (véase https://worldpopulationreview.com/, consultado: 28-2-2025).

11. De acuerdo con los datos de Statista (extraídos a su vez del Fondo Monetario Internacional), China es la segunda potencia económica mundial (en función del PIB), solo por detrás de los Estados Unidos (véase https://www.statista.com/statistics/268173/countries-with-the-largest-gross-domestic-product-gdp/, consultado: 9-11-2024).

modernos[12] o códigos de primera generación, que además se situaban en la cúspide del sistema de fuentes[13]. Ha de tenerse en cuenta, además, que el modelo codificador de nuestros días no es —no puede ser— igual al ideal decimonónico que impulsó la aprobación de los códigos[14], ideal que no impidió que el empleo de la técnica codificadora y la propia idea de código fueran puestas en tela de juicio casi desde la promulgación de esos códigos del siglo XIX.

De entre los problemas detectados en relación con la codificación, cabría subrayar tres: dos que podrían considerarse clásicos y uno más reciente. Se puede mencionar, en primer lugar, la rapidez con la que cambian los problemas afrontados por los códigos, cuyas disposiciones pronto quedan superadas por la realidad —problema que se da, en particular, en los códigos redactados con normas muy detalladas, y menos en aquellos que se valen de cláusulas generales y principios—, que plantea nuevos problemas que precisan, a su vez, nuevas respuestas jurídicas, aspecto que contrasta con el ideal codificador de permanencia[15]. Cabe apuntar, en segundo término, la proliferación de

12. Lo explica GÓMEZ POMAR, F., *op. cit*., pp. 116-120. En esta línea, ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, p. 20, considera que codificar el derecho privado solo tiene sentido cuando el Estado es nuevo o cuando se ha producido una revolución económica que cambia el sistema económico y sus instituciones básicas, circunstancias que no se dan en nuestro país.

13. En palabras de CARONI, P., *Lecciones de historia de la codificación*, (traductores A. Mora Cañada y M. Martínez Neira), Madrid, 2013, p. 31 (véase https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/af9b6258-e306-4790-ac00-d4c81475d81f/content). Por su parte, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, n.º 1 (enero-marzo 2014), p. 21, se muestra partidaria de mantener el papel central del Código Civil en el sistema de derecho privado, al constituir "la sede adecuada para cobijar las categorías técnicas y las reglas generales del sistema que constituyen la síntesis de nuestra cultura jurídica y a las que habrá de acudir desde cualquier otro sector del ordenamiento como firme sostén de la coherencia y la continuidad del mismo". En una línea similar, ROCA TRÍAS, E., *op. cit*., p. 18, donde afirma que "seguramente el Código civil conserva un papel central en tanto que contiene las reglas generales, aplicables en todos los sectores del ordenamiento". Sostiene, en cambio, que el Código civil ha perdido su carácter central en el sistema de fuentes IRTI, N., *L'etá della decodificazione,* 4.ª ed., Milano, 1999, p. 45.

14. ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, p. 30, donde afirma que los códigos del siglo XIX estaban inspirados en una ideología muy alejada de los planteamientos y de los presupuestos lógicos, jurídicos y políticos actuales. También GARCÍA RUBIO, M.ª P., tanto en "Algunas consideraciones", *op. cit.*, p. 21, como en "Hacia un nuevo Código civil", *op. cit.*, p. 96, apunta que, en la actualidad, codificar no significa lo mismo que en el siglo XIX. En una línea parecida, ROCA TRÍAS, E., *op. cit*., p. 18.

15. Como indica muy gráficamente DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 478, cuando afirma que "El Código representa, al mismo tiempo, una utopía, porque es algo así como plasmar un instante de la realidad y pretender que la realidad será siempre la misma. El Código se encontraba, por ello, desarmado frente a los nuevos problemas y a las nuevas necesidades, que, incesantemente fueron posteriormente surgiendo (las crisis económicas, el problema obrero, etc.)". También pueden mencionarse aquí las palabras del propio PORTALIS, quien, en su *Discurso preliminar al Código civil francés*, reconoce que "Un código, por muy completo que pueda parecer, apenas está acabado cuando miles de cuestiones inesperadas se le ofrecen al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan

leyes especiales —extracodiciales, por lo tanto—, fenómeno que comienza a hacerse patente más o menos a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, que contrasta con la aspiración ideal a la completud que se asigna al código, y que provoca que los códigos civiles asuman una función distinta de la que tenían cuando nacieron. Se señala, en este punto, que los códigos —en particular, los códigos civiles— ya no representan el derecho exclusivo y unitario de las relaciones privadas, sino que en ellos se contiene una suerte de *derecho común* de instituciones más amplias y generales, de *derecho residual* que regula aquellos casos que no están ordenados por leyes especiales[16], y que, además, han perdido la centralidad que ocuparon durante décadas[17]. Se menciona, por último y mucho más recientemente, los problemas que trae consigo la globalización, fenómeno que, al provocar una despiadada[18] competencia entre ordenamientos jurídicos, ha llevado a algunos autores a cuestionar si la codificación es la manera más racional y eficiente de organizar las normas jurídicas[19].

En este punto puede resultar de interés recordar cuáles son algunas de las circunstancias que podrían afectar a la vigencia de la codificación, que podrían concretarse en las tres siguientes[20]: primera, el cambio en los valores dominantes que se van incorporando a las constituciones modernas y que atañen a ciertos aspectos de la vida social como, por ejemplo, la importancia creciente que ha ido cobrando el principio de igualdad y la prohibición de discriminación entre cónyuges en derecho de familia; segunda, la aparición

---

nunca; siempre actúan: y ese movimiento que no cesa nunca, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce, a cada instante, alguna nueva combinación, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo". Se emplea aquí el texto traducido por I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, publicado en Madrid, 1997; la cita se encuentra en la página 36.

16. Tal y como apunta IRTI, N., en una publicación que aparece en 1979 y que recoge una conferencia pronunciada en 1978 en la Universidad de Salamanca bajo el título *L'etá della decodificazione*. En este trabajo se ha manejado la 4.ª ed., Milano, 1999. Véanse, en particular, las pp. 26 y 27, 39 y 40 y 44 y 45. En cualquier caso, conviene tener en cuenta que la descodificación no presenta como única forma la descrita por IRTI, sino que existen otras vías, que podría ser descrita sintéticamente como de *integración jurisprudencial del sistema*, empleando las palabras de DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit*., pp. 478-480.

17. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1 (2022), p. 236.

18. Calificativo empleado por CABRILLAC, R., *op. cit.*, p. 18.

19. En este sentido, por ejemplo, CABRILLAC, R., *op. cit*., p. 18. Resulta curioso constatar que lo que el autor recién citado considera un punto crítico y dañino de la globalización —el hecho de que haga surgir la competencia entre ordenamientos— sea percibido como positivo por otros; así, GÓMEZ POMAR, F., *op. cit*., pp. 128-131, cita, entre las desventajas de la codificación, el hecho de que elimine la competencia entre sistemas jurídicos, ya que, en su opinión, "el proceso competitivo entre ordenamientos servirá para maximizar [...] la "calidad" de las normas de Derecho de contratos [...]" [el autor usa precisamente el derecho de contratos como sector del ordenamiento para ejemplificar las bondades de la competencia entre sistemas jurídicos].

20. GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., "On Civil Codes: A Twenty-First Century Perspective", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, pp. 9 y ss.

de nuevas condiciones materiales de vida —así, por ejemplo, entre otros factores, el incremento en la edad media de vida, que obliga a repensar el derecho de sucesiones—; y, tercera, la incapacidad del código para detectar las necesidades de quien debería utilizarlo[21]. En cualquier caso, a pesar de la problemática que presenta el modelo codificador, consideran que existen dos vías de solución a las dificultades señaladas, posibilidades que implican, en ambos casos, el empleo de la técnica codificadora: o bien se actualiza el código —opción preferida en la mayor parte de los casos—, o bien se elabora un código de nueva factura, posibilidad mucho más ambiciosa[22].

En conexión con lo recién expuesto, ha de recordarse que tanto a lo largo del siglo XX como ya en pleno siglo XXI se han seguido actualizando partes fundamentales de códigos clásicos —piénsese, por ejemplo, en la modernización del derecho de obligaciones del BGB en 2002[23] o en la aprobación de las nuevas reglas sobre obligaciones y contratos del Código Civil francés que tuvo lugar en 2016-2018[24]— y, además, se han ido alumbrando nuevos códigos en distintas ramas del ordenamiento —por ocuparse de la materia de nuestro interés, en el próximo apartado, y como ya se ha adelantado, se hará referencia a tres códigos civiles recientes—. Parece, pues, que los hechos hablan por sí mismos, y que las circunstancias recién aludidas representan un reconocimiento tanto de la vigencia —entendida como vigor o actualidad[25]— de la codificación, como de la utilidad de la técnica codificadora, a pesar de las dudas que se llevan planteando a propósito de la misma desde hace años[26], algunas de las cuales acaban de ser expuestas *supra*.

---

21. GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., *op. cit.,* p. 10, ejemplifican este aspecto haciendo referencia a la regla contenida en el BGB que, al regular la prenda, obliga al propietario a entregar el bien mueble al acreedor en garantía de un crédito (§1205 BGB), norma que fue rápidamente eludida por la práctica jurídica con apoyo en decisiones dictadas por el *Reichsgericht* pocos años después de la entrada en vigor del BGB. Una explicación más detallada de la prenda contemplada en el BGB puede encontrarse en MACÍA MORILLO, A., "Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán", *InDret,* 1/2013, pp. 6-7.

22. A mitad de camino entre una y otra solución, afirman que se da también el caso de que un nuevo conjunto de reglas se incluya en un nuevo código autónomo e independiente, con su propia racionalidad, poniendo como ejemplo la aprobación de códigos de consumo en distintos países (GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., "On Civil Codes: A Twenty-First Century Perspective", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, p. 10).

23. Sobre esta reforma puede consultarse, por ejemplo, ALBIEZ DOHRMANN, J., "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *ADC*, vol. 55, n.º 3, 2002, pp. 1133-1228.

24. Para una aproximación a esta modificación del Código Civil francés, *vid*. SAVAUX, E., "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos", *ADC*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 715-741.

25. Que son dos de las acepciones del término 'vigencia', según el *Diccionario de la Real Academia Española de La Lengua*.

26. Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit*., pp. 20-22.

Este movimiento *recodificador*, cuyos inicios algunos sitúan en el Código Civil italiano de 1942[27], pero que probablemente se desarrolla y consolida más recientemente[28] —en todo caso, después de la publicación del conocido trabajo de IRTI—, pone de manifiesto la supervivencia de la codificación como técnica jurídica[29], que encuentra su culmen en el Código Civil chino, texto que representa, a juicio de algún autor, la versión en el siglo XXI del Código como fuente del derecho, situado en la misma posición de liderazgo que ocupó el BGB en el siglo XX y el *Code Napoléon* en el siglo XIX[30], a pesar de que en China, además del nuevo Código Civil, siguen existiendo un gran número de fuentes jurídicas como, por ejemplo, algunas leyes mercantiles especiales, interpretaciones judiciales civiles y mercantiles, documentos acerca de la naturaleza de las interpretaciones judiciales e incluso documentos judiciales elaborados para la correcta aplicación del Código Civil[31].

Entre las razones que probablemente sirvan para explicar la actual vitalidad de la técnica codificadora se encuentran las siguientes: en primer lugar, parece que no hay duda de que, a día de hoy, en un período de *hiperinflación* normativa, siguen siendo necesarias la estabilidad[32] y, sobre todo, la coherencia que los códigos proporcionan a las materias

---

27. Así, DÍEZ-PICAZO, *op. cit*., pp. 473-474 y pp. 481 y ss. También, CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, *op. cit.*, p. 54. Ambos sitúan en este grupo de códigos, que denominan de segunda generación, al Código Civil portugués de 1967 y al Código Civil holandés de 1992. En relación con este último, y siguiendo las explicaciones de VAN DONGEN, E. G. D., "The Making, Meaning and Application of Civil Codes in the Netherlands", *The Making of the Civil Codes, cit*., pp. 96-97, debe precisarse que uno de sus libros entró en vigor en 1970 —el libro I, dedicado al derecho de familia y al derecho de la persona—, otro en 1976 —el libro II, relativo a las personas jurídicas—, otro en 2003 —el referido a derecho de sucesiones— y el último en 2012 —el libro sobre derecho internacional privado—. En 1992, por tanto, entraron en vigor el libro III, sobre derecho patrimonial, el V, sobre derechos reales, el relativo a las obligaciones (libro VI), el que regula los contratos en particular (libro VII) y el libro sobre transportes (libro VIII).

28. Así, por ejemplo, en opinión de SCHULZE, R., "Perspectiva comparada de la codificación en Europa", *Codificaciones del Derecho privado en el s.* XXI, *op. cit.*, p. 168, el código que da inicio a la recodificación es el Código Civil holandés al que se ha aludido en la nota precedente.

29. Se expresa de forma decidida a favor de la codificación o del empleo del formato código, ajustado, eso sí, a las características actuales, RESCIGNO, P., "Ancora sul cinquantesimo "compleanno" del codice civile", *Codici. Storia e geografia di un'idea*, a cura e con una nota di F. Caggio, Laterza, 6.ª ed., 2018, pp. 92-94.

30. Así, CARDILLO, I., "The Chinese Way to the Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, p. 18. Esto es así aun cuando el proceso codificador chino se inició en la segunda mitad del siglo XIX, según indica el mismo autor.

31. CARDILLO, I., *op. cit*., pp. 29-30.

32. Sobre esta nota, ténganse en cuenta las observaciones efectuadas más arriba, cuando se examina la tensión que se produce entre la estabilidad que se trata de lograr con los códigos, por un lado, y la rápida modificación de la sociedad y, por lo tanto, de las necesidades que han de atenderse mediante la ley escrita, por otro. En este punto, se apunta que resulta necesario conciliar la naturaleza evolutiva de la ley con la búsqueda de estabilidad a propósito del examen de los

que en ellos se regulan; así, se indica que estabilidad y coherencia son precisamente los propósitos que tratan de alcanzarse con los códigos civiles, que son cuerpos legales que, además, ofrecen "un enfoque global de la regulación de un conjunto de relaciones civiles a través del establecimiento de normas coordinadas que son aplicables a las mismas"[33].

Cabe afirmar, en segundo término, que también en la actualidad siguen siendo necesarias la racionalidad[34] y la simplificación, que son dos de las características básicas que se vinculan a la codificación[35]. Para García Rubio, "la racionalidad significa que el código ha de tener un sistema interno que permita un flujo descendente de los principios a las normas y uno ascendente de las normas a los principios, lo que le da además la condición de autosuficiencia en la medida en que puede expandirse aplicándose a casos no previstos"[36], consideraciones que son perfectamente predicables de los códigos actuales[37], que, como se ha señalado, no pueden aspirar a ser exhaustivos[38] y a regular todos los supuestos de hecho que pueden darse en un determinado ámbito de relaciones jurídicas[39], por lo que resulta preciso que sus disposiciones se formulen de manera general y abstracta, incluso mediante cláusulas generales que permitan dotar de una cierta unidad al sistema y que permitan al órgano judicial adoptar la solución más

objetivos de la codificación; es el caso de CANNARSA, M., "The Perpetual French Codification", *The Making of the Civil Codes, cit.*, p. 68.

33. GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., "On Civil Codes: A Twenty-First Century Perspective", *The Making of the Civil Codes, cit.*, pp. 1-2.

34. Para CANNARSA, M., *op. cit.*, p. 68, la codificación es un remedio ante la dispersión legislativa y, por lo tanto, es expresión de un esfuerzo racionalizador. El código es descrito como un modelo ejemplar de racionalidad, rigor conceptual y coherencia sistemática por P. RESCIGNO, "Le prospettive di un diritto europeo ed uniforme dei contratti", *Codici. Storia e geografia di un'idea*, *op. cit.*, p. 238.

35. Racionalidad y simplificación que son consideradas características propias de la codificación entendida como forma histórica de legislar, en palabras de GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo Código civil", *op. cit.*, p. 96. Para ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural, as Are Its National Civil Codes", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, pp. 31 y ss., un código civil impone racionalidad y seguridad jurídica, al tiempo que proporciona la oportunidad de elaborar una legislación adaptada a las concretas necesidades e intereses de la sociedad a la que se va a aplicar ese código.

36. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo Código civil", *op. cit.*, p. 96.

37. Así, por ejemplo, a propósito del estudio del Código Civil chino se ha señalado que la sistematización que caracteriza a los códigos consiste en el establecimiento de un orden interno que no solamente organiza principios y reglas de manera interrelacionada, sino que también estructura el análisis jurídico, promoviendo así la racionalidad y la seguridad jurídica, diseñando el Código de manera que las soluciones con frecuencia se obtienen a través de conexiones lógicas entre lo general y lo particular, y a veces a través de una combinación entre ambos (LIU Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, p. 206).

38. Lo indica ALONSO LEDESMA, C., *op. cit.*, p. 30.

39. En este sentido, véase nota 14.

adecuada para el caso concreto[40]. En este punto, y siguiendo a la misma autora, puede decirse que con los códigos modernos —justo esos que aquí interesan— se trata precisamente "de utilizar una técnica de racionalización y mejora normativa", que no darán lugar a un cuerpo legal —de *monumento* habla la autora— "estático e inamovible, sino dinámico y abierto", que puede alcanzar distintos niveles en su diseño teórico, niveles que sintetiza en los tres siguientes: mínimo, que es aquel con el que "se aspira a lograr un modelo de reordenación del sistema, de organización y de consolidación", al estilo de la codificación de *droit constant* del derecho francés; innovador, como lo fueron en su momento los *revolucionarios* códigos decimonónicos, que sirvieron a distintos propósitos, como lograr la cohesión social sobre la base de nuevos principios o coadyuvar a la construcción nacional; por último, el intermedio, que es aquel que concibe al código como "recipiente de los elementos nucleares de la materia de que se trate [...], de los principios considerados durables, capaces de resistir el paso del tiempo porque se dotan de una mayor protección que las meras leyes especiales, y que además han de ser servir de instrumento de interpretación e integración de estas"[41].

Al hilo de esta defensa de la racionalidad que debe tratar de alcanzarse mediante la elaboración de los códigos —tanto por los decimonónicos como por los dictados en el siglo XX y, naturalmente, por los que se han promulgado en este siglo—, se indica que con la codificación también se persigue la simplificación, que trata de evitar duplicidades, redundancias y antinomias[42], y de hacer la ley más accesible tanto a la ciudadanía como a los operadores económicos[43], al proporcionarle un orden interno y una unidad que permite entenderla mejor[44].

Un último argumento que se esgrime a favor de la codificación y de la técnica codificadora, y que además guarda una estrecha conexión con las notas de racionalidad y simplificación,

---

40. Pueden encontrarse sugeridas estas ideas en IRTI, N., *op. cit*., pp. 43-44 y DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit*., p. 484. En cambio, parece contrario a la formulación abstracta de las normas, aunque termine por alabar el desarrollo judicial del derecho, GÓMEZ POMAR, F., *op. cit*., pp. 133-137, a pesar de que el desarrollo judicial del derecho está vinculado, más bien, a normas generales y abstractas.

41. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones", *op. cit.*, pp. 21- 22. Resulta curioso constatar cómo en el *Discurso* de PORTALIS citado *supra* se encuentran afirmaciones que son coherentes con esta idea de código como contenedor de esos principios, cuando indica que "El oficio de la ley es el de fijar, con amplitud de miras, las máximas generales del derecho; establecer principios fecundos en consecuencias, y no el de descender al detalle de las cuestiones que pueden nacer sobre cada materia" (*op. cit.*, p. 36).

42. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones", *op. cit.*, p. 24. En cambio, ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit*., p. 20, afirma que las nuevas tecnologías han reducido de forma muy importante los costes de la dispersión normativa, y que "la mayor capacitación técnica de los jueces y abogados y la mejora de los estudios de Derecho permiten reducir las antinomias y las lagunas a niveles aceptables sin necesidad de una codificación".

43. CANNARSA, M., *op. cit*., p. 69.

44. ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural...", *op. cit.*, p. 39.

consiste en la búsqueda de seguridad jurídica, propósito que, a juicio de gran parte de la doctrina, se alcanza mediante los códigos[45], cuya promulgación permite evitar —o al menos debería hacerlo— la creación judicial del derecho[46], así como el insoportable desorden de la ley[47] y la confusión en las fuentes del derecho[48], entre otros problemas. En relación con los defectos recién señalados, cabe apuntar que algunos de ellos aparecen no solo a falta de código, sino también cuando el existente cae en desuso por la falta de adaptación de las soluciones que contiene a las nuevas necesidades de la sociedad: es lo que está ocurriendo, justamente, con la regulación en materia de obligaciones y contratos contenida en nuestro Código Civil, normativa que casi no se ha modificado desde 1889 y que, por lo tanto, no tiene presentes las circunstancias que rodean el actual tráfico patrimonial, lo que dificulta enormemente la solución de los conflictos que se plantean en la materia[49], precisamente por la falta de actualización. Esta circunstancia ha provocado que el Tribunal Supremo se haya visto obligado a realizar verdaderas *proezas* interpretativas[50], recurriendo no solo a la cita de algunos instrumentos internacionales que, ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento —se trata, fundamentalmente, de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CSIG)—, sino también de textos que integran el denominado

45. *Vid*., por ejemplo, ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, pp. 31 y 45; LIU, Q., *op. cit*., p. 206. También CANNARSA, M., *op. cit*., pp. 78-79, en relación con la propuesta de modificación de las reglas sobre responsabilidad civil del Código Civil francés. Igualmente, BUSSANI, M. e INFANTINO, M., "The Chinese Civil Code in Comparative Perspective", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, *op. cit*., p. 11.

46. Problema denunciado ya en su día por DÍEZ-PICAZO, *op. cit,* p. 480, y reiterado recientemente, por ejemplo, por VAN DONGEN, E. G. D., *op. cit*., pp. 89-90. También lo apunta ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, pp. 35-36, donde pone varios ejemplos en los que queda de manifiesto que la labor del Tribunal Supremo en algunos casos ha ido más allá de la interpretación y aplicación de las normas codificadas como consecuencia de la obsolescencia de muchas partes del Código Civil.

47. GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., *op. cit.,* p. 4.

48. En esta línea se pronuncia GORÉ, M., "The Significance of the Chinese Civil Code in Europe", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, *op. cit*., p. 344, a propósito del Código Civil chino.

49. Véase, en este sentido, la Exposición de motivos de la *Revisión de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* (en adelante, PMR) elaborada por una subcomisión (conformada por A. Morales Moreno, T. Torres García, M.ª P. García Rubio, N. Fenoy Picón y F. Oliva Blázquez) en el marco de la sección primera de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el 31 de julio de 2023. En ella se afirma que el Libro IV del Código Civil ha permanecido prácticamente inalterado desde su publicación, a diferencia de lo sucedido en la mayoría de países europeos y otros de tradición codificadora, circunstancia que "nos coloca en una clara desventaja en relación con esos otros ordenamientos cuyas normas se adecúan mucho mejor que las nuestras a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, y están en consonancia con las líneas marcadas por el Derecho uniforme y europeo, lo que no sucede en nuestro caso".

50. En este punto, *vid.* ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit*., pp. 35-36.

soft law europeo[51], con el fin de amoldar las reglas del Código a las exigencias actuales del tráfico jurídico económico[52], con la falta de seguridad y de estabilidad que ello puede provocar[53].

Las bondades y ventajas asociadas al empleo de la técnica codificadora se encuentran, muy probablemente, entre algunas de las razones que explican que en lo que llevamos de siglo XXI se hayan aprobado —o modificado de manera sustancial— varios códigos civiles. Entre los códigos civiles aprobados este siglo pueden mencionarse el brasileño (2002), el húngaro (2013), el argentino (2014), el belga (que se ha ido aprobando por libros a partir de 2019 y que no está terminado aún), el chino (2020) y el catalán (que

51. En la Exposición de motivos de la PMR se indica expresamente que entre las tres fuentes principales de la misma se encuentran "textos internacionales de distinta naturaleza y alcance publicados en las últimas décadas", entre los que menciona la CSIG, los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL), los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, el Marco Común de Referencia (DCFR), la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea (CESL), así como algunas directivas europeas recientes que tienen incidencia en aspectos generales de obligaciones y contratos.

52. Un análisis de varios casos significativos de empleo por el TS (y también por algunas Audiencias provinciales) de textos de *derecho académico*, siquiera auspiciado por las instituciones europeas, se encuentra en VAQUER ALOY, A., "El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, pp. 93-115.

53. Es más, en los últimos años, el TS llega a citar, en algunas sentencias en materia contractual no solo la Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la sección primera de la Comisión General de Codificación (órgano que depende del Ministerio de Justicia) en 2009, sino también la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores y Profesoras de Derecho Civil, que es una asociación de carácter privado y cuyas publicaciones poseen, por tanto, un carácter estrictamente académico. Así, pueden citarse, por ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4159), ponente M.ª Ángeles Parra Lucán, sobre la facultad de desistimiento en relación con un contrato de alimentos; la STS de 14 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:511), ponente M.ª Ángeles Parra Lucán, acerca de la moderación de una cláusula penal incluida en un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda; la STS de 21 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2383), ponente M.ª Ángeles Parra Lucán, a propósito de la determinación del objeto del contrato en un litigio acerca de un contrato de permuta de solar por obra futura; la STS de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2254), ponente Eduardo Baena Ruiz, nuevamente sobre la determinación del objeto del contrato, en este caso sobre una compraventa de fincas; la STS de 17 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:4196), ponente M.ª Ángeles Parra Lucán, que versa sobre el *dies a quo* a partir del cual empieza a correr el plazo de anulación por error de un contrato de compraventa de un cuadro; por último, STS de 13 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1), ponente Juan María Díaz Fraile, en relación con la legitimación requerida para solicitar la nulidad de un contrato y la exigida para interesar la restitución de las prestaciones. Además, alrededor de una veintena de sentencias de audiencias provinciales mencionan también la propuesta de la citada asociación, normalmente al hilo de la cita de la jurisprudencia del TS.

empezó a publicarse en 2002[54] y que, como el belga, todavía no se ha completado). Entre los que han sido objeto de importantes modificaciones con el fin de actualizar parte de su contenido, sobre todo en lo que concierne a las obligaciones y contratos, se encuentran el BGB (2002), el *Code Napoléon* (2016-2018) y el Código Civil japonés (2017).

54. Aunque quizás podría entenderse que empezó a gestarse en 1991 con la aprobación del primer código sectorial —el Código de Sucesiones, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre—, seguido en 1998 por el Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, textos que "nacen con la clara voluntad de proceder a una regulación completa de las respectivas materias, precisamente para evitar la aplicación supletoria (y, a menudo, indebida) del CC español", según explica ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica, competència entre ordenaments jurídics i codificació del dret civil català: un balanç", *Revista de Dret Històric Català*, vol. 10 (2010), p. 183. La misma autora en "El dret civil de Catalunya", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals,* número especial 40è aniversari de l'IEA, 2024, p. 307.

2. ALGUNOS EJEMPLOS RECIENTES

2.1. Justificación

En este epígrafe se examinarán tres casos concretos, haciendo especial hincapié en el Código Civil chino, dadas las novedades que incorpora —en particular, y entre otras, la inclusión de un libro autónomo dedicado a los derechos de la personalidad, pero también la introducción de un *principio verde,* recogido en distintos preceptos del Código, en particular en sede de contratos, o la regulación de la responsabilidad extracontractual en un libro independiente, separado del libro dedicado a los contratos, en el que no se contempla una teoría general de las obligaciones— y el amplísimo número de personas que son destinatarias del mismo (que alcanza casi 1.500.000 de personas). La codificación catalana se ha seleccionado tanto por su cercanía como por las peculiaridades de su elaboración *por partes* —en realidad, por libros—, que han llevado a caracterizarlo como un *código abierto*, tanto en su estructura como en su contenido, tal y como señalan la Exposición de Motivos, donde también se justifica ampliamente los motivos de esta opción[55], y el artículo 6.1 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. Por su parte, el Código argentino, que entró en vigor hace justo una década (en 2015), resulta de interés no solo porque en él se aprecia una apuesta decidida a favor de la constitucionalización del derecho civil, imprimiendo al texto unas características que lo sitúan de lleno en la época en la que ha de ser aplicado y lo distinguen claramente del centenario Código de Vélez Sarsfield, sino también por haber logrado reunir en un único texto los contratos civiles y mercantiles, a diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país donde, como es sabido, se intentó unificar la regulación de las obligaciones y contratos en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil aprobado

55. En la que puede leerse que "el derecho civil está sujeto hoy a un proceso de cambio mucho más dinámico que en la época de las grandes codificaciones. Tan impensable es alcanzar el viejo ideal codificador de reducir todas las leyes civiles a un solo código como que las leyes así recogidas tengan un carácter tendencialmente permanente e inmutable. Por un lado, el progreso social y el desarrollo científico-tecnológico provocan que en la actualidad el derecho civil deba dar respuesta, de forma rápida y continuada, a nuevas necesidades de regulación. Por otro lado, el proceso de integración europea es el motivo de que los legisladores estatales, nacionales o autonómicos, según quien tenga atribuida la competencia legislativa en una determinada materia, deban aplicar las directivas que emanan de la Comisión Europea en unos plazos prefijados y relativamente breves. La técnica legislativa de las leyes especiales, que a menudo se ha utilizado para adaptarse tanto a un aspecto como al otro, se ha mostrado como gravemente perjudicial para la claridad, la sistemática y la coherencia interna del derecho civil. Por ello, se considera que un código que pueda superar estos retos debe tener una estructura que permita ir incorporando las nuevas regulaciones o las modificaciones de las ya existentes sin que se resienta gravemente su sistemática" y en donde también se afirma que la elaboración por libros o por partes de libros se inspira en el Código Civil neerlandés.

en 2013[56], que fue objeto de numerosas críticas doctrinales[57] —muy pocas favorables[58]— y que no llegó a ser aprobado. Una aproximación a estos códigos del siglo XXI, cada uno con sus características propias, puede resultar útil a la hora de tratar de responder al interrogante planteado en la Introducción a este trabajo, esto es, si a finales del primer cuarto del siglo XXI, la codificación sigue siendo una técnica válida para abordar la tarea de presentar, ordenar y sistematizar las normas aplicables a las relaciones jurídico-civiles. A su vez, este análisis quizás pueda ofrecer algún elemento de interés para la actualización de nuestro Código Civil, tarea que está siendo abordada por partes por la Comisión General de Codificación, en virtud de sucesivos encargos del Ministerio de Justicia.

56. Dicho anteproyecto se basaba en la propuesta de Código Mercantil elaborado por la sección segunda (de lo mercantil) de la Comisión General de Codificación.

57. En este sentido, además de otros trabajos ya citados en este estudio, como los de ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit.*, y GARCÍA RUBIO, M.ª P., tanto en "Algunas consideraciones", *op. cit.*, p. 21, como en "Hacia un nuevo Código civil", *op. cit.*, proporciona una excelente visión de conjunto OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, n.º 3 (julio-septiembre, 2014), pp. 37-66.

58. Parece estar a favor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "El Código Mercantil", *RDM*, 2012, n.º 286, pp. 21-22. Lo está claramente ALONSO LEDESMA, C., *op. cit*., pp. 31-32.

2.2. La codificación civil catalana

El *Codi civil*, que empieza a publicarse en 2002 tras una etapa que podría calificarse de *preparatoria,* y que cabría situar entre 1991 y 2002[59], se caracteriza por el propio legislador catalán por su "significación especial como elemento de identificación nacional y como instrumento de cohesión social"[60], reconociendo de esta manera en gran medida las razones políticas y sociales que explican que en Cataluña se haya optado por elaborar

---

59. Así, ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, p. 38; en este sentido, también, Preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, párrafo primero, en el que se señala que este período conforma la tercera fase del proceso de ejercicio de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil de Cataluña, que se habría iniciado con la recuperación de dichas competencias en el nuevo marco constitucional y estatutario. En cambio, aunque BADOSA COLL, F., "De la Compilació del dret civil especial de Catalunya al Codi civil de Catalunya", *Revista de Dret Històric Català*, vol. 10 (2010), p. 157 y ss., distingue tres etapas previas al comienzo de la promulgación del Código Civil de Cataluña, las organiza de forma algo distinta: la primera, que va desde la promulgación de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña por Ley 40/1960, de 21 de julio hasta la aprobación del primer Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, que se caracteriza porque el derecho civil catalán lo es materialmente en cuanto al territorio en el que se aplica y al sentido de la norma, pero formalmente se contiene en una norma estatal; la segunda etapa va, en su opinión, desde 1981 a 1991, y se caracteriza por la constitucionalización y por la incorporación al ordenamiento catalán de la Compilación de 1960 mediante la Ley 13/1984, de 20 de marzo y el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, así como por la modernización del Derecho civil mediante la aprobación de leyes especiales sobre materias concretas. Su punto final se sitúa, según este autor, en la aprobación del Código de Sucesiones por Ley 40/1991, de 30 de diciembre. La tercera y última época es la que transcurre desde 1992 hasta 2002, y tiene como objetivo el encauzamiento del Código catalán. A juicio de BADOSA, la política legislativa de la Generalitat discurre en tres direcciones: (i) la continuación de la legislación especial —en este período se aprueban numerosas normas relativas tanto a la persona física como a la jurídica, al derecho matrimonial y a los derechos reales—; (ii) la elaboración del segundo gran código sectorial (el de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio); y (iii) la regulación de las cuestiones patrimoniales, mediante las seis leyes aprobadas entre 2000 y 2002 (Ley de pensiones periódicas, de 2000: Ley de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura, aprobada en 2001; Ley de usufructo, uso y habitación, que data del año 2000; Ley reguladora del derecho de superficie, servidumbres y adquisición voluntaria o preferente, de 2001; Ley de accesión y ocupación, también de 2001, y Ley de derechos reales de garantía, que regula la retención, la prenda y la anticresis, y que fue aprobada en 2002). Otra explicación relativa a las fases y técnicas en el ejercicio de las competencias en materia de Derecho civil por la Generalidad de Cataluña puede verse en VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, n.º 46, pp. 69-108.

60. Tal y como puede leerse en el Preámbulo de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales (aptdo. I, párrafo primero), en el que, antes de esta afirmación, se indica que "El derecho civil tiene un papel clave en la configuración de Cataluña como sociedad moderna porque permite adaptar el marco jurídico a la realidad de hoy y satisfacer las necesidades cotidianas de los ciudadanos, que, de acuerdo con aquel, pueden ejercer plenamente su libertad en el ámbito privado", respaldando así de forma expresa algunas de las ventajas de la técnica codificadora a las que se hizo referencia en el epígrafe 1 de este trabajo.

un código civil. A estos argumentos cabría añadir la voluntad de excluir la aplicación directa o supletoria del Código Civil en Cataluña[61], así como la de acabar con la inercia de presentar el derecho civil catalán como un apéndice de lo que tribunales y juristas percibían como derecho común o general, esto es, el contenido en el Código Civil[62]. Al mismo tiempo, se esgrimen también razones técnicas para justificar la elaboración de un código civil frente a la promulgación de leyes o códigos sectoriales, ya que se entiende que el empleo de la técnica codificadora simplifica y facilita el acceso a la ley, dado que evita la dispersión, dotando al sistema tanto de orden como de unidad interna[63], incrementando, por tanto, la seguridad jurídica. En este sentido, hay quien apunta que el Código pretende ser una buena herramienta para lograr un objetivo tan sencillo como es el de garantizar su efectiva aplicabilidad gracias a las ventajas que proporciona —y que son justamente las que se acaban de resumir—, a las que se suma el prestigio que posee un cuerpo legal de esta naturaleza[64].

Además, se ha apuntado que la codificación —en concreto, la catalana— no debe verse simplemente como una manera de presentar el derecho, sino, sobre todo, como un proceso de reforma, que al mismo tiempo que ha permitido la consolidación, armonización y sistematización de las leyes especiales que se habían ido dictando (en Cataluña), busca la actualización del derecho civil, lo que ha supuesto no solo cambios terminológicos sino también de contenido[65]. En este concreto proceso codificador y en esta senda de necesaria modernización del derecho civil se han tenido en cuenta no solo las reformas de los códigos civiles más recientes, sino también las iniciativas, tanto legislativas como doctrinales, tendentes a la armonización del derecho civil en Europa[66]. Esta voluntad de incorporar las soluciones del derecho europeo se explicita, por ejemplo, en el Preámbulo de la Ley 29/2002 (apartado I, párrafo tercero), que aprueba el Libro I del Código Civil de Cataluña, y muy en particular en el de la Ley 3/2017, que aprueba el Libro VI, en el que se afirma, a propósito de la regulación de la compraventa, que esta "tiene muy en cuenta el proceso de construcción del derecho privado europeo de contratos", incluyéndose a lo largo del mismo Preámbulo diversos ejemplos de soluciones inspiradas por la normativa europea que luego son objeto de regulación en el cuerpo

61. Preámbulo del Código de Sucesiones de 1992 (apartado I, párrafo tercero).

62. De nuevo, Preámbulo del Código de Sucesiones de 1992 (apartado I, párrafo segundo). Este aspecto es destacado por ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, p. 38.

63. ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica…", *op. cit.*, p. 184. La misma autora, en "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, p. 39 y en "El dret civil de Catalunya", p. 299.

64. EGEA FERNÁNDEZ, J., "Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya", *InDret* 4/2003, p. 4. En este sentido, también, ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural…", *op. cit.*, p. 46; la misma autora, en "El dret civil de Catalunya", p. 299.

65. ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica…", *op. cit.*, pp. 188 y ss.

66. ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica…", *op. cit.*, pp. 207 y ss. Reconoce la influencia de las nuevas codificaciones europeas (tanto de *hard law* como de *soft law*), VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *op. cit.*, pp. 73-74.

de la norma[67]. En cambio, en el Libro V (aprobado por Ley 5/2006) hay un supuesto en el que la regulación catalana se aparta voluntariamente de la europea: se trata de la normativa referida a la comunidad (catalana) especial por turnos, "que es diferente de la regulación de los turnos de apartamentos para vacaciones que rige la Directiva 94/47/CE, de 26 de octubre, y que es compatible con la misma, porque este capítulo se limita a bienes unitarios y excluye de forma expresa la aplicación a los supuestos a que se refiere la normativa europea" (Preámbulo, apartado III, párrafo decimosegundo), exclusión que ha sido objeto de severas críticas doctrinales[68]. Por lo que se refiere al impacto del *soft law* europeo, por la doctrina se ha subrayado no solo su concreta influencia en la redacción de algunos preceptos —como, por ejemplo, en el artículo 111-7, que regula la buena fe entre las disposiciones generales del *Codi* y declara su aplicabilidad a todas las relaciones jurídicas privadas—, sino por el impacto que aquel está llamado a tener tanto en la redacción de la legislación catalana de futuro como en la interpretación de la ya vigente[69].

La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña, da inicio al proceso de elaboración del Código Civil a partir de los trabajos de las diversas secciones y del Pleno de la Comisión de Codificación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña[70] y resulta de capital importancia porque en ella se establecen "la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del Código Civil de Cataluña" (Preámbulo, apartado I, párrafo primero); en ella, como se adelantó *supra*, se expresa la opción a favor de un código abierto, tanto en su estructura como en su contenido (artículo 6), con el fin de facilitar la paulatina incorporación de las nuevas regulaciones que, inevitablemente, se irán imponiendo, así como las modificaciones de las ya existentes (Preámbulo, apartado I, párrafo tercero), decisión en la que se pone de manifiesto la influencia del Código Civil holandés[71], y en ella se aprueba el Libro primero del Código catalán. El artículo 3 de la Ley establece la división del Código en seis libros[72], mientras

---

67. Así, por ejemplo, son de inspiración europea la regulación del deber de información, que incrementa la transparencia contractual; la de las obligaciones del vendedor, que incorpora la de transmitir la titularidad del derecho; la relativa a la obligación de conformidad, que generaliza a toda compraventa los criterios de conformidad introducidos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o la regulación de la ventaja injusta en el contrato de compraventa y otros de carácter oneroso.

68. *Vid*., en particular, ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica…", *op. cit.*, pp. 208-209. Para una explicación más detallada —y también crítica— con la regulación catalana del aprovechamiento por turnos, ANDERSON, M., "La Directiva de aprovechamiento por turno y la necesidad de trasponerla… en un Estado plurilegislativo", *ADC*, Vol. 63, n.º 1, 2010, pp. 240 y ss.

69. ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica…", *op. cit.*, pp. 210-212.

70. Preámbulo de la Ley 29/2002.

71. Como indica VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *op. cit.*, p. 73.

72. Que son los siguientes: Libro primero —que es el aprobado por Ley 29/2002, de 30 de diciembre—, relativo a las disposiciones generales, que, además de incluir reglas sobre eficacia y aplicación de las normas, también regula la prescripción y la caducidad (que carecen de una

que su artículo 4 regula la distribución interna de cada libro, título y capítulo, al tiempo que su artículo 5 dispone cómo se numeran sus artículos. El Libro I, subdividido en dos títulos, contiene en su Título primero unas disposiciones preliminares, mientras que regula en el segundo la prescripción y la caducidad. Aquí merece la pena destacar que el Título I contiene las fuentes y los principios básicos del derecho civil catalán; especial interés revisten el precepto que afirma el carácter de derecho común de las normas del *Codi civil* (artículo 111-4), lo que significa que se aplica en todo el territorio de Cataluña y es supletorio respecto del resto de las leyes[73] y el que se ocupa de las fuentes del derecho, que contempla la preferencia de la ley sobre las costumbres y los principios generales del derecho catalán (artículo 111-1)[74].

Con carácter general debe señalarse que, aunque sus seis libros ya están aprobados, el Código Civil catalán no está completamente finalizado: el *hueco* más evidente es el que se aprecia en el Libro VI, en el que falta la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato (como se indica en el Preámbulo, párrafo tercero, de la Ley 3/2017) y de muchos contratos en particular. Otro aspecto que cabe mencionar es que, a pesar de su relativa juventud, ha sido objeto de diversas reformas, con objeto de dar respuesta a nuevas necesidades[75]. Entre algunas de esas modificaciones, cabe citar las siguientes: las operadas por la Ley 3/2017 recién mencionada, que no solo aprueba el Libro VI del Código Civil de Cataluña, sino que modifica varios de los Libros ya aprobados (del I al V), como consecuencia de la nueva regulación estatal en materia de jurisdicción voluntaria, atribuyendo nuevas competencias al notariado y a los letrados de la Administración de Justicia, a resultas de la desjudicialización operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Además, las que tienen lugar en virtud del Decreto-Ley 19/2021, de 31 de agosto, que adapta el Libro II del Código Civil catalán a las premisas de la Convención de Nueva York, con el fin de dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos que se emprendan en Cataluña a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, y que se aplica a la espera de una reforma de conjunto de las instituciones de protección de la persona, tal y como se

regulación completa y sistemática en el Código Civil español); Libro segundo, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, relativo a la persona y la familia; Libro tercero, aprobado por Ley 4/2008, de 24 de abril, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones; Libro cuarto, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, relativo a las sucesiones; Libro quinto, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, relativo a los derechos reales; y Libro sexto, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero, relativo a las obligaciones y los contratos, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a las personas consumidoras y que, de momento, está incompleto, aunque sí que contiene las normas sobre dos de los más importantes (compraventa y mandato).

73. Como subraya VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *op. cit.*, p. 78.

74. Más aspectos de interés acerca de este Libro I en VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *op. cit.*, pp. 78-83.

75. ARROYO AMAYUELAS, E., "El dret civil de Catalunya", *op. cit.*, p. 308.

indica en la Exposición de Motivos del mencionado Decreto-Ley 19/2021[76]. También son de interés las distintas modificaciones de los preceptos en materia de propiedad horizontal, contenidos en el Libro V, reformados de forma significativa por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, y que fueron objeto de algunos retoques en 2021 y de nuevo en 2023, fundamentalmente para facilitar la adopción de acuerdos en relación con las instalaciones para la mejora de la eficiencia energética o hídrica y de los sistemas de energías renovables en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

2.3. El Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

Este joven Código, que entró en vigor en 2015, resulta de gran interés desde la óptica española porque en él, a diferencia de lo ocurrido en nuestro país, se ha logrado unificar la teoría general de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, al mismo tiempo que se han incluido varios contratos tradicionalmente considerados mercantiles —por ejemplo, y entre otros, el contrato de leasing, el de transporte, el de corretaje, los contratos bancarios, el contrato de factoraje y el de agencia—, así como figuras que con anterioridad también se habían regulado en la normativa mercantil, como son los títulos valores[77]. Lo expuesto no ha impedido, sin embargo, que mucha materia propia del ámbito comercial haya quedado extramuros del nuevo Código, que solo ha logrado una unificación parcial, lo que ha supuesto, en palabras de algún autor, la pervivencia de muchos *microsistemas legislativos* como la Ley de sociedades, de concursos, de seguros, de navegación y de transporte multimodal, entre otras normas[78]. Es más, como también se ha subrayado en la doctrina, el Código Civil y Comercial alude en numerosas ocasiones

76. En la página web de la Generalitat de Catalunya se indica que el Govern ha dejado terminado el Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, que ahora comienza el trámite parlamentario (véase https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Noticies/govern-acorda-modificacio-codi-civil-catala-per-incorporar-figura-assistencia-dotar-autonomia-juridica-persones-discapacitat; fecha de la noticia: 23-10-2024; consultado: 9-12-2024).

77. RIVERA, J. C., "Codificación, descodificación y recodificación del Derecho privado argentino a la luz de la experiencia comparada", en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, (directores J. C. Rivera y G. Medina), Buenos Aires, 2014, p. 28. En este punto ha de hacerse notar que la posibilidad de unificar la regulación de la materia civil y la comercial aparece reconocida en la Constitución argentina tras una reforma operada en 1994 tras la cual el art. 75, apartado 12 de la misma atribuye al Congreso la facultad de "Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados…".

78. RIVERA, J. C., *op. cit.*, p. 25. Para una de las redactoras del Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial, este texto pretende ser el instrumento para integrar todos los microsistemas del Derecho privado, aunque enseguida explica el sentido de su afirmación: a su juicio, aunque es verdad que tales microsistemas perviven a través de sus leyes específicas, el intérprete puede usar el Código para integrar las distintas fuentes en el sistema. Así, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., "The Making of the Argentine Civil and Commercial Code", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, p. 151.

a lo largo de su articulado a distintas leyes especiales, lo que se ha entendido como un reconocimiento al imparable fenómeno de la descodificación[79].

En cuanto a su estructura, el nuevo Código argentino se organiza en un Título preliminar y seis libros. El primero de los Libros se ocupa de la Parte general y se subdivide en cinco títulos, que regulan la persona física (Título I), la jurídica (Título II), los bienes (Título III), los hechos y actos jurídicos (Título IV) —tratándose de un título verdaderamente omnicomprensivo, en el que se distinguen y ordenan los vicios de la voluntad y los vicios de los actos jurídicos, se regula la ineficacia de dichos actos jurídicos, la representación, y se alude (sin crearlo ni dotarlo de contenido) a una especie de Registro público de comercio[80]— y, por fin, y en un título (el V) que consta de tan solo tres artículos, la transmisión de derechos. El Libro II se dedica al derecho de familia, y además de apreciarse en él una marcada contractualización[81], su Título III refleja la adaptación de este Código a la realidad social del tiempo en el que se ha elaborado y en el que debe aplicarse, puesto que en él se regulan las *uniones convivenciales*[82]: tanto los requisitos como la prueba de su constitución, así como los efectos de tales uniones durante la convivencia y tras su cese; entre los aspectos más relevantes vinculados a los efectos de estas uniones estables se sitúa la protección reforzada de la vivienda familiar[83], circunstancia que responde a una de las principales preocupaciones de quienes redactaron el Anteproyecto del Código[84]. En el Libro III y bajo la rúbrica *Derechos personales* se contienen las normas generales en materia de obligaciones (Título I) y contratos (Título II) así como los contratos en particular (Título IV)[85], que están precedidos por un título completo (el III) dedicado por entero a los contratos de consumo, ya que el legislador argentino ha optado por incorporar al Código Civil y Comercial una regulación mínima dedicada a este ámbito contractual. En este Título se incluyen reglas sobre la relación de consumo en su Capítulo I, que contiene definiciones

79. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., "The Making of the Argentine Civil and Commercial Code", *op. cit.*, pp. 151-152.

80. Circunstancia criticada por RIVERA, J. C., *op. cit.*, p. 30.

81. RIVERA, J. C., *op. cit.*, p. 32. Más detalles en MEDINA, G., "La contractualisation della famille. Contractualisation of Family Law", *Informes de la Asociación Argentina de Derecho comparado al XIX Congreso de la Academia Internacional de Derecho comparado*, Buenos Aires, 2014, pp. 385 y ss.

82. La regulación de estas uniones estables de pareja y su práctica equiparación a las uniones familiares tradicionales es una de las principales novedades del Código Civil y Comercial argentino, a juicio de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y MOLINA DE JUAN, M., "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino familiar", *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2, 2015, pp. 195-196.

83. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y MOLINA DE JUAN, M., "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino familiar", *op. cit.,* pp. 202 y ss., donde examinan tres concretos mecanismos de protección de la vivienda de la pareja conviviente.

84. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y MOLINA DE JUAN, M., "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino familiar", *op. cit.,* pp. 200-201.

85. Como ya se adelantó, en este Título se regulan tanto contratos civiles como contratos tradicionalmente regulados por la normativa mercantil; en este sentido, RIVERA, J. C., *op. cit.*, p. 28.

y normas de interpretación, así como reglas sobre formación del consentimiento (Capítulo II), a propósito de las cuales sanciona las prácticas abusivas y dedica una especial atención a la información que se debe dispensar a la persona consumidora, así como a las condiciones que debe cumplir la publicidad que se ofrece a los consumidores y los efectos que provoca la misma. En su Capítulo III se regulan las modalidades especiales de los contratos de consumo —que serían los celebrados fuera de los establecimientos comerciales, los celebrados a distancia y los celebrados mediante el empleo de medios electrónicos— mientras que se dedica el Capítulo IV a las cláusulas abusivas. Este Libro III se cierra con un Título V dedicado a otras fuentes de las obligaciones, y en él se comprende la responsabilidad civil —ámbito en el que cabe destacar la parcial unificación del régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual[86]—, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores. Por su parte, el Libro IV ordena los derechos reales; en lo que a este libro se refiere, y como cuestiones que merecen ser subrayadas pueden mencionarse, entre otras, que en él se consagra el *numerus clausus* de derechos reales[87] (artículo 1884[88]), lo que a su vez obliga a enumerar los derechos reales admitidos en el derecho argentino (en su artículo 1.887); además, que regula con detalle la propiedad horizontal —antes reglada en una ley específica—, al tiempo que incorpora al Código la ordenación de los conjuntos inmobiliarios privados y los cementerios privados —concebidos ambos como supuestos de propiedades horizontales especiales[89]—, el tiempo compartido, y el derecho de superficie. En cuanto al penúltimo libro (Libro V), dedicado a la transmisión de derechos *mortis causa*, cabe destacar, entre otras, las siguientes novedades: se rebajan las porciones legítimas; así, por ejemplo, la de los hijos pasa de cuatro quintos "de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado" —artículo 3.593 del Código derogado— a dos tercios, calculados "sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación" —artículo 2.445 del Código Civil y Comercial vigente—. Además, se suprime tanto la figura de la nuera viuda sin hijos como la desheredación; por último, se incluye la mejora a favor de descendientes o ascendientes con discapacidad, entendiendo por tales a "toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en

86. PICASSO, S., "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial,* 2014 (noviembre), 151.

87. Esta opción del legislador argentino se justifica afirmando que la regulación de los derechos de propiedad responde a intereses superiores de la comunidad, lo que lleva a anteponer el orden público a la autonomía de la voluntad; en este sentido, CAUSSE, F. J. y PETTIS, C. R., "Comentario al art. 1884", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. V, (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2.ª ed. 2016, pp. 3-4.

88. Este precepto dispone: "La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

89. CAUSSE, F. J. y PETTIS, C. R., "Comentario al art. 1887", *op. cit*., p. 7.

relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" (artículo del 2.448 Código Civil y comercial), en otra clara muestra de la constitucionalización del derecho civil que caracteriza al nuevo Código[90]. El Código se cierra con su Libro VI, titulado "Disposiciones comunes a los derechos personales y reales", en el que se regulan instituciones que son de aplicación tanto al derecho civil como al mercantil —la prescripción y la caducidad, a las que se dedica el Título I; los privilegios, regulados en el Título II, y el derecho de retención, contemplado en el Título III—, y finaliza con las normas de derecho internacional privado, contenidas en el IV y último título del Libro. Entre algunas de las novedades que se aprecian en este libro están, en primer lugar, la reducción del plazo de prescripción genérico a cinco años (artículo 2.560) frente al plazo de diez años de las acciones personales que establecía el artículo 4.023 del Código de Vélez Sarsfield o el de igual duración —diez años— contenido en el artículo 846 del derogado Código de Comercio; en segundo término, la inclusión de un precepto —el artículo 2.581— dedicado a los créditos quirografarios; en tercer lugar, la consideración de los créditos garantizados con anticresis entre los créditos con privilegio especial (de acuerdo con el artículo 2.582.e); por último, la inclusión en su Título IV, por primera vez, de un "sistema normativo propio destinado a regir los conflictos derivados de la existencia de relaciones o situaciones jurídicas con elementos internacionales"[91].

De entre las principales notas que, según la comisión redactora, caracterizan el Código argentino[92], pueden destacarse las dos siguientes: se ha dicho, en primer lugar, que se trata de un texto que apuesta por la constitucionalización del derecho privado, opción que queda clara desde el propio Título preliminar, no en vano su artículo 1 alude, entre las fuentes del derecho, tanto a la Constitución Nacional como a los tratados internacionales de derechos humanos, tratados que vuelve a mencionar expresamente en su artículo 2, en esta ocasión como canon de interpretación de las normas: esta ubicación de los derechos humanos en una posición preeminente en el principal cuerpo legal del derecho privado resulta un ejemplo palpable de esa afirmada constitucionalización[93]. En este extremo se pone como ejemplo la protección del derecho a la vivienda,

---

90. HERRERA, M., CARAMELO, G. Y PICASSO, S., "Introducción al Libro Quinto y Libro Sexto", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2.ª ed. 2016, p. IX. También destacan esta constitucionalización del derecho privado patrimonial que se produce mediante la aprobación del nuevo Código argentino RIVERA, J.C., *op. cit.*, p. 27; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., "The Making of the Argentine Civil and Commercial Code", *op. cit.*, pp. 153 y ss.

91. Lo destacan HERRERA, M., CARAMELO, G. Y PICASSO, S., "Introducción al Libro Quinto y Libro Sexto", *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, *op. cit.*, p. X.

92. Este párrafo se basa en el apartado "Aspectos valorativos" del documento *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la nación elaborados por la comisión redactora*, disponible en el sitio de la Biblioteca digital del Ministerio de Justicia argentino, en http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522 (consultado: 12-12-2024).

93. En este sentido, en los *Fundamentos* recién citados se afirma lo siguiente: "La mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular

que aparece recogido en el artículo 14 de la Constitución Nacional y que encuentra su reflejo en los artículos 244 a 256 del nuevo Código Civil y Comercial, preceptos que, según señala la doctrina, proporcionan más seguridad en esta materia a un mayor número de personas que la anterior regulación[94]. En segundo término, se afirma que se trata de un código que no se conforma con la igualdad abstracta o formal, sino que busca la igualdad real, "desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables"[95], en conexión con lo cual la propia comisión redactora destaca a renglón seguido que se trata de un texto basado en un paradigma no discriminatorio, que reconoce como sujeto de derechos privados no solo al hombre, sino también a la mujer, el niño, las personas con discapacidad, las personas consumidoras o las comunidades originarias[96]. Además, la comisión destaca otras notas características como serían (i) el reconocimiento a los derechos sobre bienes con incidencia colectiva, imponiendo límites al ejercicio de los derechos individuales para evitar los daños al medioambiente[97]; (ii) el establecimiento de derechos —en particular, en materia de derecho de familia—, que responden a las necesidades de lo que la propia comisión redactora denomina *sociedad multicultural*, o (iii) la promoción de la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles, atendiendo a numerosos textos internacionales y a las aportaciones efectuadas por la doctrina.

---

los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado".

94. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., "The Making of the Argentine Civil and Commercial Code", *op. cit.*, p. 154.

95. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la nación elaborados por la comisión redactora, op. cit.*

96. Este reconocimiento de derechos a las comunidades originarias se contiene fundamentalmente en el art. 18 del Código Civil y Comercial, que dispone "Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional".

97. Así, el art. 240 del Código argentino establece: "Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1.ª y 2.ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

2.4. El Código Civil chino: una aproximación a sus características y aspectos de interés[98]

2.4.1. El proceso codificador chino

Cabe afirmar, sin duda, que uno de los acontecimientos legislativos más relevantes de este primer cuarto de siglo ha sido la aprobación del Código Civil chino en 2020, no solo por lo que significa de reconocimiento a la técnica codificadora, sino, además, por otras razones, entre las que destacan el número de personas destinatarias de sus reglas, así como algunas especialidades que en él se contienen. No se van a exponer aquí sus antecedentes remotos, que se sitúan a principios del siglo XX[99], sino que el análisis se va a centrar en la etapa que, iniciada en 2014, desembocó en la aprobación del Código Civil de la República Popular China en 2020, para seguidamente abordar el estudio de las principales notas características del Código y concluir con el examen de algunos de los puntos que podrían resultar de interés para un jurista occidental.

El punto de partida del proceso codificador que desemboca en la aprobación del Código Civil chino podría situarse el 14 de octubre de 2014 tras la aprobación, por parte del Comité central del Partido Comunista chino, de la *Decisión sobre cuestiones centrales para el desarrollo del gobierno del país basado en el principio de legalidad*[100], dictada con el objetivo de "mejorar el sistema jurídico relativo a la economía de mercado y elaborar un Código Civil"[101]. Al año siguiente se decide atribuir las labores codificadoras a la Comisión de trabajos legislativos (en concreto, a su sección civil) del Comité permanente de la Asamblea Popular Nacional, Comisión que además contó con la asistencia de cinco entidades colaboradoras: el Tribunal Supremo, la Fiscalía Suprema, la Oficina de Asuntos Jurídicos del Consejo de Estado (que en 2018 se fusionó con el

98. Me gustaría aclarar que, dado que no conozco ninguna de las lenguas oficiales chinas, he elaborado este epígrafe manejando bibliografía escrita fundamentalmente en francés, inglés e italiano.

99. Para una descripción de los aspectos más relevantes de los antecedentes históricos de la codificación china, véase ZHANG, X., "The New Round of Civil Law Codification in China", *University of Bologna Law Review*, vol. 1:1 2016, pp. 110-111; ANGUITA VILLANUEVA, L. A., "Génesis, estructura y contenido del nuevo Código civil de la República Popular China", *R. G. L. J.* 2021, n.º 4, pp. 843 y ss., y, sobre todo, BUSSANI, M. e INFANTINO, M., "The Chinese Civil Code in Comparative Perspective", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives, op. cit.,* pp. 4 y ss., donde ofrecen, también, una serie de claves históricas que permiten entender el proceso que desemboca en el Código en vigor. Se centra únicamente en los sucesivos intentos codificadores acaecidos después de la llegada al poder del Partido Comunista SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 71, n.º 4, 2019, pp. 946-947.

100. TIMOTEO, M., "Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni", *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico* (a cura di A. Saccoccio e S. Porcelli), Modena, 2021, p. 90; ANLING, F., "Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese", *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico, op. cit.*, pp. 73-75.

101. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.,* p. 947.

Ministerio de Justicia), la *China Law Society* (más concretamente, su Asociación china de derecho civil) y la Academia china de Ciencias Sociales —en concreto, su Instituto de Derecho—. En junio de 2015, el antes mencionado Comité permanente definió una estrategia codificadora dividida en dos etapas: la primera desembocó en la redacción de la Parte general del Código Civil, denominada *Disposiciones generales*, de clara influencia alemana[102], aprobada en marzo de 2017, mientras que la segunda se dedicó a la redacción de las seis partes especiales (bienes, contratos, derechos de la personalidad, familia, sucesiones y responsabilidad civil)[103], cuyos borradores fueron examinados por el Comité permanente de la Asamblea Popular Nacional en agosto de 2018 y reevaluados entre diciembre de 2018 y agosto de 2019, tras ser sometidos a un periodo de información pública con el fin de garantizar la máxima transparencia. En diciembre de 2019, tanto los anteproyectos de las distintas partes especiales como la Parte general de 2017 se unificaron en un mismo texto bajo el título de "Proyecto definitivo de Código civil chino"[104], que fue aprobado por la Asamblea Popular Nacional el 28 de mayo de 2020 y entró en vigor el 1 de enero de 2021.

El Código Civil chino consta de 1.260 artículos y está dividido en siete libros[105], de los cuales seis se basan en leyes anteriores —entre las que se incluyen las *Disposiciones generales* aprobadas en 2017[106]—. La única excepción es la representada por el Libro IV, dedicado a los derechos de la personalidad, que constituye la principal novedad

102. COURTOIS, J., "Présentation du livre I", en *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté*, (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, p. 5.

103. Según SHI, J., "Le Code civil de la République populaire de Chine: regard chinois", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté, op. cit.,* p. XV, la distinción entre una Parte general y varias Partes especiales es una herencia de la Escuela pandectista. Afirma, además, que si bien la Parte general del Código chino incorpora el régimen de los actos jurídicos, muy inspirado en el BGB, la mitad de sus preceptos se dedican a las personas físicas y jurídicas, por lo que, a su juicio, la Parte general del Código Civil chino parece más bien una hibridación entre el modelo alemán contenido de la parte general del BGB (*Allgemeiner Teil*) y el modelo del CC francés, que regula los derechos de las personas en su Libro I.

104. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 947-948.

105. Libro I: Parte general; Libro II: Derechos Reales; Libro III: Contratos; Libro IV; Derechos de la Personalidad; Libro V: Matrimonio, Familia y Adopción; Libro VI: Sucesiones; Libro VII: Responsabilidad Civil.

106. En este sentido, LIU, Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, p. 207, explica que estas partes especiales del Código están elaboradas a partir de leyes especiales aprobadas previamente al inicio de esta etapa codificadora, entre las que menciona la Ley sobre Sucesiones de 1985, la Ley sobre Principios Generales de Derecho civil de 1986, la Ley sobre Derechos de Garantía de 1996, la Ley sobre Adopciones de 1995, la Ley de Contratos de 1999, la Ley sobre el Matrimonio de 2011, la Ley sobre Derechos de Propiedad de 2007 y la Ley sobre Responsabilidad Civil de 2009.

incorporada al Código Civil chino[107], si bien está parcialmente inspirado en los Principios generales aprobados en 1986 y en la Ley sobre ciberseguridad de 2016[108].

2.4.2. Características básicas del Código Civil chino

En cuanto a sus notas caracterizadoras, la doctrina ha destacado, en primer lugar, su doble condición: compiladora e innovadora. En cuanto a lo primero, se afirma que se trata de un texto compilador[109], que conserva e incorpora leyes anteriores, lo que ha llevado a hablar de codificación à *droit constant*[110]. Al mismo tiempo —y situados aún en esta vertiente que podría denominarse *conservadora*— se ha subrayado que se trata de un texto que recoge regulaciones tradicionales preexistentes al Código (por ejemplo, la normativa relativa a la persona y la residencia, la familia o el derecho de sucesiones[111], así como la regulación de la gestión de las tierras agrícolas colectivas[112], entre otras materias). Ha sido justamente este aspecto conservador el que ha provocado que los defectos y lagunas que se detectaban en las normas compiladas se hayan transmitido al Código; así, por ejemplo, se ha señalado que las lagunas del régimen relativo a la renovación del derecho de uso del suelo urbano edificable (regulado en el artículo 359 del Código civil chino) son especialmente evidentes, pues no se indica si esa renovación tiene lugar a título oneroso o gratuito —el precepto habla de renovación automática en el momento de expiración de la duración inicial—, ni si el titular del derecho debe llevar a cabo alguna formalidad, ni, tampoco, cuál es el grado de discrecionalidad que tiene

---

107. Como explican, entre otros, SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté, op. cit,* pp. 153-158.

108. LIU, Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *op. cit.* p. 207.

109. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 945 y ss. utiliza el término compilación en el título de su trabajo. Describe el Código Civil chino como un texto de "pura compilación legislativa" XUE J., "The General Part of the Civil Code of the PRC: Formulation, Structure and Features", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives, op. cit.,* p. 60. Según CARDILLO, I., "The Chinese Way to the Civil Code", *op. cit.*, p. 27, en la *Decisión sobre cuestiones centrales para el desarrollo del gobierno del país basado en el principio de legalidad,* adoptada por el Comité central del Partido Comunista chino en 2014 y ya aludida en el texto principal, se utiliza la palabra *compilación* y no *redacción* ni *formulación*. A juicio de este autor, "con esta elección se pretende ordenar e integrar sistemáticamente las leyes civiles y los sistemas ya existentes, tales como los derechos reales, los contratos, los derechos de la personalidad, el matrimonio y la familia, las sucesiones y la responsabilidad civil. Al mismo tiempo, habría que emplear la legislación y la experiencia judicial para introducir las mejoras e innovaciones necesarias en los textos normativos existentes, en consonancia con las nuevas necesidades del país".

110. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 948-955.

111. BUSSANI, M. e INFANTINO, M., "The Chinese Civil Code in Comparative Perspective", *op. cit.*, p. 14.

112. COURTOIS, J., "Présentation du livre I", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté*, *op. cit.*, p. 9.

la autoridad pública competente encargada de la renovación[113]. Se critica, también, el espíritu excesivamente conservador del libro dedicado al derecho de familia, no tanto porque en él se recojan los dos grandes principios tradicionales del derecho chino de familia —por un lado, el que considera la familia como centro de promoción de la armonía familiar (artículo 1.043), que hunde sus raíces en la antigüedad china y el confucianismo[114], y, por otro, el de solidaridad familiar (que se detecta principalmente en los artículos 1.059, 1.067, 1.069, 1.074, 1.075 y 1.114 del Código)[115]—, sino porque excluye el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y desconoce los derechos de los miembros de las uniones no matrimoniales[116].

Por lo que se refiere a su aspecto reformador e innovador, se señala que es un texto que tiene por objetivo principal modernizar el derecho privado chino[117], que, al mismo tiempo que incorpora numerosos trasplantes jurídicos[118], contiene abundantes soluciones

---

113. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 952-954

114. ZHANG, L., "A Brief Analysis of Cryptotypes in the Chinese Civil Code: Legalism and Confucianism", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, p. 373.

115. VIX, O., "Présentation du Livre v: Le mariage et la famille", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté, op. cit.,* p. 180.

116. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 954, donde también lamenta que no se haya incluido, entre las disposiciones relativas a los derechos de la personalidad, la prohibición de la gestación subrogada, que si bien está prevista en una orden ministerial de 2001, no ha impedido el desarrollo de un mercado negro.

117. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 956.

118. A los trasplantes jurídicos se refiere, por ejemplo, JIANG, H., "The Making of a Civil Code in China: Promises and Perils of a New Civil Law", 95 *Tulane Law Review* 777 (2021), disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3740658 (consultado: 10-01-2025), p. 10, donde alude a la influencia del derecho alemán, francés y angloamericano: como ejemplos indica que los artículos 1240 y 1241 (anteriormente arts. 1382 y 1383) del *Code civil* sirven para poner los cimientos de la regulación en el Código chino de la responsabilidad extracontractual, mientras que el concepto alemán del negocio jurídico es la base de toda la teoría general del derecho civil; también reconoce el papel de la *supercategoría* del negocio jurídico en el Derecho civil chino TIMOTEO, M., "Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni", *op. cit*., p. 92. La misma autora destaca, en las pp. 96-98, que uno de los factores que dota de contemporaneidad al Código chino es la hibridación: a su juicio, el derecho privado chino de los últimos decenios ha crecido combinando reglas y modelos de distinta procedencia, aunque advierte (en p. 100) que no es posible pensar en el Código chino en términos de *legal transplants* en sentido clásico, sino que representa el encuentro entre modelos conceptuales derivados de culturas jurídicas distintas, que obliga a abordar su estudio recurriendo a la comparación para abrir un diálogo verdaderamente intercultural con el derecho chino. Aluden también a la existencia de numerosos trasplantes BUSSANI, M. e INFANTINO, M., "The Chinese Civil Code in Comparative Perspective", *op. cit*., p. 14. Pone distintos ejemplos de trasplantes jurídicos al referirse a la aportación del derecho comparado al Código Civil chino SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 956-960: entiende, por ejemplo, que procede del derecho francés la regulación del derecho de habitación, la resolución contractual y la categoría de los cuasicontratos, mientras que la influencia del derecho alemán se observa en las garantías reales y la del derecho norteamericano en la inclusión del superprivilegio

originales que responden a las necesidades de la sociedad china contemporánea[119]. Esta originalidad se observa, al menos, en tres aspectos: en primer lugar, en la incorporación de los valores socialistas fundamentales al Código Civil, valores que se encuentran expresados en su artículo 1[120] y que poseen una profunda carga ideológica[121], no en vano el reconocimiento oficial de tales valores tuvo lugar en el 18.º Congreso nacional del Partido Comunista chino celebrado en 2012, siendo posteriormente incorporados al artículo 1 de las *Disposiciones generales* de 2017[122], ya aludidas. En segundo lugar, es original en lo que se refiere a su estructura y sistemática: de un lado, porque adopta una estructura que pasa de la confirmación y el reconocimiento de los derechos (en su Libro I) a su protección (en los cinco libros siguientes) —puesto que no hay derechos sin mecanismos de tutela—, mientras que el Libro VII, dedicado a la responsabilidad civil, se sitúa en último lugar, a modo de cierre, ofreciendo medidas resarcitorias a las infracciones de derechos[123]. De otra, porque cada uno de los libros del Código está organizado de modo que contiene una parte general seguida por una parte especial, siguiendo así la propia estructura del Código, lo que favorece la propia lógica de cada uno de los libros[124]. Además, se subrayan otras tres notas que distinguen

---

del acreedor hipotecario, que procede del *Uniform Commercial Code*. ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté, op. cit.,* p. XX, sostiene que el Código chino tiene profundas influencias tanto del BGB como del Código Civil francés.

119. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 956 y 961; WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *The Making of the Civil Codes, op. cit.*, pp. 347 y 361.

120. Precepto que dispone lo siguiente: "El presente Código se promulga de conformidad con la Constitución con el fin de proteger los derechos e intereses legítimos de las partes en las relaciones jurídico-civiles, de regular las relaciones civiles, de mantener el orden social y económico, de satisfacer las exigencias de desarrollo del socialismo con características chinas y de promover los valores socialistas fundamentales" (trad. propia a partir de las versiones inglesa y francesa del Código Civil chino).

121. Por ejemplo, ZHANG, L., "A Brief Analysis of Cryptotypes*", op. cit.*, p. 371, donde especifica que este artículo es una clara manifestación de la ideología del confucianismo. Por su parte, ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit*., p. XX, sostiene que la introducción de estos valores socialistas en la ley fundamental del derecho civil es tanto emblemática como ideológica.

122. ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit*., p. XX.

123. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 346, donde además afirma que, en comparación con los códigos de cinco libros, el código de siete libros comprende un sistema de derechos más completo y demuestra estar centrado en los derechos, lo que le permite responder a la necesidad de reforzar la protección a las víctimas que se detecta en una sociedad de riesgos como la actual.

124. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 347. En opinión de SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 961, si bien la técnica de separar una parte general de las partes especiales

al Código Civil chino de otros códigos en cuanto a su sistemática se refiere: la primera y posiblemente más relevante consiste en la inclusión de un libro autónomo (el IV) que regula los derechos de la personalidad[125], aspecto sobre el que se volverá más adelante; la segunda se refiere a la separación entre fuentes de las obligaciones en dos libros distintos —contratos en el Libro III y responsabilidad extracontractual en el Libro VII—, circunstancia que responde, de una parte, a la falta de regulación de la teoría general de las obligaciones[126] y, de otra, a la necesidad de dar una mejor respuesta a los numerosos daños que pueden producirse en una sociedad de riesgos como la actual[127]; la tercera consiste en la inexistencia de una parte dedicada al régimen general de las obligaciones, falta que se considera que puede ser suplida por las disposiciones generales (Título I) del Libro III, dedicado a los contratos[128]. En tercer y último lugar, y para cerrar esta referencia a las principales novedades que se observan en el Código Civil chino, debe aludirse a la introducción del denominado principio *verde* o principio ecológico[129],

---

está inspirada en el BGB, en este la parte general se construye en torno al concepto de negocio jurídico, mientras que en el caso del Código chino la distinción se aplica a todas las partes (contratos, familia, sucesiones).

125. La introducción de este libro se destaca prácticamente por toda la doctrina consultada: así, por ejemplo, SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 962; el mismo autor en "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., pp. 153-158; JIANG, H., "The Making of a Civil Code in China: Promises and Perils of a New Civil Law", *op. cit*., pp. 10-13; ANLING, F., "Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese", *op. cit*., pp 78-79; TIMOTEO, M., "Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni", *op. cit*., pp. 94-95; WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, pp. 347-351; el mismo autor en "Highlighting the Significance of the Chinese Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, *op. cit*., pp. 35-37; ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit*., pp. XXII y XXIII; ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, *op. cit*., p. 168.

126. Ya que no parece lógico regular la responsabilidad extracontractual en el Libro dedicado a los contratos (ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit*., p. XXIII).

127. Según WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 356, donde además precisa que el derecho comparado pone de manifiesto que el *tort law* se ha convertido en una poderosa vía de crecimiento del derecho civil, mostrando una tendencia imparable a separarse del derecho tradicional de obligaciones.

128. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 962. Para WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, pp. 351-356, el Código Civil chino incorpora y trata la parte general de los contratos como normas generales de las obligaciones; es más, a juicio de este autor, incluso los preceptos dedicados a los contratos típicos, que se contienen en el Título II de este Libro, sirven también como normas generales en materia de obligaciones.

129. Destacan su importancia autores como SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 964, y WANG, L., "Highlighting the Significance of the Chinese Civil Code", *op. cit.,* p. 47.

que se recoge no solo en su Libro I, cuyo artículo 9 dispone que "Las partes de las relaciones jurídico civiles deberán contribuir a la conservación de los recursos y a la protección del medioambiente"[130] sino que se aprecia, también, en otros preceptos como el artículo 509, cuyo párrafo tercero establece, durante la ejecución del contrato, la obligación de las partes de evitar el despilfarro de recursos, la contaminación ambiental o la destrucción del medio natural, o el artículo 558, que impone, como obligación poscontractual, el deber de reciclar[131], o en la inclusión de un capítulo completo —el VII del Libro VII— dedicado a la responsabilidad por contaminación y por daños ecológicos. La incorporación de tal principio se ha justificado en la consideración de que China es la principal emisora de carbono del mundo, lo que explicaría —dada la combinación de reglas civiles y mercantiles que se contienen en el Código[132]— la introducción de este principio ecológico, con el fin de sensibilizar a los sujetos de las relaciones jurídico-civiles hacia el medioambiente, promover la mejora de sus hábitos de consumo y fomentar la adopción de comportamientos respetuosos con el entorno[133].

2.4.3. Un libro separado para los derechos de la personalidad

Además de los aspectos apenas expuestos relativos a las notas características del Código Civil chino, algunas de cuyas peculiaridades llaman la atención a un jurista occidental —como, por ejemplo, la incorporación al Código de los valores fundamentales del modelo político chino, como también sucede, por cierto, en el artículo 2 del Código Civil cubano, la consagración en él de principios e instituciones tradicionales del derecho chino, la regulación de las fuentes de las obligaciones en libros distintos o el reconocimiento del principio verde—, merece una especial atención, y a su análisis se va a dedicar este subapartado, la inclusión en el Código chino de un libro autónomo —el Libro IV— para regular los derechos de la personalidad. La inserción de este libro

130. Traducción propia a partir de las versiones inglesa y francesa del Código Civil chino. A la hora de explicar el precepto, COURTOIS, J., "Présentation du livre I", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté*, *op. cit.*, p. 8, considera que el legislador chino, en lugar de conformarse con incluir una simple prohibición de contaminar, ha optado por una aproximación positiva, de acuerdo con la cual no bastaría con abstenerse de contaminar, sino que obliga a la persona a contribuir activamente a la protección del medioambiente.

131. HAN, S., "An Introduction to the Book on Contracts of the Civil Code of PRC", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, *op. cit.*, p. 139, donde explica que, además, el artículo 625 del propio Código impone, en sede de compraventa, el deber de reciclar objetos usados.

132. Y a las que alude ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit.*, p. XXI, a propósito de la enumeración de los rasgos más destacados del Código chino.

133. ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit.*, p. XXI.

independiente en el Código constituye la principal innovación del Código Civil chino[134] y además representa, en palabras de algún autor, una contribución trascendental a la legislación civil mundial[135] por dos razones básicas: primera, porque la decisión de incluirlo permite garantizar la dignidad humana, reconocida en la Constitución china, así como fortalecer la protección de la dignidad de la persona, y, segunda, porque subraya la esencia del derecho civil como un derecho de carácter y contenido humanos, ayudando así a corregir el fallo sistémico que se detecta en los códigos civiles clásicos, que ponen el acento más en los bienes que en las personas[136]. La inclusión de este libro refleja, pues, el espíritu y la idea directriz del Código Civil chino, de colocar a la persona en el centro de todas las preocupaciones, en consonancia no solo con la tendencia mundial favorable a desarrollar la protección de los derechos de la personalidad, sino también y al mismo tiempo, para hacer frente a algunos de los desafíos causados por el empleo de las tecnologías[137].

Si bien es cierto que este libro representa un importante avance, máxime en un país en el que no existe una jurisdicción constitucional encargada de controlar la constitucionalidad de leyes y reglamentos, ni tampoco de tutelar los derechos fundamentales[138], su incorporación al Código generó un importante debate en la doctrina china, a pesar del consenso que existe acerca de la necesidad de reforzar en dicho cuerpo legal la protección de los derechos de la personalidad, para responder tanto a los retos que plantea el uso

134. Por todos, *vid*. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 962. El mismo autor, en "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 153, sostiene que la opción del legislador chino supone un enfoque inédito en la historia del derecho privado, puesto que los derechos extranjeros protegen los derechos de la personalidad ya sea a través de un régimen de responsabilidad civil, ya a través de las reglas del derecho de la persona.

135. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 350.

136. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, pp. 350-351.

137. ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *op. cit*., pp. XXII y XXIII. SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, p. 963, precisa que estas tecnologías pueden ser tanto informáticas como biomédicas, y hace referencia específicamente a la inteligencia artificial, el big data o la clonación de seres humanos. También, WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, pp. 348 y 350.

138. Lo explican, por ejemplo, SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., pp. 154-155, y STONE SWEET, A. y BU, C., "Breaching the Taboo? Constitutional Dimensions of China's New Civil Code" (March 14, 2022). *Asian Journal of Comparative Law*, 2023, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper n.º 2022/13, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=4057683, pp. 1-2.

de las tecnologías como las nuevas situaciones que pueden surgir[139] —piénsese, por ejemplo, en los problemas relacionados con la protección de datos personales surgidos como consecuencia de la pandemia por COVID-19—. Resulta, así, que los detractores de este Libro IV consideran que los derechos de la personalidad, que son distintos de los restantes derechos subjetivos al ser innatos e inherentes a la persona, son indefinibles e indeterminables debido a la ambigüedad de sus contornos; sostienen, además, que las reglas en materia de responsabilidad civil del Libro VII ya los dotan de una protección suficiente[140] y opinan, en fin, que la creación de este libro autónomo no solo es superflua, sino también perniciosa, al afectar a la coherencia y a la sistemática lógica del Código Civil, sin que ningún otro Código Civil en el mundo contenga un libro con este contenido[141]. Se apunta, también críticamente, que la importancia que se otorga a los derechos de la personalidad por la vía del libro autónomo se hubiera logrado igualmente incluyendo las reglas en la materia en el Libro I, dedicado a la parte general, y que, en todo caso, si se aceptara que puede lograrse ese realce de los derechos de la personalidad mediante un libro independiente, hubiera sido mejor situarlo inmediatamente después del Libro I, y no tras los libros dedicados a los bienes y a los contratos[142]. Se arguye, además, que algunos de sus preceptos son reiterativos en relación con artículos contenidos en el Libro I y en el capítulo relativo a las disposiciones generales del propio Libro IV[143]. Por contra, quienes se pronuncian a favor de este nuevo libro lo justifican sobre la base de

---

139. ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 169, donde también expone que, a pesar de este consenso, la doctrina difiere en las vías específicas para alcanzar estos objetivos.

140. LIU, Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *op. cit.* p. 215.

141. Tal y como relata SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *op. cit.*, pp. 962-964. El mismo autor, en "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit.*, p. 154.

142. ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, pp. 182 y ss., donde expone otros aspectos críticos en relación con este Libro IV. Esta última propuesta de mejora, consistente en adelantar el Libro sobre derechos de la personalidad y situarlo justo a continuación de la parte general y, por lo tanto, delante de los Libros sobre bienes y contratos, también es formulada por uno de los principales defensores de la existencia de un libro independiente sobre derechos de la personalidad como es WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 351.

143. En este sentido, LIU, Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *op. cit.* p. 215, donde critica las reiteraciones que se observan entre algunos preceptos contenidos en los capítulos que ordenan lo que podría denominarse *parte especial* de este Libro IV, como es el art. 1.002 (contenido en su capítulo 2), que dispone que la persona física goza del derecho a la vida y que la seguridad y la dignidad de la vida de una persona están protegidas por la ley, y otros contemplados en el Libro I (art. 110, que reconoce que la persona física goza del derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al nombre, a la imagen y a la reputación, entre otros) o en este mismo Libro IV, pero en su primer capítulo, que regula los aspectos generales (art. 990, que establece que los derechos de la personalidad comprenden el derecho a la vida, el derecho al cuerpo, a la salud, al nombre, a la denominación, a la imagen y al honor, entre otros). Igualmente crítico con estas y otras reiteraciones se muestra ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 183.

distintos argumentos, de entre los que cabe destacar los siguientes: primero, que se trata de un libro necesario para acompañar la evolución de la sociedad china actual[144], y responder a sus necesidades[145]; segundo, que sirve para resaltar los valores subyacentes a los derechos de la personalidad[146], dotándolos además de un mecanismo de protección distinto de la acción de responsabilidad civil extracontractual, que permite ordenar la prevención, la limitación o la cesación de los actos que pudieran dañar estos derechos de la personalidad, así como la neutralización de sus impactos negativos, el restablecimiento de la reputación y la presentación de excusas en tiempo y forma (artículos 995 y 997)[147]; tercero, que facilita la respuesta a algunos de los desafíos contemporáneos ligados al desarrollo de las tecnologías[148] que ponen en riesgo la dignidad humana, como sucede, por ejemplo, con la gestación por sustitución, la modificación del genoma humano, el tráfico de órganos, la interceptación de comunicaciones telefónicas, el reconocimiento facial o la recogida abusiva de datos personales[149]; cuarto, que permite tutelar derechos constitucionales, que no se encontraban protegidos con anterioridad, como el derecho a la educación[150]; por último,

144. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 154.

145. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 348.

146. ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 169.

147. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 154.

148. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 348; ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 170.

149. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 155.

150. JIANG, H., "The Making of a Civil Code in China: Promises and Perils of a New Civil Law", *op. cit*., pp. 11-13, donde relata el caso de Qi Yuling, en el que el Tribunal Supremo chino estimó la demanda de Qi, solicitante de una indemnización de daños por la infracción por parte de la demandada del derecho de Qi a la educación, siendo este un derecho constitucionalmente reconocido. En el supuesto, Qi fue al instituto con la demandada, Chen. Ambas terminaron sus estudios en 1990 y, de cara a continuar sus estudios, se examinaron en una escuela de negocios que garantizaba un empleo al alumnado que se graduara. Qi hizo un buen examen y esperaba recibir la noticia de su admisión en la escuela de negocios; en cambio Chen, que hizo un mal examen, conspiró con su padre y con el instituto para interceptar la carta de admisión en la escuela de negocios de Qi y falsificó los documentos necesarios para que Chen pudiera usar el nombre de Qi para asistir a la escuela de negocios. Por tanto, Chen fue a dicha escuela con el nombre de Qi. Tras su graduación, Chen empezó a trabajar en la oficina local del Banco de China (este era el empleo garantizado). Qi, a partir de la finalización de sus estudios en el instituto, se esforzó por conseguir un trabajo estable y estuvo empleada de forma temporal en distintas fábricas. Qi descubrió el robo de identidad por casualidad en 1998. En ese momento demandó a Chen, con apoyo en las reglas de responsabilidad extracontractual, por la violación tanto de su derecho al nombre como

que un libro independiente que establezca las categorías y los contenidos de los derechos de la personalidad, las obligaciones existentes frente a los titulares de los derechos, las normas de ejercicio de tales derechos, las reglas que los restringen y las que contemplan sus vías de protección no solo clarifica y distingue el ámbito de aplicación de las normas sobre los derechos de la personalidad y las que regulan la responsabilidad extracontractual, sino que también proporciona la base para la interposición de reclamaciones en vía administrativa[151].

Para concluir las referencias a este Libro IV, a continuación se aludirá a aquellos elementos que han llevado a la doctrina a subrayar su originalidad, y que se centran fundamentalmente en su contenido, su estructura —que distingue entre una parte general, que es la regulada en las disposiciones generales de su Capítulo I, y varias partes especiales, recogidas en sus Capítulos II a VI[152], siguiendo así la estructura general del propio Código y la de cada uno de sus libros— y la modernidad de muchas de sus reglas. En lo que a su contenido se refiere, y aunque se critica la *pusilanimidad legislativa* que llevó al legislador chino a recortar el articulado desde los 107 preceptos contemplados en el Anteproyecto presentado por la *China Law Society* a los 51 finalmente incluidos en el Libro IV[153], merece la pena destacar que la mayoría de los artículos de este Libro

---

de su derecho a recibir una educación. El juzgado de primera instancia solo estimó su derecho a ser indemnizada por la infracción de su derecho al nombre, puesto que su derecho a recibir educación no es un derecho civil. En grado de apelación, el tribunal provincial solicitó al Tribunal Supremo una interpretación acerca de si la violación de un derecho constitucional puede dar lugar a la imposición de responsabilidad civil, dado que el derecho a recibir educación no es un derecho enumerado en los Principios Generales del Derecho Civil, cuerpo normativo que fue aprobado y promulgado el 12 de abril de 1986, y que se ocupaba de numerosas cuestiones esenciales del derecho civil como el estatuto y la capacidad jurídica de las personas físicas y jurídicas, el derecho de propiedad, la responsabilidad contractual y extracontractual o la prescripción de acciones, dejando sin regular, sin embargo, muchos aspectos importantes. El Tribunal Supremo declaró que la infracción del derecho constitucional de la demandante de recibir educación había supuesto un daño, por lo que la demandada era civilmente responsable. En consecuencia, la demandada fue indemnizada no solo por los daños derivados de la vulneración de su derecho al nombre, lo que incluía los gastos para acudir a otra escuela de negocios, sino que también se le reconoció el derecho a indemnización por el lucro cesante, lo que incluyó todo el derecho ganado por Chen bajo el nombre de Qi, así como los daños morales. Sin embargo, esta interpretación del Tribunal Supremo chino quedó anulada en 2008 por una decisión del propio Tribunal, en la que se declaró que esta interpretación cesaba de ser aplicable. Sobre este caso puede verse, también, DAGAN, C., "Le quatrième livre du Code civil: une innovation pour garantir l'exigence constitutionnelle d'inviolabilité de la dignité humaine", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté, op. cit.,* pp. 162-163.

151. ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 172.

152. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 349.

153. Recorte que se debe, a juicio de SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., pp. 155-156, a las duras críticas formuladas por los opositores a la creación de este libro.

comprenden reglas imperativas, prohibitivas y de orden público[154], centradas principalmente en la protección de la dignidad de la persona, concebida como un valor esencial en la regulación de los derechos de la personalidad[155], en un esfuerzo por implementar la norma constitucional que declara la inviolabilidad de la dignidad de la persona[156]. No es de extrañar, por tanto, que el artículo 990 —uno de los preceptos de cabecera del Libro IV— garantice la libertad personal y la dignidad humana y lo haga, además, a través de una cláusula general mediante la que declara (en su párrafo segundo) que la persona física goza de los derechos derivados de la libertad y de la dignidad de la persona, cláusula que además sirve como base para reconocer aquellos otros derechos de la personalidad que no se encuentran enumerados en el Libro IV[157]. Si se entra en el contenido del Capítulo I del Libro IV, que es el que podría considerarse básico al comprender las disposiciones generales, cabe resaltar las siguientes normas: además de la regla que declara la existencia de derechos de la personalidad generales y específicos (artículo 990), se encuentra la norma que dispone la protección legal de estos derechos (artículo 991), la que permite la comercialización de algunos de ellos (artículo 993), la que protege los derechos de la personalidad de las personas fallecidas (artículo 994), la que recoge los mecanismos de tutela defensiva en caso de infracción (artículo 995), la que permite reclamar daños morales cuando el incumplimiento de un contrato afecte a los derechos de la personalidad (artículo 996)[158] y la que permite solicitar a un tribunal que acuerde la cesación de los comportamientos que hubieran dañado o pudieran dañar los derechos de la personalidad (artículo 997)[159]. Por su parte, los capítulos II al VI establecen el contenido de cada específico derecho de la personalidad, sus vías de ejercicio y la relación entre estos y otros derechos[160].

---

154. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 156.

155. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 348.

156. WANG, L., "Highlighting the Significance of the Chinese Civil Code", *op. cit.,* p. 35.

157. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 348. También SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 156, donde explica que esta cláusula pone de manifiesto la apertura de espíritu del legislador chino, que insistió en que los derechos de la personalidad conservaran su capacidad de evolucionar durante este periodo de transición social.

158. Según uno de los comentaristas del Código Civil chino se trata de un precepto inspirado en el *Draft Common Frame of Reference*, que permite a la parte perjudicada solicitar la indemnización de los daños extrapatrimoniales (SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 156).

159. Pone de relieve la importancia de este concreto precepto WANG, L., "Highlighting the Significance of the Chinese Civil Code", *op. cit.,* p. 36.

160. El Capítulo II se refiere al derecho a la vida, al cuerpo y a la salud; el III, al derecho al nombre y a la denominación (de las personas jurídicas); el IV al derecho a la imagen; el V, a los derechos a la reputación y al honor y el VI y último ordena los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales.

En lo que concierne a la modernidad de sus disposiciones, esta característica se observa, fundamentalmente, en la consagración de nuevos tipos de derechos de la personalidad que permiten afrontar los desafíos planteados por las tecnologías, tanto en el ámbito biomédico como en el informático; así, por ejemplo, los artículos 1.006 y 1.007 permiten dispensar una especial protección a los embriones humanos al prohibir la comercialización de las partes del cuerpo, mientras que el artículo 1.009 —que impone la obligación de que las actividades relativas al genoma o a los embriones humanos cumplan con la ley, los reglamentos y las normas en la materia y prohíbe que atenten contra la salud humana, las reglas morales y éticas y el interés público— proporciona una respuesta jurídica al escándalo ocasionado con motivo del nacimiento de dos gemelos chinos cuyo ADN había sido modificado por un profesor de una universidad situada en el sur del país[161]. En cuanto a los retos que provienen del uso de la tecnología informática y del empleo de la inteligencia artificial, puede mencionarse la inclusión de reglas concretas para luchar contra los *deep fake* que afecten a la imagen (artículo 1.019) y a la voz (artículo 1.023), así como la inclusión de soluciones concretas para los supuestos en que la vulneración de algunos derechos, como el de la reputación, se haya producido utilizando internet (artículo 1.028)[162]. Menos ambiciosa es la regulación relativa a los datos personales, que se sitúa entre el modelo europeo, más proteccionista, y el americano, de corte más liberal, y, en esta línea, se ha conformado con fijar los grandes principios en materia de datos personales —legalidad, legitimidad y proporcionalidad— en su artículo 1.035[163].

A pesar de las bondades destacadas por la doctrina respecto de este Libro IV, la propia doctrina (china) también se ha encargado de formular propuestas de mejora como la ya mencionada *supra*, que propone adelantarlo y ubicarlo justo después del Libro I[164], lo que supondría el reconocimiento de la existencia de una visión *moderna* hacia las personas por parte del derecho civil, que podría servir de modelo a otros países que aspiran a reconocer de forma adecuada el valor de la atención hacia el ser humano[165].

---

161. Más detalles en SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 157.

162. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 158.

163. SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", *op. cit*., p. 158. CONSTANT, F., "Commentaires détaillés. Chapitre VI. Livre 4", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté*, *op. cit*., p. 170, indica que el régimen de protección de datos personales está llamado a evolucionar rápidamente en los próximos meses [su trabajo data de 2023] y debe ser considerado como una primera etapa en el reconocimiento de un derecho a la protección de datos, pues el gobierno chino está preparando una normativa específica sobre la protección de datos personales que servirá para completar el marco legislativo actual.

164. En este sentido, *vid.* nota 136.

165. WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *op. cit.*, p. 351.

3. CONCLUSIONES

A partir del análisis efectuado en las páginas precedentes, parece posible dar respuesta a la pregunta planteada en el primer epígrafe de este trabajo. Así, cabe afirmar, frente a quienes niegan la vigencia actual de la técnica codificadora, que esta sigue siendo una herramienta útil también en este siglo. Si bien es verdad que el modelo codificador de nuestros días no es el del siglo XIX —no estamos, hoy, ante códigos construidos con pretensiones de exhaustividad, plenitud ni inmutabilidad—, existen razones que llevan a defender la conveniencia de seguir codificando: también hoy son necesarias la estabilidad y la coherencia que los códigos proporcionan a las materias que en ellos se regulan, máxime en un periodo de hiperproducción legislativa como el actual; además, los códigos del siglo XXI, que no han de verse como obras estáticas e inamovibles, siguen buscando dos valores esenciales también hoy, como son la racionalidad y la simplificación, sin olvidar la seguridad jurídica que se logra a través de la codificación, que permite conjurar riesgos como los asociados a la creación judicial del derecho o al insoportable desorden de la ley.

El examen de tres ejemplos recientes ha puesto de manifiesto algunas de las bondades de estos códigos modernos, que responden —o, al menos, tratan de hacerlo— a las necesidades actuales de la ciudadanía a la que se dirigen, y que al mismo tiempo tienen en cuenta las nuevas realidades de este siglo; es el caso, por ejemplo, de la inclusión del *principio verde* en el Código Civil de China, como vía para contribuir —esperemos que no únicamente de modo testimonial— a la lucha contra el cambio climático. También es de destacar la opción a favor de la estructura y el contenido abiertos que efectúa el *Codi catalán*, que permite responder con rapidez a las nuevas necesidades que surgen en la sociedad, así como a las exigencias derivadas de la pertenencia a la Unión Europea, muchas de cuyas directivas se trasponen al ordenamiento español con retraso, y, en numerosas ocasiones, en leyes especiales y no en el propio Código[166]. No menos relevante es la importancia que atribuye el Código Civil argentino a los derechos humanos, por un lado, y al principio de igualdad y no discriminación, por otro, situándose así entre los códigos que incorporan abiertamente los principios constitucionales en su normativa,

166. Así, por ejemplo, recientemente se han incorporado al libro sexto del Código Civil de Cataluña las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes mediante el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, mientras que, en el ordenamiento civil común, tales directivas se han traspuesto al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU) a través del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de trasposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios trasnacionales y defensa de los consumidores. Esta realidad en este caso se explica porque el legislador español ha optado por dejar fuera del Código Civil las reglas relativas a la protección de personas consumidoras, decisión que se mantiene también en la PMR, como se apunta en su Exposición de motivos, pero, en cualquier caso, no cabe duda de que la estructura de código abierto facilita una rápida y ordenada trasposición de las directivas europeas.

decisión que en los tiempos que corren merece ser aplaudida, al blindar la protección que se dispensa a colectivos especialmente vulnerables.

Cabe destacar que, para lograr las finalidades propias de los textos legales de cabecera del derecho civil, los nuevos códigos no solo recogen instituciones procedentes de la tradición histórica propia, sino que abren la puerta a soluciones consolidadas en ordenamientos de otros países, incluso cuando proceden de sistemas jurídicos muy alejados, como sucede, por ejemplo, con el Código Civil chino, en el que pueden encontrarse influencias del derecho norteamericano. Y aunque es grande la importancia que estos jóvenes códigos dispensan al derecho patrimonial —ámbito en el que cabe resaltar la unificación de las reglas en materia de contratos civiles y mercantiles que se ha producido tanto en Argentina como en China, así como la actualización de muchos de sus preceptos con el fin de adaptarse a una economía fuertemente globalizada—, es también significativa la atención que prestan a la persona: lo hace no solo el Código Civil y comercial argentino, a través de la ya mencionada marcada constitucionalización y de la importancia que concede al principio de igualdad real a lo largo de su normativa, sino, en especial, el Código chino, que la sitúa en el centro del derecho civil, probablemente por dos motivos: para cubrir, al menos en parte, algunas de las carencias que en relación con los derechos de la persona se detectan en la Constitución de dicho país, así como para tratar de dar respuesta a algunos de los importantes desafíos que se plantean en el campo de los derechos de la personalidad como consecuencia del imparable desarrollo de la tecnología.

Por último, quizás sería posible extraer algunas enseñanzas de utilidad para el legislador español a partir de los tres códigos examinados: por lo que se refiere al Código Civil catalán, si bien no cabe copiar la estructura y el contenido abierto a menos que se opte por redactar un código civil de nueva planta, sí que cabría dejarse inspirar por la modernidad de algunas de sus soluciones, tanto en materia de derecho de familia o sucesiones, ámbitos en los que, por ejemplo, se reconocen importantes efectos a las parejas estables, como en relación con los contratos, en el que, a propósito de la ordenación de la compraventa, e inspirado por el derecho privado europeo, se regula el deber de información precontractual en beneficio del comprador (artículo 621.7), incrementando de este modo la transparencia contractual —ya en la PMR se contempla el incumplimiento del deber precontractual de informar como causa de anulación del contrato y fuente de indemnización de los daños causados— y se contempla de manera expresa el deber de transmitir la propiedad entre las obligaciones de la parte vendedora. En cuanto al Código argentino, y entre muchos otros aspectos, resulta de interés para nuestro derecho la apuesta por la unificación de las reglas generales en materia de contratos civiles y mercantiles, o la especial protección que dispensa a la vivienda familiar, otorgando al derecho de acceso a la misma la consideración de derecho humano, situándolo, pues, por encima del derecho al disfrute de una vivienda digna que consagra el artículo 47 de la Constitución española. Por último, el Código Civil chino, a pesar de provenir de un sistema jurídico muy alejado del español, presenta también elementos destacables, algunos de los cuales quizás serían susceptibles de ser importados a nuestro ordenamiento: como ya se ha indicado, y como también hace el Código argentino,

unifica los contratos civiles y mercantiles, tarea que antes o después será abordada de nuevo por nuestro legislador; además, resulta especialmente reseñable la ya señalada introducción del *principio ecológico*, con el objetivo de intentar mitigar algunos de los perjuicios que la sociedad de consumo causa al medioambiente, una de cuyas manifestaciones más relevantes se encuentra en sede contractual, ámbito en el que se impone de forma expresa el deber de ejecutar el contrato de forma respetuosa con el medioambiente (artículo 509-III), en coherencia con lo previsto en el artículo 9, ubicado entre las reglas fundamentales de la Parte general del Libro I del Código chino. También es de interés el reconocimiento de nuevos tipos de derechos de la personalidad que efectúa su Libro IV, en el que, al mismo tiempo que consagra los derechos de la personalidad como objeto de tutela jurídico-civil, incluyendo los que podrían considerarse tradicionales junto a los que cabría denominar *modernos*, establece mecanismos de protección específicos incluso de carácter cautelar, lo que puede facilitar las respuestas jurídicas frente a algunos graves riesgos que el desarrollo de las tecnologías disruptivas provoca sobre las personas.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, J., "Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB", *ADC*, vol. 55, n.º 3, 2002, pp. 1133-1227.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la promulgación del Anteproyecto del Código mercantil", en https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html (consultado: 6-9-2024).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Contra la promulgación del Anteproyecto del Código mercantil", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 19-26.

ALONSO LEDESMA, C., "Codificación y Derecho privado de obligaciones y contratos", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI,* (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 27-48.

ANDERSON, M., "La Directiva de aprovechamiento por turno y la necesidad de trasponerla... en un Estado plurilegislativo", *ADC*, vol. 63, n.º 1, 2010, pp. 229-244.

ANGUITA VILLANUEVA, L. A., "Génesis, estructura y contenido del nuevo Código civil de la República Popular China", *R. G. L. J.* 2021, n.º 4, pp. 837-881.

ANLING, F., "Elaborazione e caratteristiche del Codice civile cinese", *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico,* (a cura di A. Saccoccio e S. Porcelli), Modena, 2021, pp. 71-88.

ARROYO AMAYUELAS, E., "Competència autonòmica, competència entre ordenaments jurídics i codificació del dret civil català: un balanç", *Revista de Dret Històric Català*, vol. 10 (2010), pp. 167-213.

ARROYO AMAYUELAS, E., "Civil Law in Spain is Plural, as Are Its National Civil Codes", *The Making of the Civil Codes,* (editores M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 31-49.

ARROYO AMAYUELAS, E., "El dret civil de Catalunya", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals,* número especial 40è aniversari de l'IEA, 2024, pp. 299-309.

BADOSA COLL, F., "De la Compilació del dret civil especial de Catalunya al Codi civil de Catalunya", *Revista de Dret Històric Català*, vol. 10 (2010), pp. 157-166.

BUSSANI, M. e INFANTINO, M., "The Chinese Civil Code in Comparative Perspective", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 3-16.

CABRILLAC, R., "The Codification at the Beginning of the Twenty-First Century", *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective,* (editores M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 17-30.

CANNARSA, M., "The Perpetual French Codification", *The Making of the Civil Codes,* (editores M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 65-87.

CARDILLO, I., "The Chinese Way to the Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives,* (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 17-30.

CAÑIZARES LASO, A., "Hacia una recodificación", en *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (editora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 49-60.

CARONI, P., *Lecciones de historia de la codificación*, (traductores A. Mora Cañada y M. Martínez Neira), Madrid, 2013, p. 31 (disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/af9b6258-e306-4790-ac00-d4c81475d81f/content).

CAUSSE, F. J. y PETTIS, C. R., "Comentario al art. 1884", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. V, (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2.ª ed. 2016, pp. 3-4.

CONSTANT, F., "Commentaires détaillés. Chapitre VI. Livre 4", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté*, (M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, pp. 169-170.

COURTOIS, J., "Présentation du livre I", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté,* (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, pp. 5-10.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", *Retos de la dogmática civil española*, Madrid, 2011, pp. 13-119.

DÍEZ-PICAZO, L., "Codificación, descodificación y recodificación", *ADC*, vol. 45, n.º 2, 1992, pp. 473-484.

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la nación elaborados por la comisión redactora (disponible en: http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522).

EGEA FERNÁNDEZ, J., "Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya", *InDret* 4/2003, pp. 1-15.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos en la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, n.º 1 (enero-marzo 2014), pp. 7-27.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo Código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 61-113.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1 (2022), pp. 233-245.

GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 115-147.

GORÉ, M., "The Significance of the Chinese Civil Code in Europe", en *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 342-352.

GRAZIADEI, M. y ZHANG, L., "On Civil Codes: A Twenty-First Century Perspective", *The Making of the Civil Codes,* (editores, M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 1-16.

HAN, S., "An Introduction to the Book on Contracts of the Civil Code of PRC", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 128-151.

HERRERA, M., CARAMELO, G. y PICASSO, S., "Introducción al Libro Quinto y Libro Sexto", en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. VI, (directores M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso), Buenos Aires, 2.ª ed. 2016, pp. IX-X.

IRTI, N., *L'etá della decodificazione,* 4.ª ed., Milano, 1999.

JIANG, H., "The Making of a Civil Code in China: Promises and Perils of a New Civil Law", 95 *Tulane Law Review* 777 (2021), disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3740658

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., "The Making of the Argentine Civil and Commercial Code", *The Making of the Civil Codes,* (editores M. Graziadei y L. Zhang) Singapore, 2023, pp. 149-164.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y MOLINA DE JUAN, M., "Protección de la vivienda de la familia no matrimonial en el Código civil y comercial argentino familiar", *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 3, 2, 2015, pp. 193-213.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I-1.º (revisor J. Delgado Echeverría), Barcelona, 1988.

LIU, Q., "The Chinese Civil Code: The Problem of Systematization", *The Making of the Civil Codes*, (editores M. Graziadei, y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 203-222.

MACÍA MORILLO, A., "Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán", *InDret,* 1/2013, pp. 1-46.

MEDINA, G., "La contractualisation della famille. Contractualisation of Family Law", *Informes de la Asociación Argentina de Derecho comparado al XIX Congreso de la Academia Internacional de Derecho comparado*, Buenos Aires, 2014, pp. 385-414.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil,* vol. 1, n.º 3 (julio-septiembre, 2014), pp. 37-66.

PICASSO, S., "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial,* 2014 (noviembre), 151, pp. 1-17.

PORTALIS, *Discurso preliminar al Código civil francés,* (traductores I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson), Madrid, 1997.

RESCIGNO, P., "Ancora sul cinquantesimo "compleanno" del codice civile", *Codici. Storia e geografia di un'idea*, (a cura e con una nota di F. Caggio, Laterza), 6.ª ed., 2018, pp. 86-102.

RESCIGNO, P., "Le prospettive di un diritto europeo ed uniforme dei contratti", *Codici. Storia e geografia di un'idea,* (a cura e con una nota di F. Caggio, Laterza), 6.ª ed., 2018, pp. 235-244.

RIVERA, J. C., "Codificación, descodificación y recodificación del Derecho privado argentino a la luz de la experiencia comparada", en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, (directores J. C Rivera y G. Medina), Buenos Aires, 2014, pp. 4-33.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á., "El Código Mercantil", *RDM*, 2012, n.º 286, pp. 15-22.

ROCA TRÍAS, E., "Prólogo", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 11-18.

SAVAUX, E., "El nuevo derecho francés de obligaciones y contratos", *ADC*, vol. 69, n.º 3, 2016, pp. 715-741.

SCHULZE, R., "Perspectiva comparada de la codificación en Europa", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías), Cizur Menor, 2015, pp. 163-187.

SHI, J., "La rédaction du Code civil chinois: entre la compilation et l'innovation", *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 71, n.º 4, 2019, pp. 945-965.

SHI, J., "Le Code civil de la République populaire de Chine: regard chinois", en *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté,* (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, pp. XV-XVII.

SHI, J., "Le livre relatif aux droits de la personnalité: L'innovation la plus importante du Code civil chinois", en *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté,* (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, pp. 153-158.

STONE SWEET, A. y BU, C., "Breaching the Taboo? Constitutional Dimensions of China's New Civil Code" (14 de marzo de 2022). *Asian Journal of Comparative Law*, 2023, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper n.º 2022/13, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=4057683

TIMOTEO, M., "Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni", *Codice civile cinese e sistema giuridico romanistico* (a cura di A. Saccoccio e S. Porcelli), Modena, 2021, pp. 89-100.

VAN DONGEN, E. G. D., "The Making, Meaning and Application of Civil Codes in the Netherlands", *The Making of the Civil Codes*, (editores M. Graziadei, y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 89-107.

VAQUER ALOY, A., "El derecho civil catalán: presente y futuro", *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2008, n.º 46, pp. 69-108.

VAQUER ALOY, A., "El *Soft Law* europeo en la jurisprudencia española: doce casos", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 1, junio 2013, pp. 93-115.

VIX, O., "Présentation du Livre V: Le mariage et la famille", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté,* (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y Olivier Vix), París, 2023, pp. 179-185.

WANG, L., "System Innovations: Characteristics and Contributions of the Chinese Civil Code", *The Making of the Civil Codes,* (editores M. Graziadei, y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 341-363.

WANG, L., "Highlighting the Significance of the Chinese Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 31-49.

XUE J., "The General Part of the Civil Code of the PRC: Formulation, Structure and Features", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives,* (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 53-70.

ZENG, R., "Quelques traits saillants du Code civil de la République populaire de Chine", *Code civil de la République populaire de Chine traduit et commenté,* (directores M. Grimaldi, M. Goré, C. Gijsbers, B. Li y O. Vix), París, 2023, pp. XX-XXIV.

ZHANG, J., "Ambitious Goals for the Book on Personality Rights of the Chinese Civil Code", *Chinese Civil Code in the Global legal Order: inner and outer perspectives*, (editores M. Bussani, I. Cardillo, M. Infantino y J. Xue), Leiden, Boston, 2024, pp. 168-186.

ZHANG, L., "A Brief Analysis of Cryptotypes in the Chinese Civil Code: Legalism and Confucianism", *The Making of the Civil Codes*, (editores M. Graziadei y L. Zhang), Singapore, 2023, pp. 365-383.

ZHANG, X., "The New Round of Civil Law Codification in China", *University of Bologna Law Review*, vol. 1:1 2016, pp. 106-137.

LA CUESTIÓN COMPETENCIAL: ALGUNAS PROPUESTAS SOBRE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES*[1]

M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrática de Derecho Civil
Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

La STC 132/19 introdujo datos innovadores en la interpretación de las "bases de las obligaciones contractuales" que ha actualizado su enfoque. A través de la interpretación "civil" (técnica) de la norma constitucional se plantean las siguientes cuestiones: ¿Qué entender como bases de las obligaciones contractuales?;¿Dónde están? ¿En qué instrumento normativo? ¿Norma imperativa, dispositiva? ¿Ley general, especial?; ¿Cómo se determinan e individualizan?; ¿Quién participa y cómo?

PALABRAS CLAVE

Competencia para legislar; bases de las obligaciones; normas.

---

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 25/02/2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre *La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español* (referencia PID2022-138909NB-I00), investigador/a principal: M.ª P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez.

THE QUESTION OF COMPETENCE: SOME PROPOSALS ON THE BASIS OF CONTRACTUAL OBLIGATIONS

ABSTRACT

STC 132/19 introduced innovative data in the interpretation of the "bases of contractual obligations" that has updated its approach. Through the "civil" (technical) interpretation of the constitutional norm, the following questions are raised: What to understand as bases of contractual obligations? Where are they? In what regulatory instrument? Imperative or dispositive norm? General or special law? How are they determined and individualized? Who participates and how?

KEYWORDS

Competence to legislate; bases of obligations; laws.

SUMARIO

1. Preliminar 128

2. Qué se han considerado bases 130

3. Las bases en la STC 132/2019 133

4. Contexto de las sentencias del Tribunal Constitucional 135

5. Las propuestas 140

5.1. ¿Qué son las bases y cuál es su alcance? 140
5.2. ¿Dónde están? ¿En qué instrumento normativo? 152
5.3. ¿Cómo se determinan? ¿Quién participa? 158

Bibliografía 162

1. PRELIMINAR[2]

Una característica peculiar del orden jurídico español es la coexistencia temporal de diferentes ordenamientos jurídicos civiles. La Constitución garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (art. 2 CE) a las que otorga competencias, lo que acredita la composición compleja plurilegislativa. El sistema reconoce la competencia legislativa en materia civil de aquellas Comunidades Autónomas en las que existía un derecho civil con anterioridad a la Constitución, y que además la asumieran en el respectivo Estatuto de Autonomía. Competencia ceñida a "conservar, modificar y desarrollar el derecho civil", y delimitada por la reserva estatal de determinadas materias (art.149.1.8 CE)[3] entre las que consta la (submateria), "las bases de las obligaciones contractuales". Una característica, la coexistencia de legislaciones civiles, que es un dato de identificación del sistema, permanente, no accidental ni efímera[4].

De las distintas cuestiones suscitadas en torno a las bases, tomando como referencia la realidad jurídica actual, en este escrito se concretan tres, a fin de expresar en voz alta nuevas formulaciones que contribuyan a enriquecer el debate:

1.ª ¿Qué son las bases y cuál es su alcance?

2.ª ¿Dónde están? ¿En qué instrumento normativo?

3.ª ¿Cómo se determinan?; ¿Quién participa?

En definitiva, cómo se ha de entender la competencia legislativa en materia civil en relación con las bases de las obligaciones contractuales, cuál es el objeto de esta competencia, dónde se localizan y cuáles son los instrumentos legales en los que se habrían de contener.

---

2. El presente trabajo desarrolla las principales ideas expuestas en el Congreso internacional *La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023. Algunas cuestiones previas* (9 y 10 de julio de 2024, Universidad de Santiago de Compostela), en la mesa compartida *La cuestión competencial*. El profesor Ignacio Varela Castro, desarrolló otra parte que se publica en este mismo número. Además, con posterioridad al cierre del presente escrito, este autor ha publicado el artículo "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 5, 2024, pp. 75-124.

3. "Las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial."

4. DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Los derechos civiles forales (siglos XIX y XX) un tercio de España", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero guiridico moderno,* 2021, vol. 50, n.º 1, Giuffrè, es contundente en este sentido (p. 687): "El pluralismo jurídico civil de base territorial en España no es una cualidad adventicia o adjetiva, sino cualidad interna y estructural del Derecho civil de los españoles" "No es un lunar. No es un accidente externo o añadido, sino que lo identifica y distingue".

La competencia legislativa en materia civil de las Comunidades Autónomas que gozan de ella está limitada, de una parte, porque debe concretarse a la "conservación, modificación y desarrollo" y de otra, por las (sub) materias que "en todo caso" se reserva el Estado[5]. Tienen derecho civil propio Cataluña, Aragón, Navarra, Galicia, País Vasco, Baleares y Extremadura (el Fuero de Baylío). Valencia, pese a que asumió la competencia, no obstante, aún no está reconocida por completo. En las restantes Comunidades Autónomas rige toda la legislación civil del Estado vigente en el momento que corresponda, sin ninguna limitación, ni pregunta sobre la cuestión competencial[6].

Centrado el análisis en "las bases de las obligaciones contractuales" el entendimiento de lo que sean doctrinal y jurisprudencialmente continúa siendo, cuarenta y seis años después de la promulgación de la Constitución, objeto de debate y dudas, aparentemente resueltas o acrecentadas, según la opinión que se mantenga, después de la STC 132/19, de 13 de noviembre de 2019 (la relativa al Libro Sexto del Código Civil de Cataluña)[7] que fue un hito importante en la clarificación de su concepto. En palabras de su ponente, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos[8], "(...) la sentencia estableix les bases per a un desenvolupament adequat del dret d'obligacions en l'àmbit de les comunitats autònomes amb dret civil propi (...)", lo que se ha asumido, prácticamente, sin desviaciones.

Conviene dejar sentado que es generalizada la tesis de que la doctrina de esta sentencia no solo introdujo datos innovadores, sino que, en buena medida, ha actualizado el enfoque de la cuestión y ha supuesto una toma de posición que se ha continuado y repetido en las sentencias constitucionales posteriores.

A pesar de los logros habidos, también, es común sentir que aún no está resuelta la incógnita acerca de lo que sean las bases de las obligaciones contractuales. De ahí la necesidad de volver, de nuevo, a replantearlas.

---

5. BADOSA COLL, F. "Sentencia 31/2010, de 10 de junio", *Revista catalana de dret public. Especial sentencia sobre el Estatuto*. 2010, p. 334, indica: "El primer límite es la «conservación, modificación y desarrollo» de normativas preexistentes que son «conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias» (FJ 1). No es, pues, un programa o ritmo de política legislativa sino un límite a la materia civil regulable, esta solo es la contenida en las seis compilaciones. El segundo límite («segunda reserva competencial» FJ 1) son las seis materias reservadas al Estado («en todo caso»). Su origen son las normas del CC 1889 que este mismo declaró "obligatorias en todas las provincias del Reino» (art. 12.1 orig. CC procedente del art. 5 de la Ley de Bases 1888) o «de aplicación general y directa en toda España» (art. 13.2 vigente CC)".

6. La literatura jurídica sobre las bases de las obligaciones contractuales, como es suficientemente conocido, a lo largo de estos cuarenta años es copiosa, y diversa, según la opinión que mantenga quien la expresa. Dada la finalidad que se pretende en este escrito, es decir, plantear una nueva propuesta, no es posible indicar toda la doctrina; únicamente se menciona, cuando se cree oportuno, de manera expresa la que se considera oportuna.

7. *Boletín Oficial del Estado,* 19 de diciembre 2019, n.º 304, sec, TC, p. 137682.

8. Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2024, RÍOS, J. A., "Intervención", *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2024, p. 224.

2. QUÉ SE HAN CONSIDERADO BASES

Pese al lustro transcurrido desde la sentencia citada, la incógnita acerca de qué son las bases persiste, pues no ha habido movimiento alguno, de parte de la autoridad correspondiente (las cámaras parlamentarias estatales), de ponerse a la labor de formularlas. Se constata que junto a la doctrina de la STC 132/2919, prácticamente copiada en otras posteriores (en particular la reciente STC 120/2024)[9] coexisten y se mantienen las calificaciones que, acerca de ellas, se expresaron en anteriores sentencias.

Interesa, así pues, repasar someramente qué se han considerado bases de las obligaciones contractuales, para contar con datos que puedan orientar. Advierto que la enumeración se hace bajo una mirada crítica, como obliga toda investigación, y teniendo en cuenta que no siempre es legítimo convertir en general lo que es especial del caso[10], incluso aunque haya identidad de materia, es decir, que no se puede dar por sentado que la doctrina de una sentencia sea inmutable, sino que, de cara al futuro puede variar.

De otra parte, es obvia, lo han demostrado los años transcurridos, la interesante evolución que ha derivado en una significativa mutación de la doctrina mantenida, en buena medida propiciada, y al compás, del ejercicio de la competencia en materia civil por las Comunidades Autónomas con derecho civil propio.

Reordenando los pronunciamientos de las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC), se identifican como bases de las obligaciones contractuales:

- En general de los principios desarrollados en los títulos I (de las obligaciones) y II (de los contratos) del libro IV Código Civil español (CC) (arts. 1088 a 1314) (SSTC 132/2019, 157/2021, 120/2024).
- La dación en pago (STC 157/2021).
- El cumplimiento y la extinción de la obligación (STC 157/2021).
- La regulación de la cesión de créditos (STC 157/2021).
- La autonomía de la voluntad y la libertad de las partes en la contratación (SSTC 132/2019, 3772022, 118,2022, 150/2022, 120/2024).

9. STC 120/2024, de 8 de octubre, recurso de inconstitucionalidad núm. 3955-2022, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda, y, subsidiariamente, contra los arts. 1.1, 1.3, 7, 8, 9.2, 10, 11 y 12 y la disposición transitoria de dicha ley. En el Fundamento jurídico 5 se copia, literalmente, la doctrina de la STC 132/2019.

10. Es decir, que se ha de tener en cuenta que lo que expresa la sentencia responde a la impugnación o cuestión de inconstitucionalidad de la norma concreta en la que se identifican o definen las bases de las obligaciones contractuales, que, por lo tanto, no siempre es apta para ser general.

- La estructura de la relación contractual, su núcleo esencial (SSTC 132/2019, 150/2022, 120/2024). Lo que comprende las normas esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales (SSTC 132/2019, 37/2022, 120/2024).
- La capacidad para contratar (STC 81/2020) y las prohibiciones de contratar (STC 54/2018).
- El objeto de los contratos (STC 81/2020)[11].
- La determinación del contenido del contrato (SSTC 264/1993, 57/2004, 54/2018, 13/2019).[12]
- La forma de acreditar la contratación (STC 72/2021)[13].
- Las cláusulas abusivas: su concepto, cuáles son y sus consecuencias (SSTC 71/1982, 62/1991, 264/1993, 124/2003, 157/2004, 54/2018, 72/2021)[14].
- Las condiciones generales de contratación (SSTC 71/1982, 54/2018, 24 de mayo).
- La imposición de la obligación de informar (STC 72/2021).
- Las reglas que afectan a la perfección, validez y eficacia de los contratos (SSTC 264/1993, 284/1993, 14/1998, 119/1998, 54/2018, 119/2018, 132/2019)[15].

---

11. "Tanto el objeto de los contratos (arts. 1261.2 y 1271 a 1273 del Código Civil), como la capacidad para contratar (arts. 1261.1, 1262 y ss. del Código Civil), constituyen «bases de las obligaciones contractuales», de competencia estatal exclusiva «en todo caso» (art. 149.1.8 CE). Por consiguiente, esta regulación, emanada de una comunidad autónoma que carece de derecho civil propio, invade la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y además afecta a las bases de las obligaciones contractuales, cuya regulación queda reservada al legislador estatal (SSTC 71/1982, FFJJ 17 a 19, y 132/2019, FJ 6 y STC 81/2020, de 15 de junio 2020 La Rioja)".

12. "La determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE (STC 264/1993, de 22 de julio, STC 157/2004, de 21 de setiembre, STC 54/2018 de 24 de mayo, STC 13/2019, de 31 de enero)".

13. "La forma de acreditar la contratación realizada afecta a las bases de las obligaciones contractuales, reservadas en todo caso al legislador estatal (SSTC 71/1982, FFJJ 17 a 19, y 132/2019, FJ 6, STC 72/2021, STC 72/2021 de 18 de marzo 2021 Extremadura)".

14. "Las cláusulas abusivas, aun siendo capital para la defensa de los consumidores y usuarios, forma parte de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.8 CE: (STC 71/1982, de 30 de noviembre, STC 54/2018, 24 de mayo).

Corresponde al Estado delimitar tanto el concepto de cláusula abusiva como los efectos que produce en un contrato la inclusión de una cláusula de tal carácter (STC 72/2021 de 18 de marzo 2021 Extremadura)".

15. "Los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos pertenecen a la titularidad estatal, *ex* artículo 149.1.6 y 8 CE (SSTC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5, y 284/1993, de 30 de septiembre, STC 54/2018 de 24 de mayo, STC 13/2019, de 31 de enero)".

- La introducción de derechos y obligaciones en la relación contractual que constituyan un *novum* (SSTC 71/1982, 88/1986, 62/1991, 61/1997, 264/1993, 157/2004, 54/2018; 13/2019; 120/2024)[16].
- La responsabilidad contractual (SSTC 71/1982, 264/1993, 124/2003, 157/2004, 132/2019).
- Las acciones por incumplimiento, el saneamiento o la resolución (SSTC 62/1991, 264/1993, 157/2004, 54/2018).
- Las modalidades contractuales (SSTC 71/1982, 264/1993, 124/2003, 157/2004, 54/2018).
- El régimen de contención de rentas (SSTC 37/2022, 118/2022, 150/2022).
- La libre determinación del precio de alquiler tanto de vivienda como de local de negocios (SSTC 37/2022; 118/2022;150/2022, 120/2024).

Del listado resulta, a primera vista, que las bases parece que se circunscriben a las reglas o principios generales que deben regir de las obligaciones contractuales. Un amplio elenco que abarca casi toda la materia general obligatoria y contractual.

16. "No se produzca un *novum* en el contenido contractual, o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas" .... (a partir de la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 5) (STC 54/2018 de 24 de mayo, STC 13/2019, de 31 de enero).

3. LAS BASES EN LA STC 132/2019

De ahí que pueda ser de utilidad detenerse en la explicación de las bases de las obligaciones contractuales del Fundamento jurídico sexto de la STC 132/2019, para extraer los datos que interesan a fin de construir su noción. Siguiendo el orden de su texto, se lee[17]:

> "Cabe destacar que sobre la noción de «bases», el Tribunal ha declarado reiteradamente que presenta *una doble dimensión, material y formal"*.
>
> a) *Materialmente*, "lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es *el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental* prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual pueda cada comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto" (STC 197/1996, FJ 5).
>
> b) También (STC 197/1996, FJ 5) "ha concretado el Tribunal el alcance de la *dimensión formal de las bases*, manifestando que su «finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura (SSTC 80/1988 y 227/1988). Por ello, *el instrumento para establecerlas es la ley* (STC 1/1982, FJ 1) [...] De suerte que la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica [...]".
>
> La finalidad de las bases es conseguir el "(...) cumplimiento de *los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes* (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) *y planificación general de la actividad económica* (art. 131 CE). Todas estas normas constitucionales persiguen la ordenación general del *orden público económico* y son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan *la estructura y el sistema económico de la sociedad* (...)".
>
> "De ahí que en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas *que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos*, (...) *principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio*

17. Los énfasis son míos.

jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal".

Así que es el "(...) *núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación*, pero no puede considerarse que el libro IV CC contenga una regulación que impida a las comunidades autónomas con competencias en esta materia que puedan dictar regulación alguna".

"(...) la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de *garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional*".

"(...) hay que aclarar que aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal «(...) la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas *a las fuentes de las obligaciones* (art. 1089 y ss. CC), a la *fuerza vinculante del contrato* (art. 1091 CC) y las que *regulan sus elementos esenciales y efectos* (1254 a 1280 CC) (...) los principios materiales (...) *la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional* del contrato en relación con los modos de traslación del dominio*; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores*»".

Pues se ha de "(...) *preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales* e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional".

De lo que resulta como corolario que "Las bases, por tanto, deben referirse con *carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos* (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y *no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica* pertenece (...)".

En cuanto a donde radican estas bases, en este mismo fundamento jurídico se explica que "El legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, pues estas obligaciones se encuentran reguladas en el Código Civil estatal que es una norma preconstitucional".

Lo que no impide que "en tanto el Estado no se pronuncie sobre lo que debe entenderse normativa contractual básica, para resolver el recurso planteado debemos inferirla mediante un examen de las normas recogidas en el Código Civil de 1889, lo que no significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en su libro IV lo sean".

4. CONTEXTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante la pasividad legislativa prácticamente el único referente con el que se cuenta para dilucidar la cuestión acerca de las bases de las obligaciones contractuales, son las distintas y, a veces, contradictorias tesis de las sentencias del Tribunal Constitucional que directa o indirectamente se pronuncian sobre ellas. Doctrina importante, sin duda, atendiendo su función de órgano intérprete auténtico de la norma fundamental.

Expresado lo anterior, conviene considerar el contexto en el que se dictan algunas de las sentencias que tratan el tema que ocupa, ya que no en todas ellas el conflicto suscitado se ha de incardinar, en sentido estricto, en las bases, aunque el *excursus* y la fundamentación de la sentencia se refiera a ellas literalmente. Y a pesar de que, en el momento de hacer un listado de posibles bases, conviene tenerlas en cuenta (son de interés).

A parte de las escasas sentencias que abordan en exclusiva la materia, en las restantes que se pronuncian sobre las bases, se pueden distinguir tres contextos o situaciones que se enlazan con ellas[18]:

La primera, cuya doctrina reiterada se ha mantenido casi inalterada hasta el momento presente, es aquella en que, a raíz de la discusión sobre la constitucionalidad de normas del ámbito del derecho del consumo, dado que el conflicto se identifica como materia contractual (la relación de consumo), se vincula a las bases de las obligaciones contractuales. En general, la situación se plantea en las Comunidades Autónomas que tienen competencia legislativa en materia civil, además de competencia en la de consumo (STC 71/1982 País Vasco[19], después STC 88/1986 Cataluña[20], STC 61/1991 Galicia[21], STC 284/1993 Cataluña[22], STC 54/2018 Cataluña[23], STC 13/2019 Cataluña[24]).

Un conjunto de sentencias, prácticamente idénticas, en las que se hacen afirmaciones e identificaciones de las bases que, en una primera apreciación pueden considerarse más o menos acertadas. El problema que se plantea en ellas está en que no parece que distingan de manera neta entre la materia contractual civil, en la que existe

18. *Vid.* ASÚA GONZÁLEZ, C. I, "Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, mayo- agosto 2022, pp. 11-44.

19. Impugnación por el Gobierno Español de la Ley 10/1981 del Parlamento Vasco sobre Estatuto del Consumidor. STC 71/1982, 30 de noviembre.

20. Impugnación de la Ley que regula determinadas estructuras comerciales y ventas especiales. Cataluña. STC 88/1986, de 1 de julio.

21. Impugnación del Estatuto gallego del consumidor y usuario. STC 62/1991, de 22 de mayo.

22. Impugnación de la Ley de Comercio interior de Cataluña. STC 284/1993, de 30 de setiembre.

23. Impugnación del Codi de Consum de Cataluña. STC 54/2018, de 24 mayo.

24. Impugnación de la Ley de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. STC 13/2019, de 31 de enero. Cataluña.

competencia y la mercantil, exclusiva del Estado.[25] Cuestión que sí resuelve, en favor de la calificación civil de los actos mixtos, la STC 132/2019; pero que nada aporta ni aclara acerca del tema de las bases de las obligaciones contractuales.

La segunda situación se presenta en aquellas ocasiones en las que lo que se impugna es una norma dictada por una Comunidad Autónoma que no tiene competencia en materia civil[26], norma, generalmente nueva, que se promulga al amparo de una competencia distinta de la civil pero que su contenido, en parte, tiene relación con el ámbito contractual, ya del consumo, ya de disposiciones o conceptos generales contractuales e incluso de derechos reales (el derecho de propiedad).

Así, en la STC 81/2020, de 15 de junio, con referencia a la Comunidad Autónoma de La Rioja[27], en la que se considera base el objeto de los contratos y la capacidad para contratar[28]; o la STC 72/2021 relativa a la Comunidad Autónoma de Extremadura[29] que

---

25. Se lee en el FJ 6 C) de la STC 54/2018 sobre el Codi de Consum de Cataluña: "(...) Como señalara la STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 5, la estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado. De lo que esencialmente se trata, continúa señalando la citada sentencia, es de verificar que a través de las normas autonómicas (en este caso, de protección de consumidores y usuarios) «no se produzca un *novum* en el contenido contractual o, en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas». Así lo reiteró la STC 264/1993, de 22 de julio, que añade que, «aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE» (FJ 5; citada en la STC 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 11).

Si fuera este el caso, *bastará con apreciar que la normativa impugnada se ha adentrado a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE para concluir en su inconstitucionalidad*". El énfasis es mío.

26. Lo resaltaba M.ª P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales ", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, n.º 1, pp. 151-176.

27. Impugnación de la Ley de protección de animales de La Rioja, STC81/2020, de 15 de julio.

28. En cuyo FJ 10 se lee: "(...) Los preceptos referidos, aplicables tanto a los animales de compañía como a los de producción, inciden directamente en la regulación de la estructura de determinados contratos, al prohibir que sean objeto de estos los animales (apartados 8, 10, 12 y 14 del art. 7) o regular la capacidad de las personas menores de edad o con capacidad limitada para ser donatarias o adquirentes en cualquier contrato que tenga por objeto un animal (apartado 11 del art. 7). *Tanto el objeto de los contratos (arts. 1261.2 y 1271 a 1273 del Código Civil), como la capacidad para contratar (arts. 1261.1, 1262 y ss. del Código Civil), constituyen «bases de las obligaciones contractuales», de competencia estatal exclusiva «en todo caso» (art. 149.1.8 CE).* Por consiguiente, esta regulación, emanada de una comunidad autónoma que carece de derecho civil propio, invade la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y además afecta a las bases de las obligaciones contractuales, cuya regulación queda reservada al legislador estatal (SSTC 71/1982, FFJJ 17 a 19, y 132/2019, FJ 6). En consecuencia, los apartados 8, 10, 11, 12 y 14 del art. 7 de la Ley 6/2018 deben ser declarados inconstitucionales y nulos". El resalte es mío.

29. Impugnación de del Estatuto del consumidor de Extremadura, STC 72/2021, de 18 de marzo.

resuelve sobre el requisito añadido de la prueba de la relación contractual. Se afirma en esta última que "(...) la pertenencia de las normas relativas a los contratos de consumo a la materia civil *hace que deba confrontarse con la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales a que hace referencia el art. 149.1.8 CE* como, por otro lado, ya declararon las SSTC 71/1982 y 132/2019, en relación con la compraventa de consumo) (...)" (FJ 3). ¿Es correcto el engarce?

En estas sentencias, curiosamente, el tribunal después de dejar constancia de la falta de competencia en materia civil de la Comunidad Autónoma en cuestión, lo que sería argumento suficiente para estimar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sorpresivamente alude a las bases de las obligaciones contractuales[30].

Mención de las bases sin más efecto que reafirmar la competencia del Estado sobre la legislación civil en dichas autonomías, pero completamente desacertada y entorpecedora, pues no cabía entrar en posterior análisis. En el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas que no tienen competencia civil, la legislación vigente y aplicable sobre la materia civil es la estatal, sea cual fuere, no importa ni tiene relevancia que sean bases o no.

La tercera situación de referencia incide en el ámbito contractual de un tipo concreto: el contrato de arrendamiento. Supuestos en los que la doctrina sentada, en vez de aclarar contribuye a confundir aún más el tema que se discute. Está formado por el bloque de sentencias dictadas con ocasión de la impugnación y planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de diversas leyes catalanas dictadas todas con la finalidad de resolver el problema de las rentas de los arrendamientos de viviendas y

30. Así, se dice en su FJ 3: "(...) Insertada la regulación cuestionada en la materia civil es clara la vulneración competencial en la que incurre, la cual ni siquiera es negada por la representación procesal de la Junta de Extremadura. El Estado ostenta competencia exclusiva en materia de derecho civil, competencia que abarca por entero la legislación civil, sin más posible excepción que la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de sus derechos civiles especiales o forales, allí donde existan, (...). *Por otra parte, la pertenencia de las normas relativas a los contratos de consumo a la materia civil hace que deba confrontarse con la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales a que hace referencia el art. 149.1.8 CE* (como, por otro lado, ya declararon las SSTC 71/1982 y 132/2019, en relación con la compraventa de consumo)".

El énfasis es mío.

locales de negocios, y en las que se aprecia unanimidad doctrinal. Son las SSTC 37/2022[31], 118/2022[32], 150/2022[33] a las que se suma la más reciente 120/2024[34].

Se percibe, en su razonamiento, un dato de interés destacado por Egea Fernández[35]: el solapamiento, por no hablar de confusión, entre los títulos competenciales a la hora de calificar la situación. Dicho con sus palabras, con referencia a la STC 37/2022, indica el autor "(...) que l'establiment de normes per a la determinació de la renda, en el marc d'una política d'habitatge orientada al compliment del mandat previst a l'article 47 de la CE, es una peça clau del sistema, perquè el seu règim jurídic afecta "el nucli bàsic de l'interès general", alhora que incideix directament en l'organització económica, en les relacions *inter partes*, en l'economia del contracte i en la llibertat de contractació mateixa (...)". Es decir que, al argumentar, en la sentencia se aprecia que existe una valoración, y mezcolanza de títulos competenciales, que el autor considera desacertada. Valoración, la de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma, que no es correcta porque la competencia del Estado en lo que se refiere a la renta de los contratos de arrendamiento no reside en el art. 149.1.8 CE, sino que está en el art. 149.1.13 CE; o sea en la competencia sobre las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica". De manera tal que, según dicho autor, la fundamentación que lleva a declarar la inconstitucionalidad no está relacionada, ni deriva de la concepción de las bases de las obligaciones contractuales sino de otra cuestión. La unidad del mercado continua, "escasament es veurà afectada per la pluralitat legislativa que integra el dret civil a l'Estat espanyol"[36]. Los distintos tipos contractuales arrendaticios, según la legislación que les sea aplicable, perviven y coexisten sin tacha.

---

31. Impugnación de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda. STC 32/2022, de 10 de marzo.

32. Impugnación del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler. STC 118/2022, de 29 de setiembre.

33. Cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 2.1, letras a) y b) del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados. STC 150/2022, de 29 de noviembre.

34. Esta sentencia se ha publicado con posterioridad (en noviembre de 2024) al momento en el que fue redactado el presente escrito (julio de 2024, fecha del congreso en que presenté la ponencia). Salvo algunos matices reproduce la STC 132/2019 y las citadas relativas a las leyes catalanas sobre arrendamientos.

35. EGEA FERÁNDEZ, J., "De l'autoconteció al ple desenvolupament legislatiu en materia de obligacions i contractes. Les bases de les obligacions contractuals segons la STC 132/2019, de 3 de novembre" *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*. Generalitat de Catalunya, Entitat Autónoms del Diari Oficial i Publicacions, 2024, pp. 183-217, pp. 213 a 215,

36. EGEA FERNÁNDEZ, J. (2024), *op. cit,* "De l'autoconteció", pp. 207.

Como se puede constatar el tema de lo que sean y cuales sean lo que deba considerarse bases de las obligaciones contractuales continúa abierto. Ciertamente, debe admitirse que la referencia más aproximada a ellas continúa estando en la STC 132/2019 que, al menos por el momento, no se ha superado ni matizado. A contrario, se copia y *per relationem*, se completa malamente, aunque sin acabar de precisar.

No es ésta, sin embargo, la valoración del propio Tribunal Constitucional que, con ocasión de la regulación del contrato de arrendamiento, nuevamente, reitera, en la STC 120/2024 la doctrina mencionada, confundiendo "bases de las obligaciones contractuales" con las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica"[37].

De ahí que esta breve aportación sea de propuestas que quizá no se han planteado antes. En todo caso, es evidente que se hacen desde la realidad, legal y práctica actual (ahora); es decir conforme a los principios y valores que rigen, lo que significa que no podemos anclar la cuestión en el momento en que se publicó la norma fundamental (1978). Lo dicho, sin embargo, no supone que se excluya la interpretación histórica, pero sí comporta tomar en consideración la evolución de las instituciones jurídicas.

37. Se lee en el Fundamento jurídico 5 de la STC 120/2024: "(...) no solo corresponde al Estado la competencia ex art. 149.1.8 CE para fijar legalmente el principio de libertad de pactos en el establecimiento de la renta del contrato de alquiler de vivienda, o para, en su caso, determinar sus eventuales modificaciones o modulaciones en atención al designio del legislador estatal respecto a la necesidad de ajustar o no el funcionamiento del mercado inmobiliario en atención a lo dispuesto en el art. 47 CE o en otros preceptos constitucionales. Esta conclusión se extendió también al "elemento de la duración y prórrogas del contrato, que es tan nuclear en el arrendamiento de vivienda como la renta, y al que nuestra legislación histórica ha aplicado de diferentes formas la misma técnica de establecer modulaciones tuitivas sobre la libertad de pactos. Hasta ahora, en la doctrina constitucional, estas medidas han sido analizadas en clave de contenido sustantivo y no competencial (STC 89/1994, de 17 de marzo), pero este tribunal no alberga dudas de que su determinación es cuestión que compete al legislador estatal ex art. 149.1.8 CE por ser, como la regulación de las reglas para la determinación de la renta, aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, en su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por tanto, establecidas por el Estado".

5. LAS PROPUESTAS

Importa recordar que, de una parte, "las bases de las obligaciones contractuales" es materia civil reservada "en todo caso" al Estado y, de otra, que actúan como límite a la competencia de las Comunidades Autónomas. Es decir, la razón de su existencia está en la *voluntas legis* de que la regulación de esta (sub) materia civil sea común y se aplique directamente a todo el territorio nacional, sin distinción de Comunidad Autónoma.

5.1. ¿Qué son las bases y cuál es su alcance?

Pues bien, el ejercicio que propongo es estudiar la frase "bases de las obligaciones contractuales" mediante los instrumentos de interpretación jurídica (cfr, art. 3 CC), con especial referencia al significado de los términos y a la interpretación evolutiva a la que desde hace ya un tiempo se adhiere el mismo Tribunal Constitucional, es decir, desde una perspectiva estrictamente de técnica jurídica[38].

En la discusión y búsqueda de las bases de las obligaciones contractuales, la referencia más habitual acostumbra a conectarlas ya con el pasado, ya con las nociones e instituciones jurídicas civiles a las que puede comprender, incluso se relacionan con las instituciones de naturaleza pública. Como es sabido, referencias de las que se extraen diferentes y contrastadas tesis en lo que hace a cómo se ha de entender (y su alcance) la competencia para legislar de las Comunidades Autónomas en este punto.

No me detengo en la historia, que no es objeto de esta intervención, pero entiendo que, para lo que se va a exponer a continuación, conviene tener presente que este límite competencial, a diferencia de los demás, no se puede vincular solamente a las reglas contenidas en un solo cuerpo legal, el Código Civil español, pese a que esta sea la apreciación más extendida en varias sentencias del Tribunal Constitucional. Tampoco, a otras competencias y principios que no están explícitamente recogidos en el precepto que ocupa, aunque sea la valoración más reiterada en las sentencias constitucionales.

Se ha de tener en cuenta que ni la Ley de 11 de mayo de 1888, autorizando al gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en dicha Ley[39], ni el originario artículo 12.1 CC[40], ni el artículo 13 CC[41] vigente desde

38. En similar línea y enfoque EGEA FERÁNDEZ, J., *op. cit.,* "De l'autoconteció".

39. Gaceta n.º 143, de 22 de mayo (LEG 1888, 3). La Base 5.ª. 2 Disponía "El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales de su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se refieren al desarrollo de la base 3.ª, relativa a las formas de matrimonio".

40. Artículo 12.1 CC: "Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I".

41. Artículo 13.1. CC: "Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España".

1974[42] y no modificado después de 1978, contienen referencia alguna a las bases de las obligaciones contractuales, que, como es suficientemente conocido, se mencionan por primera vez en el artículo 15, 1.ª de la Constitución de 1931[43]. Los datos que proporcionan estas normas, así pues, devienen significativos para la interpretación y entendimiento de lo que sean las bases de las obligaciones contractuales.

En la interpretación técnica el término jurídico utilizado se compone de tres palabras:

1.ª Bases, que se predican de

2.ª Las obligaciones que son

3.ª Las contractuales, respecto de

4.ª La legislación (materia) civil

Lo primero que procede es averiguar el significado de la palabra "bases" que, por el año en que se emplea (1931) no se puede relacionar con el texto codificado (CC), en el que no se mencionan, ni antes de dicha norma fundamental, ni después (entre 1939 y 1978). Así que es correcto afirmar que es un término jurídico extraño a aquel. Podría intentarse entrelazar el significado de estas bases con el recurso técnico legislativo de la ley de bases que facilitó la redacción del Código Civil, pero es meridiano que el paralelismo entre unas y otras no es acertado. Unas son bases de las obligaciones contractuales, es decir, de una institución jurídica del ordenamiento civil, mientras que las otras son las bases de un texto normativo que debía elaborarse conforme a ellas. Sentidos y función diferentes.

1.ª: El *significado de la palabra "base"* que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es el de ser "fundamento o apoyo principal de algo", a lo que se agregan sus sinónimos que son "fundamento, apoyo, cimiento, soporte, sostén, principio, origen, raíz, procedencia, basa"[44].

---

42. Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

43. Art. 15 CE: Artículo 15.

"Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1.ª. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, *las bases de las obligaciones contractuales* y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España. La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia". El resalte es mío.

44. En la voz "Base" del Diccionario María MOLINER, (*Diccionario de uso del español*. Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid, 2000, se ofrecen estos significados: "Hecho o cosa que está en el principio de otra o de la cual arranca ésta", Antecedente o fundamento: hecho, principio, idea, etc., en que se apoya un argumento, un razonamiento (...) o cualquier otra cosa que se piensa o dice".

Como se observa, si se quiere formular un significado común, que abrace todos los sinónimos, la base de algo se concibe como el antecedente (*prius*) indispensable para que el objeto del que se predica exista y se mantenga. Este entendimiento, el del lenguaje natural, es el acogido jurídicamente, porque en este caso la palabra no se vincula a un instrumento normativo (ley de bases)[45] sino a su propio significado. El carácter de termino jurídico (lenguaje técnico)[46] al que se eleva la palabra base, en este caso, se predica de (se forma por) las dos palabras (objeto) que se emplean para designar la noción jurídica. Término jurídico compuesto por varios vocablos.

2.ª: Las bases *son de las obligaciones*. Se predican de una institución jurídica, las relaciones jurídicas obligatorias. Es decir, de aquellas relaciones jurídicas entre partes (acreedora y deudora) que establecen un vínculo jurídico del que deriva la atribución de un poder jurídico (crédito) que legitima para exigir a la otra parte la realización de una conducta que es debida (la prestación). Relación que comprende el conjunto de facultades, deberes y cargas atribuidas a cada una de las posiciones jurídicas conforme a la fuente de la que provengan.

3.ª: Las bases *son solo de las obligaciones contractuales*. Es decir, únicamente de las que hayan nacido del contrato y no las que provengan del resto de las fuentes; lo que implica que quedan fuera de la discusión las demás obligaciones originadas de fuente distinta (art. 1089 CC). Entendiendo como contrato el acuerdo consensual entre las partes mediante el cual crean, modifican o extinguen obligaciones de dar, hacer o no hacer (cfr., art. 1254 CC).

De ahí se sigue la exclusión de todas las obligaciones no contractuales ya las legales, ya voluntarias (los cuasi contratos), las que crean los actos ilícitos (responsabilidad civil extracontractual) y, en los casos en que se admita, las generadas de la voluntad unilateral. Existan o no bases que fundamenten estas obligaciones, no se puede plantear esta limitación de la competencia legislativa civil respecto de ellas.

4.ª: Son bases de las obligaciones contractuales *civiles*. Puesto que se trata de legislar en materia civil es evidente que las relaciones obligatorias contractuales a las que se atribuye son las civiles, no otras. En efecto, porque respecto de las que están más

45. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define Ley de Bases: "Ley que delega en el Gobierno la facultad de aprobar un texto articulado con rango de ley —decreto legislativo— para la regulación de una materia reservada a la ley, y fija con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa, así como los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio".

46. Mientras el lenguaje natural se identifica con aquel que se origina y practica en un grupo social de manera espontánea, que se emplea en la comunicación humana habitual y se expresa mediante una lengua (idioma) concreta, el lenguaje técnico o especializado es el que se utiliza en un ámbito concreto de la actividad y comprende el conjunto de términos y expresiones propias de éste. El lenguaje jurídico es técnico, pero en la redacción de las normas se emplea el lenguaje natural, tomando del mismo su significado que puede resultar matizado por lo jurídico.

próximas, las mercantiles o las laborales, no existe duda ya que todas, bases y obligaciones, son competencia del Estado (art. 149.1. 6.ª y 7.ª CE)[47].

Las bases así interpretadas son, permítase la perogrullada, de las obligaciones contractuales civiles. De ahí la importancia que tiene la calificación jurídica de las relaciones contractuales de consumo en las que una parte es la persona civil (usuaria o consumidora) y la otra actúa en desarrollo de una actividad comercial, empresarial o profesional en cuanto tal (art. 3.1 y 2 Real Decreto 1/2007 de 16 de noviembre, Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, en adelante, TRLGCU)[48]. Configuración que, desde siempre, la doctrina civilista tenía clara en pro de la civil, zanjada, pienso que *de radice*, por la STC 132/2019[49], pese a la opinión de cierta doctrina mercantilista. De ahí, también, el constante juego, en las impugnaciones y en los fundamentos de las sentencias constitucionales que versan sobre leyes relativas a relaciones obligatorias contractuales, entre su inclusión en la competencia en materia civil y la mercantil.

A continuación, una vez situada la cuestión en sede de contrato se suscita la siguiente duda. Cuando determinamos el carácter contractual de la obligación, ¿a qué sector de reglas de la obligación alcanza?

---

47. Art. 149. CE: 1. "El estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

6.ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.

7.ª Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas".

48. Art. 3.1. TRLGCU. Conceptos de consumidor y usuario

"A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros III y IV, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

49. En cuyo FJ 2 se lee: "(...) Conviene puntualizar sobre las normas autonómicas relativas al contrato de compraventa de consumo que, aun cuando resulta indiscutible que el art. 51 CE no puede conceptuarse como norma competencial, es preciso reconocer que las normas que integran el estatuto del consumidor pueden gozar de naturaleza civil, mercantil, e incluso administrativa y procesal. Sin embargo, también hay que señalar que *en el caso del contrato de compraventa ha de primar su carácter civil*, pues dirigiendo la atención hacia el consumidor, que es el principal sujeto y protagonista de la protección que dispensa el mandato constitucional, su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su profesión u oficio. Este mismo criterio aparece recogido en el art. 326 del Código de comercio que expresamente excluye que tenga naturaleza mercantil la compraventa de efectos dedicados al consumo del comprador o de persona por cuyo cargo se adquieren". El resalte es mío. Reitera la calificación el Fundamento jurídico 4.

¿Las nociones generales (disposiciones) del contrato como institución jurídica unitaria o las de cada uno de los tipos (y subtipos) contractuales? Debe recordarse que, junto a la institución jurídica del contrato como término jurídico general, se sitúan los tipos contractuales o contratos en particular. Contrato como noción general - Contrato de compraventa - arrendamiento - mandato..., etc., cada cual generador de obligaciones contractuales típicas y diferenciadas. Contratos típicos (regulados) - Contratos atípicos ¿A qué obligaciones contractuales se entiende referido el límite?

Parece acertado entender que las normas que regulan cada uno de los tipos contractuales ni en lo que afecta a su tipificación ni a sus obligaciones típicas, pueden merecer la calificación de bases *in genere*, como es lo que se pretende. Entendiendo la expresión *in genere* como común, presupuesto previo, principio u origen. Una interpretación diferente vaciaría de contenido la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia contractual lo que no se aviene con la interpretación adecuada al reparto de competencias. Como ya avanzaba el magistrado Xiol Ríos en su voto particular a la STC13/2019 (Codi de Consum de Cataluña) "(...) no se puede sostener que legislar sobre contratos equivale a legislar sobre las bases de las obligaciones contractuales. La sola identificación de que la regulación de derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas implica regular las bases de las obligaciones contractuales es una aporía jurídica en el seno del artículo 149.1.8 CE, que imposibilita a las comunidades autónomas con derecho civil propio el ejercicio de la competencia legislativa en materia contractual vaciando con ello prácticamente su competencia en materia de derecho civil (...)".

Si entendemos que las bases comprenden la institución del contrato en cuanto tal, ¿son bases sus disposiciones generales? Y en el caso de contestar afirmativamente ¿abarca todas? ¿cuáles? Interesa precisar pues, en la realidad jurídica del siglo XXI, junto a las normas que regulan el tipo contrato (contrato en general) como medio técnico (instrumento) previsto para llevar a cabo el intercambio de bienes y servicios en el tráfico jurídico, se hallan las reglas particulares de los contratos, en razón de su función (onerosa, gratuita o neutra), de las personas que intervienen como partes contratantes (contratos de consumo) o de la manera en la que se forma (condiciones generales), por poner varios ejemplos. Pues bien, la pregunta es si deben considerarse además de las disposiciones relativas al contrato en general, las reglas o normas generales de estos grupos de contratos que tienen rasgos específicos y propios.

A mi entender no es fácil dar una respuesta que unifique todas y cada una de las situaciones, precisamente porque el dato (índice) que sirve para formar el grupo aun siendo homogéneo no excluye que el contrato concreto se incluya en más de uno (compraventa de consumo —onerosa— con condiciones generales, etc.). Lo que conduce al tipo base: el contrato como generador de obligaciones. Además, en las relaciones derivadas del consumo o de la contratación en masa (condiciones generales) debe resaltarse su especialidad, tanto por la materia que propicia que se contengan en una ley especial separada del cuerpo legal codificado, como por el decisivo dato de que truncan el presupuesto de igualdad entre las partes, elemento que define al contrato, y la libertad contractual sobre los que se asienta el contrato tipo. De donde se sigue la

conclusión de que las reglas que afectan a grupos especiales se han de excluir, dada la nota del alcance general[50] y homogéneo a todos los contratos que parecen exigir las bases. Eliminación debida a la concreción (especialidad).

Si se considera que el significado de la base es el de fundamento, apoyo, cimiento origen de las obligaciones, se ha de hacer referencia al contrato como institución. Es en su configuración jurídica en la que están las bases de las obligaciones que nacen de él, en particular, en la construcción del contrato y en su delimitación positiva (los códigos civiles). Es decir, aunque acostumbra a coincidir la noción doctrinal (teoría jurídica) del contrato con la regulación positiva y los principios en los que se sustenta (tanto los expresos como los deducidos), al efecto de individualizar las bases solo ha de tomarse en cuenta lo normado (la ley escrita), no lo que doctrinalmente se explica que es o debería ser.

Partiendo de lo señalado, si se atiende a la historia de la formación de la institución del contrato[51] se observa que su fundamento, origen y principio, tal y como se construyó en nuestro sistema[52], es *el consentimiento en obligarse*: el común acuerdo, sobre una materia (el objeto), de las partes que genera obligaciones de dar, hacer o no hacer entre ellas. "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio" (art. 1254 CC).

El consentimiento engloba el principio de autonomía privada, es decir, la iniciativa en la contratación, en su regulación y en la creación, la libertad contractual y el reconocimiento del poder normativo de la voluntad privada. También, aglutina cómo ha de ser la voluntad: la expresión de un consentimiento (el *común sentire*: la confluencia de las voluntades de las partes) libre, consciente, sin influencias ni conflictos de intereses, abusos de posición, ni vicios. De ahí, la necesidad de establecer límites y prefigurar un control de las desviaciones, en suma, que se construyan instituciones cuya finalidad sea la preservación de sus caracteres: las nociones de validez — invalidez, eficacia—ineficacia, que se delimiten regímenes de corrección (nulidad, rescisión, resolución, impugnación). Por supuesto, dando por presupuesto la presencia de las personas, su situación y condiciones, que ocupan las posiciones jurídicas de la relación obligatoria contractual.

De lo que se acaba de exponer se seguiría, así pues, una primera precisión, llamémosle técnica, de lo que podrían ser las bases de las obligaciones contractuales.

Pero avancemos un poco más, ¿las bases abarcan los denominados elementos del contrato?

Ya que el consentimiento (*común sentire*) debe converger en una materia común, es evidente que las reglas generales mínimas, indispensables en torno al objeto (los

50. En las sentencias se emplea, también, la palabra "común".

51. Me remito a lo que expliqué en *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch Editorial, 1979.

52. En general en todos los ordenamientos jurídicos occidentales, tanto del *Civil Law* como del *Common Law*.

requisitos generales), probablemente han de considerarse ser núcleo y tener la consideración de bases. Debe recordarse que el objeto del contrato, como elemento, siempre existe (se presta sobre una materia común). Los requisitos predicados del objeto son su existencia, licitud y determinación (en el sentido de determinable).

¿*Quid* de la necesidad de que exista y se exprese la causa y la forma? Si se atiende a la noción (concepto) técnica de estos elementos del contrato, a su significado en la historia jurídica de nuestros ordenamientos, la causa es un elemento sobrevenido que actúa como límite de la autonomía privada para asegurar la voluntad contractual. Un elemento que debe existir, pero no necesariamente ha de expresarse (art. 1277 CC)[53]; de donde resulta que, cómo es el fundamento (justificación) de la obligación, en el fondo, está ínsita en todo contrato ("se presume") lo que lleva a que no siempre deba manifestarse explícitamente. La obligación contractual obedece a una causa que no es necesario que, jurídicamente, se configure como elemento del contrato; por lo tanto, parece que puede omitirse. En cuanto a la forma de manifestación del consentimiento, la regla es la libertad (art. 1278 CC)[54]. Los contratos pueden expresarse en cualquier forma. Pese a ello, conviene constatar que, también este principio, en el derecho contractual actual se matiza cada vez más, llegando a establecerse el principio contrario (así en los contratos de consumo), situación que debería tomarse en cuenta.

En efecto, porque si las bases de las obligaciones contractuales se han de formular hoy, no es suficiente contar con las normas positivas codificadas, sino también las que están en otras normas particulares, como son entre otras, por ejemplo, las de consumo. Muchas de ellas, como es sabido derivadas de principios, directrices y en su caso, precisiones que resultan de los instrumentos de la Unión Europea. Siquiera porque, en lo que atañe los elementos de la causa y la forma su función, en la relación contractual, ha evolucionado de manera notable respecto de los referentes de los textos legales codificados. ¿Estos dos elementos del contrato son bases? En inicio podría decirse que sí, pero con precisiones importantes.

La descripción jurídica del contrato se completa con la caracterización de ser el medio técnico jurídico (institución) puesto al alcance de las personas (las partes) para el intercambio de bienes y servicios mediante el establecimiento de un vínculo jurídico obligatorio entre ellas. "El mecanismo tradicional ideado por el Derecho —enseñaba Díez-Pizazo y Ponce de León[55]— para para hacer posible el intercambio de bienes y servicios es la institución central del contrato, que la doctrina define, como acuerdo de voluntades, al que, para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran en un plano de igualdad".

---

53. Art. 1277 CC: "Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario".

54. Art. 1278 CC: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

55. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* I. *Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 130.

El dato del intercambio de bienes y actividades lleva a relacionar el contrato con la persona (las partes) y con el mercado, el tráfico jurídico, y a incardinarlo, principalmente, en el ámbito patrimonial, es decir, a calificarlo como negocio jurídico patrimonial[56]. Aunque como institución jurídica abarque todo el ámbito jurídico privado[57], la connotación patrimonial lleva a poner el acento, principalmente, en la función económica que despliega. Esta valoración patrimonial, como se conoce, se dice que está reflejada en la denominada causa del contrato y en la causa de la obligación contractual: onerosa, gratuita o neutra.

Desde 1978, la institución del contrato se intenta localizar en algún precepto constitucional que avale su presencia en el orden jurídico positivo, lo que se hace, también respecto de otras instituciones de derecho privado básicas (la familia, la propiedad, el matrimonio, la herencia, etc.) con la finalidad de asegurarles categoría fundamental.

Pues bien, en mi opinión, lograr el engarce constitucional del contrato es innecesario; el contrato es una institución jurídica, suficientemente arraigada en el sistema a lo largo de su construcción en la historia del derecho, que no requiere cobertura constitucional legitimadora de su existencia. Dicho de otra manera, la constatación que el contrato es creación de la libertad e iniciativa (voluntad) de la persona basta, para la norma jurídica que lo acoge, para alcanzar la categoría de institución jurídica, sin necesidad de apoyo constitucional.

De otra parte, importa recordar que la Constitución es norma jurídica básica en la que se contienen los derechos fundamentales, las libertades públicas, la organización institucional de los poderes públicos, la organización territorial del Estado y los principios de actuación. La norma fundamental no tiene por qué recoger todas las instituciones privadas, cómo si lo hace con las públicas, sino solo algunas, las que cada sistema considera que conforman su estructura[58], las demás están en la legislación positiva, a la que, además, remite la propia Constitución en muchas ocasiones, que es lo correcto. Esa no aparición no merma el valor y existencia de la institución, porque su lugar sistemático y de normación, en el caso el contrato, es la ley positiva. De ahí que los Códigos civiles se erijan en verdaderas normas fundamentales de la materia civil. Con todo, importa recordar que los Códigos son normas positivas legales y que por lo que hace al Código Civil español, atendida la pluralidad de ordenamientos, no es de aplicación directa a todos los territorios, salvo en las materias reservadas y en la función de supletoriedad de segundo grado.

---

56. "La doctrina civilista aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial": DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit*, *Fundamentos* I, p. 123.

57. No hay sector o parte del Derecho civil en el que no se pueda hablar de relación contractual. Me remito a GETE-ALONSO y CALERA, M.ª C., "La influencia del concepto de contrato en el Código Civil", *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, pp. 885-903.

58. En nuestra Constitución están recogidas: la persona, la familia, el matrimonio, la filiación y la propiedad privada.

Pues bien, en esta tesitura una mayoría de la doctrina de derecho privado entiende[59] que pese a que no se menciona el contrato en el texto constitucional ello no impide hallar en varios de sus preceptos la justificación de su existencia, de donde se hace derivar la legitimación de la competencia estatal. Así se citan, por lo que hace a las posiciones contractuales, el artículo 10 CE (principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), en el ámbito económico, el artículo 38 CE (reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y el artículo 128.2 CE (que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica)[60].

¿Por qué se alude a la referencia constitucional del contrato?

Debido a los argumentos, las afirmaciones y las relaciones entre los preceptos y su interpretación, formulados en los fundamentos de las sentencias referidas a las bases de las obligaciones contractuales. Junto a la interpretación estrictamente técnica jurídica que, desde la STC 132/2019 identifica bases con las reglas comunes, núcleos básicos, mantenimiento de la estructura contractual..., y otras aseveraciones similares, se sitúan sobrevenidas valoraciones y apreciaciones de un marcado carácter económico de estas bases a la hora de identificarlas que, en cambio, no se mencionan explícitamente en el texto constitucional (art. 149.1.8 CE). Baste, para comprobarlo con releer alguna de las frases del conocido Fundamento jurídico 6 de la STC 132/2019, reiterado en otras resoluciones posteriores.

Se explica que la reserva de las bases[61] trata de "(...) garantizar *un común denominador en los principios* que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra *cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional* (...)". Declaración general que entremezcla teoría jurídica (construcción de la institución: las categorías contractuales) con la función legislativa.

Siguiendo en la argumentación se identifica a las bases con "(...) reglas que incidan directamente *en la organización económica*, en las relaciones *inter partes* y *en la economía interna de los contratos*, (...) principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal". Con la finalidad de "(...) *preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales* e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional". Es decir, junto a la interpretación técnica de las bases de las obligaciones contractuales, la valoración económica. ¿En qué lugar del art. 149 1 CE está la valoración económica? Desde luego no en la 8.ª (legislación civil) que no hace referencia alguna al ámbito económico. Sí podría relacionarse con la competencia descrita en el apartado 13.º:

---

59. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit, Fundamentos*, I, pp. 126 y 127.

60. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit, Fundamentos*, I, pp. 127) concluye diciendo: "La existencia de la libertad de empresa significa, en todo caso, en lo que aquí nos interesa, el reconocimiento de la institución contractual".

61. Los énfasis son míos.

"Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica", pero tal puesta de relación no es útil ni procede técnicamente. Ocurre que la planificación general económica no es lo que se discute cuando se valora y discute cuando se califica qué sean las bases de las obligaciones contractuales, que es cuestión jurídica, no económica.

En la misma senda económica denunciada, la STC 37/2022, (Cataluña)[62], refiriéndose a la STS 132/2019 agrega que "(...) la competencia estatal de las «bases de las obligaciones contractuales» del art. 149.1.8 CE deba ser entendida como *una garantía estructural del mercado único* y supone un límite en sí —un límite directo desde la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos..." Y continúa líneas más adelante "Pero no solamente por ser una plasmación o concreción de la regla general de primacía de la autonomía de la voluntad, sino además porque la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también *una incidencia relevante en la actividad económica* por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal *en garantía del principio de unidad de mercado*". De modo que la conclusión necesaria, según la sentencia, es que "Al legislador estatal, en uso del amplio margen de apreciación del que dispone para adoptar disposiciones en materia social y económica (STC 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6), le corresponde pronunciarse sobre la adecuación de las bases del derecho contractual a los principios rectores de la política económica y social" (FJ 4). En sentido parecido, de manera sorprendente, la valoración del Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat 4/2019, de 17 de juny, sobre el Decret llei 9/2019, de 21 de mayo[63]. Y, como se ha comentado ya, la última sentencia sobre arrendamientos en Cataluña: la STC 120/2024.

Sin perjuicio de que se comparta o no la inconstitucionalidad de las normas impugnadas o cuestionadas, en lo que no voy a entrar, el engarce de los principios económicos con las bases de las obligaciones contractuales, como he adelantado, es de todo punto inadecuado. Los fundamentos, principios, orígenes de las obligaciones contractuales no están en el orden público económico, tampoco en la unidad de mercado, ni en ningún otro dato de esta índole (patrimonial), aunque el contrato sea un instrumento jurídico de intercambio, generalmente, de intereses económicos. Pienso que, en lo que ocupa,

---

62. Impugnación de Ley del Parlamento de Cataluña 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda.

63. "Certament, les bases en aquesta submatèria competencial es podrien identificar amb aquells continguts que s'adrecen a garantir una unitat de regulació que eviti disfuncions en el funcionament de l'activitat econòmica. O, també, a garantir principis econòmics comuns que recull la norma constitucional i que regeixen per a tot l'Estat, com podria ser el cas de la unitat de mercat, la llibertat d'empresa, el reconeixement de l'autonomia privada, la protecció del consumidor o la garantia de la lliure circulació de persones i mercaderies. Aquest és, per tant, el mínim comú que, amb una finalitat, per dir-ho així, econòmica, ha de respectar la Generalitat en l'exercici de la seva competència en matèria de dret civil" (FJ 5). Dictamen del Consell Consultiu de la Generalitat 4/2019, de 17 de juny, sobre el Decret llei 9/2019, de 21 de maig.

la apreciación y caracterización es y ha de ser estrictamente de técnica jurídica (competencia en legislación civil sin adjetivos) no de técnica económica. De ahí la crítica que surge de inmediato cuando se relee el fundamento jurídico sexto de la STC 132/2019, al observar esa mixtura que se hace entre la configuración legal de la institución del contrato, o sea la norma positiva, sus principios (los del ordenamiento: autonomía, consenso) y la construcción doctrinal, teórica (Ciencia jurídica).

Y... esta diatriba, a la hora de intentar aclarar el panorama, conduce de nuevo, al consentimiento, al haz de nociones y caracteres que acompañan, incluidos los remedios frente a las quiebras (vicios, faltas de conformidad, de equilibrio, ineficacia, invalidez) y a la responsabilidad.

¿Significa que todo lo que abarca las denominadas disposiciones generales del contrato son bases? Esta parece ser la tesis de la STC 132/2019 que, además, la extiende a todas las reglas de las obligaciones de los Títulos I y II del Libro IV del CC (arts. 1088 a 1253). También, en la misma línea, la STC 120/2024 en la que precisando la anterior, se incide en que (FJ 5) "(...) la normativa básica dictada a su amparo se dirige, entre otros aspectos, a comprobar el *respeto del principio de iniciativa privada y de libertad de contratación*, y que recae, en suma, sobre *el núcleo esencial de la estructura de los contratos y de los principios que deben informar su regulación*. De manera que la introducción de limitaciones sobre estos extremos, que incidan sobre elementos tan nucleares como los principios de autonomía de la voluntad o la libertad de pactos, queda incluida dentro del ámbito de la competencia exclusiva del legislador estatal, y ha de estar plenamente justificada en intereses superiores (...)".

O sea, lo que podría calificarse como el régimen de las obligaciones, de una parte, y las disposiciones generales del contrato, de otra.

Esta conclusión sin embargo no es del todo satisfactoria, principalmente porque su aplicación sin matices puede llevar a vaciar por completo la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia contractual, que, recuérdese se ha admitido, pese a todas las restricciones que se imponen en las sentencias del Tribunal Constitucional. De ahí que sea preciso concretar atendida la realidad jurídica presente, que, importa señalarlo, no coincide con la realidad del momento en que se redactó (la de origen) el texto constitucional. También porque, en buena medida, depende de lo que se responda a los interrogantes de dónde están y cómo se determinan pues, sin duda, condicionan la concreción buscada.

Se ha de insistir en que la identificación de las bases, tomando su significado de presupuestos, fundamento, principios, no debe comportar una suerte de "expropiación" de la competencia legislativa sobre la materia contractual civil de las Comunidades Autónomas. De manera que no deberían concretarse en bloques normativos cerrados e inmutables, sino que debe pensarse en la generalización. Asimismo, conviene recordar que es preciso establecer una línea divisoria nítida entre lo que corresponde a la teoría jurídica, la construcción de las instituciones, y lo que es propio de las reglas positivas, la ley o leyes que las regulan. De ahí que sea incoherente y no deban admitirse afirmaciones como la de considerar (STC 120/2024) que la alteración de los "elementos

identificadores y nucleares, cuya determinación corresponde a la exclusiva competencial estatal *ex* art. 148.1.8 CE, como una garantía estructural del mercado único (...) suponen un límite —derivado directamente de la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos (...)".

Ni hay contenido económico en esta competencia ni la alteración del tipo contractual comportan más efecto que el de crear un tipo o subtipo nuevo, que no está vetado.

Indicaba[64] hace unos años, con ocasión del comentar la STC 123/2019, lo que mantengo hoy en día: "En la ardua tarea de definición e identificación de las bases de las obligaciones contractuales se debe evitar confundir éstas con la teoría, *rectius*, los conceptos de la teoría general, una confusión en la que no se incurrió en los procesos codificadores, en la que no debe caerse cuando se formulen, si se llega, en una ley positiva".

Se ha apuntado que las reglas de las obligaciones, el título I del Libro IV del CC son o pueden considerarse bases de las obligaciones contractuales, bien directamente, bien indirecta o parcialmente cuando se refieren a alguna institución concreta. Debe llamarse la atención acerca de un dato importante: son disposiciones generales de las obligaciones, sin cualificar. Es decir, no se distingue atendiendo a la fuente de la que proceden, y, precisamente, por ello son las que rigen en las obligaciones nacidas de fuente distinta de la contractual. De ahí deriva su carácter común a todas las obligaciones, pero, y esta es la duda, el común régimen de las obligaciones en lo que hace a la vida y vicisitudes de éstas ¿es suficiente para considerarlas bases de las obligaciones contractuales? Entiendo que estas reglas no son exclusivas de las obligaciones contractuales y esta no exclusividad explica y justifica que alguna de sus reglas no actúe en todas las obligaciones contractuales.

No solo ocurre que las disposiciones generales del contrato matizan alguna de ellas, sino que si se atiende al régimen de cada tipo contractual (incluidos los subtipos y modalidades) se comprueba la desviación o precisión de estas reglas generales en materia de cumplimiento, incumplimiento, modificación, objeto... También, importa el dato de que las normas, en sede contractual tengan carácter dispositivo, que supone desde que se puedan excluir por las partes a que se modifiquen o pacten otras diferentes, lo que denota que no deberían calificarse como bases. ¿Desde cuándo lo que se puede eliminar es un fundamento?

Estas reflexiones, necesariamente inacabadas llevan al planteamiento de la siguiente cuestión.

64. GETE-ALONSO y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el derecho personal y familiar catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista de Derecho Civil [en línea],* 2020, *disponible en:* http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, p. 82.

5.2. ¿Dónde están? ¿En qué instrumento normativo?

Es referencia obligada la explicación del Fundamento jurídico 6 de la STC 132/2019: "El legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, pues estas obligaciones se *encuentran reguladas en el Código civil estatal que es una norma preconstitucional.*" Añade, sin solución de continuidad "Por ello, para poder despejar las dudas competenciales planteadas y dar respuesta a las alegaciones formuladas por el Gobierno de la Nación sobre la inclusión en el Código Civil de Cataluña de normas relativas a la compraventa, la permuta, el mandato y la gestión de negocios ajenos *es preciso inferir de la regulación que efectúa el Código Civil de estos contratos aquellas obligaciones que materialmente tienen esta naturaleza* (...)[65]".

A modo de conclusión, posiblemente por un afán de sistematizar se entiende que "(...) en tanto el Estado no se pronuncie sobre lo que debe entenderse normativa contractual básica, para resolver el recurso planteado *debemos inferirla mediante un examen de las normas recogidas en el Código Civil de 1889*, lo que no significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en su libro IV lo sean (...)".

Cabe señalar como relevantes los siguientes datos:

1. Se da por descontado, entendiendo que es natural, que el lugar en el que están estas bases *es el Código Civil español*, sin justificar suficientemente porqué. Seguramente se presupone porque se considera que es el (denominado) Derecho Común[66] de la toda legislación civil. Además, se entiende que no todas las legislaciones civiles tienen el mismo rango jurídico, pues se parte de una jerarquía normativa derivada de la calificación del Código Civil español como ley general en contraste con la de derecho especial aplicada a los demás ("derechos civiles, forales o especiales"). Orden jerárquico no establecido en ninguna norma y que, aunque parecía haberse superado en la práctica, volvió a introducir la STC 31/2010, de 21 de junio (sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña)[67].

---

65. El énfasis es mío.

66. Acerca del verdadero significado y entendimiento el completo y aclarador análisis de F. BADOSA COLL, "Dret Comú a Catalunya. Dret supletori", *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*. Generalitat de Catalunya, Entitat Autonoma del Diari Oficial i de Publicacions, Barcelona, 2024, pp. 283-360.

67. Sobre esta cuestión el comentario de LLOVERAS FERRER, M. R, "La competencia en Derecho civil en la STC sobre el Estatuto", *InDret* 4/2010, p. 5: "La tesis del TC es fundamentalmente que la competencia en derecho civil de la Generalidad por más exclusiva que sea se refiere únicamente al derecho civil catalán y que como tal se limita a la fórmula "*conservación, modificación y desarrollo*", que el Estatuto había eliminado y que el TC reintroduce, teniendo en cuenta que es su marco de referencia al estar mencionada en la Constitución y que se mantiene como tal ya que ningún caso se puede entender que la competencia asumida pueda extenderse a toda la materia civil excepto las submaterias del segundo inciso del art. 149.1.8. El Estado conserva pues un margen para su competencia exclusiva en materia civil también en el caso de Cataluña y del resto de CC.AA. con derecho civil propio, por más que este ámbito quede indeterminado.

En el convencimiento de su supremacía, al otorgarle valor de derecho común y dado el designio del Código Civil unificado; se olvida que la unificación se abandonó desde el instante cero de la Constitución y que el carácter de derecho común no se predica de todos los ordenamientos civiles[68].

Hipotéticamente deberían constar en un Código Civil único, pero lo real es que no ha existido ni existirá nunca como tal porque la configuración territorial del Estado y en especial la pluralidad legislativa civil lo erradicaron.[69]

Esta apreciación no obsta a que, en efecto, la ley que deba contener las bases haya de ser una ley estatal.

2. Se tacha al Código Civil de *preconstitucional*: esta valoración, denota un reproche, del que sigue un juicio de valor negativo. Tildar una norma como preconstitucional es un toque de aviso a que probablemente no se ajusta a la realidad jurídica vigente y a que incluso la norma pueda ser contraria a la Constitución. Lo que, durante un tiempo, probablemente, en materia contractual sucedió, así con las reglas que afectaban a la capacidad de las personas para contratar. Lo confirma el fundamento jurídico séptimo[70]. Se lee en este que "(...) las obligaciones contractuales están reguladas con carácter general en el Código Civil español, que, al ser una norma preconstitucional, *no puede tener la condición formal de básica*".

Pese a ello, esta tacha no impide, en la sentencia, que se radiquen las bases en dicho cuerpo legal; en lo que se insiste al contrastar las reglas del Código Civil español sobre los contratos con la regulación que hace el Código Civil catalán. Justifica el ponente de la sentencia[71] indicando (también en este fundamento jurídico séptimo), que "(...) al carecer esta normativa de la condición formal de básica, esta circunstancia subraya la necesidad, en la esfera jurisdiccional, *de obtener la formulación de las bases mediante*

La primera afirmación, de acuerdo con la cual la competencia se limita al derecho civil catalán, es obvia pero el TC la hace de manera nada superflua para reintroducir, en un texto que la había suprimido, la referencia a "*catalán*" o "*de Cataluña*". Con ello se deja un margen suficiente a favor de la pretendida competencia general —y exclusiva— del Estado sobre la "*legislación civil*" y para impedir la identificación entre derecho civil como materia —objeto de la competencia— y el derecho civil catalán —que a ojos del TC sigue siendo algo de diferente—.

68. No se ha de confundir el carácter de derecho común con la función de supletoriedad, aunque se relacionen.

69. En el mismo sentido DURBÁN MARTÍN, I., *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones Civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. Es tajante: "(...) resulta indudable que la unificación ha dejado de ser un escenario posible dentro de los márgenes de la Constitución de 1978" (p. 451).

70. Que es el que se dedica al análisis de la conformidad de las normas autonómicas impugnadas con la legislación básica estatal en materia contractual.

71. Xioll Ríos, J. A., *op cit.,* "Intervención", pp. 222-224.

el ejercicio del ars inveniendi *en el plano de los principios, por medio de un método que se ajuste a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto*"[72].

Es un dato llamativo porque denota cierta incoherencia en la argumentación. La regulación del Código Civil español es preconstitucional y puede que esté desfasada pero las bases de las obligaciones contractuales sirven, entiéndase extrayendo de ella (la regulación) los principios que puede proporcionar. Se ha de sobrentender, los que subsisten después del juicio (valoración) de su constitucionalidad.

"(...) Por esta razón, para analizar en este supuesto si las normas autonómicas impugnadas respetan la legislación básica estatal, el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código Civil de estos contratos, sino únicamente sus elementos esenciales" (FJ 7).

3. Sobrevuela, así, el convencimiento de que la solución adoptada por la sentencia es *provisional* y *concreta*: "(...) *en tanto el Estado no se pronuncie* sobre lo que debe entenderse normativa contractual básica (...)" para resolver la impugnación planteada (la del Libro VI del Código Civil catalán), se decide localizarlas en las normas del Código Civil español de 1889; aunque, ante la magnitud de la valoración y la evolución normativa, se aminora o dulcifica advirtiendo que "no significa considerar que todas las normas contractuales contenidas en su libro IV lo sean (...)". Importa quedarse con la idea de la provisionalidad.

4. De este dato, junto a los anteriores, se puede deducir que el lugar donde radican las bases es un cuerpo legal *general* que se identifica en el Código Civil español de 1889 "(...) entendido como ordenamiento estatal regulador de las relaciones contractuales entre privados", cuyas normas repasa dicha resolución.

En esta tesitura, en consecuencia, se excluye la posibilidad de que las bases de las obligaciones contractuales se contengan en cualquier *ley civil especial*, ya por razón de la materia (las leyes de arrendamientos rústicos, urbanos, ley de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de la posesión, entre otras) ya por estar separada del Código (Registro civil, Ley hipotecaria, Legislación de consumo). También, implícitamente, se excluye que pueden radicarse en la legislación o principios de los derechos civiles propios de las Comunidades Autónomas. Lo que es, desde mi punto de vista, incorrecto.

Se lee en la STC 132/2019 "De suerte que la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica" (FJ 6).

5. El análisis y contraste entre las reglas generales y las particulares de los contratos que están en el Código Civil español y las del Libro VI del Código Civil de Cataluña, se efectúa a la luz de la *doctrina que el propio Tribunal Constitucional* había emitido hasta

72. El énfasis es mío.

la fecha, prescindiendo de cualquiera otra. Dada la complejidad de la materia, habría sido oportuno echar mano de la amplia doctrina civilista existente. Claramente la afirmación de la necesidad de llegar a identificar las bases "(...) *por medio de un método que se ajuste a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto* (...)" (FJ 7).

Dando por buena, al efecto de la discusión, que las bases se hallan en el Código Civil español y son generales para los contratos o un conjunto de ellos, no debe olvidarse que, posteriormente a esta sentencia, se ha afirmado que, en algunos ámbitos, en concreto, en el derecho del consumo y en los arrendamientos, tanto rústicos como urbanos, podían vislumbrarse bases referidas a los tipos contractuales a los que abarcan. Esta apreciación introduce un nuevo interrogante acerca del instrumento normativo en el que han de contenerse.

¿Ha de ser una ley general, o las bases *pueden estar en una ley especial*?

Entiendo, por coherencia, que una ley especial, sea cual fuere, no es referente ni puede serlo, de lo que sean las bases de las obligaciones contractuales. Una ley especial puede contener disposiciones comunes a determinados tipos o subtipos contractuales que se separan de la institución base (el contrato) por su especialidad. Precisamente por ello, la especialidad veta su aptitud de bases de cualquier obligación contractual. La falta de adecuación de la normativa autonómica sobre uno de estos contratos especiales a las disposiciones comunes (que pretendidamente pudieran calificarse como bases) no desemboca en la inconstitucionalidad sino en que se regula un tipo o tipos contractuales distintos, lo que legítimamente puede hacer la Comunidad Autónoma con competencia civil en la materia. Cuestión distinta es que existan ciertos límites económicos, derivados de otro título competencial, o que se deba valorar el grado de conexión con la normativa propia, en lo que no se entra en este trabajo. Así, por poner un ejemplo, la Ley de arrendamientos urbanos ni es una ley básica en la materia ni contiene bases de las obligaciones contractuales[73], pese a que, en la reciente STC 120/2024 (Fundamento jurídico 5) parece darse a entender que determinados preceptos de la LAU deben considerarse bases de las obligaciones de los contratos de arrendamiento, lo que es muy discutible[74].

---

73. Así lo explicó la profesora ARROYO y AMAYUELAS, E., en la conferencia sobre "La constitucionalitat dels límits a la renda en els arrendaments d'habitatge a Catalunya" en la Jornada *La competència de la Generalitat en matèria de dret civil: retrospectiva i futur*, Barcelona, 22 de febrer 2024, Institut d'Estudis de l'Autogovern.

74. "Y, en este caso, es preciso contrastar la previsión autonómica con las normas que ha fijado el Estado, en ejercicio de la competencia que le asigna el art. 149.1.8 CE, en cuanto a la configuración del núcleo esencial de la estructura de los contratos y de los principios que deben informar su regulación, que ha de incluir, necesariamente, aquellas reglas que incidan en un aspecto tan principal de la ordenación de los contratos arrendaticios como es el de su duración, para cohonestarlo con el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), así como el derecho a la propiedad privada reconocido por el art. 33 CE y la función social que está llamada a cumplir".

Sea lo que fuere parece claro que ha de ser una norma de carácter general y ha de tener el rango legal, como reconoce la STC 132/2019. En esta tesitura, ¿cómo ha de ser la norma que contiene una base? ¿*Imperativa*? ¿Puede estar la base en una norma *dispositiva*?

Es indiscutible que las normas imperativas, dada la finalidad perseguida, son las apropiadas para contener las bases. El interrogante surge respecto de las de carácter dispositivo, cuya característica es la voluntariedad; normas que las partes pueden modelar y renunciar, sin que se altere el tipo o tipos contractuales, en las que lo que prima es la voluntad contractual. La mayor parte de las normas dispositivas se halla en sede contractual. *Quid iuris?* En una primera aproximación conviene reparar en lo siguiente: si es posible la alteración de la regla por personas particulares no cabe sino concluir que con mayor razón quien legisla puede también hacerlo, porque denota que no se trata de una regla necesaria, no es base, fundamento, origen…

Expuesto lo anterior, ciertamente en ocasiones las normas dispositivas cumplen, en los contratos, además, la función de suplir la voluntad de las partes, cuando éstas no se han manifestado rigen como normas propias del régimen del contrato (en defecto de la voluntad concreta). Atendiendo a esta precisión se podría sostener que las normas dispositivas son aptas para contener bases de las obligaciones. Sin embargo, no creo acertada esta conclusión. El hecho de que la regla dispositiva cuando no se utilice se aplique igual que la imperativa no resta nada ni cambia el carácter de la norma que sigue siendo, *in abstracto*, dispositiva. Cierto que actúa supliendo la voluntad de las partes, que quien ha legislado entiende que acatan sin discusión, pero el importante dato de que no integra el régimen general de la institución en concreto es el que prima a la hora de calificar; puede, en consecuencia, legislarse de manera distinta.

Hasta aquí, en lo que hace al instrumento normativo en el que se pueden encontrar las bases me he referido al Código Civil español, siguiendo la doctrina constitucional. Es importante recordar, de cara a decidir cómo se determinan, que el Código Civil español de 1889 recogía, expresamente, solo el Derecho de Castilla, pese a que determinadas disposiciones del Código fueran obligatorias para todas “las provincias”, en lo demás solo actuaba como supletorio del que lo fuera en cada caso. No ha de caer en el olvido, por lo tanto, que las provincias y territorios con derecho propio, que lo conservaban,

---

“(…) Esta conclusión se extendió también al “elemento de la duración y prórrogas del contrato, que es tan nuclear en el arrendamiento de vivienda como la renta, y al que nuestra legislación histórica ha aplicado de diferentes formas la misma técnica de establecer modulaciones tuitivas sobre la libertad de pactos. *Hasta ahora, en la doctrina constitucional, estas medidas han sido analizadas en clave de contenido sustantivo y no competencial* (STC 89/1994, de 17 de marzo), *pero este tribunal no alberga dudas de que su determinación es cuestión que compete al legislador estatal ex art. 149.1.8 CE* por ser, como la regulación de las reglas para la determinación de la renta, aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, en su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por tanto, establecidas por el Estado (…)”.

contaban con normas contractuales, y con mayor razón, después de la Constitución de 1978, si las Comunidades Autónomas con derecho propio asumieron la competencia.

Esta constatación lleva a considerar que el Código Civil español no podía en 1978, ni puede, en 2025 ser representativo de principios comunes, *rectius* bases de las obligaciones contractuales, comunes a todos los ordenamientos civiles patrios. No es necesario insistir en el dato de búsqueda, en dicho Código, de las posibles bases; pero sí conviene reseñar que, si han de ser bases que rijan en todo el territorio nacional, a lo que no se puede sustraer ninguna Comunidad Autónoma, deben formularse teniendo a la vista todos los ordenamientos civiles, lo que garantiza, precisamente, la unidad que se pretende.

Los principios del Código Civil de 1889, en este sentido, nunca han sido comunes, en este cuerpo legal se recogió el derecho de Castilla, y se mantuvieron los derechos propios; las bases de las obligaciones contractuales no aparecieron hasta 1931 y después de 1939 no existían bases; la aplicación del Código de 1889 a los territorios con derecho civil propio era (y continúa siendo) supletoria de segundo grado en defecto de la propia, sin más excepciones que las del primigenio artículo 12, actualmente 13 de aquél entre las que no estaban las bases. Así que obligada es su búsqueda en todos los ordenamientos civiles, y ello pese a que, al ser, en materia contractual, el origen y régimen de estas obligaciones bastante próximo de un derecho propio a otro, puedan ser homologables, en lo que hace a alcanzar la categoría de principio común,[75] al menos, formalmente (aunque sí doctrinalmente).

En mi breve comentario[76] sobre la STC 132/2019, ya expresé que "Para que sean auténticas bases se han de componer a partir de todos los ordenamientos civiles propios existentes en el panorama jurídico español. Recordemos que, cuando se formulen, han de ser o deberían ser bases del conjunto de los ordenamientos civiles españoles, teniendo en cuenta que es el Estado (que está conformado por todas las Comunidades Autónomas que lo componen) el que ha de legislar para todo el territorio y que el límite es el mismo para todas las que tienen competencia legislativa civil (en obligaciones y contratos)".

En el mismo sentido el profesor Delgado Echeverría[77] señalaba, "Con el paso del tiempo, es evidente para todos que el Código Civil de 1889 no es portador de los principios políticos, morales y técnicos internos al sistema español, que se encuentran mejor

75. Aunque, desde un punto de vista puramente doctrinal (teórico) no sean perceptibles diferencias notorias entre un ordenamiento (el catalán, el navarro, el vasco...) y otro (el castellano). La cierta unidad conceptual tiene explicación en que, a partir del origen común romano, la construcción doctrinal de la institución del contrato, producida en los siglos XVII y XVIII, es común en toda el área europea (de ahí la similitud de los códigos civiles). Sin embargo, ello no fue obstáculo al mantenimiento de reglas propias que coexisten con las nuevas que se formulan: así la rescisión por lesión junto a la nulidad, por ejemplo.

76. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *op. cit.*, "Plurilegislación", p. 77.

77. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, "Los derechos civiles", p. 691.

representados en los derechos civiles autonómicos, a lo que contribuye mucho que estos si están al día".

5.3. ¿Cómo se determinan? ¿Quién participa?

De manera que, sin dejar de lado la regulación del contrato del Código Civil español, junto a él, en el momento de analizar cómo se determinan, haya de considerarse la realidad plurilegislativa tal y como se presenta ahora y no retrospectivamente, a la entrada en vigor de la Constitución. Las instituciones y los principios evolucionan al compás de los cambios de la sociedad a la que afectan.

En la realidad jurídica vigente los distintos ordenamientos civiles (forales, especiales), pese a la interpretación regresiva de la STC 31/2010, no están por debajo, ni están sometidos a un ordenamiento superior (el Código de 1889, pretendidamente estatal) sino que todos están en situación de igualdad, sin relación de jerarquía alguna. Califico de pretendidamente estatal porque, en verdad, no todas sus normas son estatales, sino que solo son las propias de los territorios que no tienen derecho civil propio.

El ámbito de vigencia de cada derecho propio está delimitado por el territorio (*lex fori*) y la vecindad civil. Lo que sucede es que uno de ellos, el contenido en el Código Civil español de 1889 (el derecho de Castilla), además de regir en el territorio que no tiene derecho propio (y es el derecho propio de ese territorio) como *plus*, se aplica supletoriamente en los territorios que sí lo tienen, es decir cuando el derecho propio no contenga normas, en el caso que ocupa, sobre la materia contractual y siempre que no contradiga los principios generales del derecho en cuestión[78]. De suerte que, en el momento en que la Comunidad Autónoma con competencia legisle en materia contractual, deja de estar vigente y aplicarse el Código Civil de 1889, pasando a ocupar la frágil situación de supletoriedad de segundo grado. Califico de frágil la situación porque, una vez que se legisla difícilmente se dejarán huecos o vacíos que no se puedan cubrir con normas o principios del propio ordenamiento, lo que hace ilusoria esta supletoriedad de segundo grado (la completud del ordenamiento).

Y, el Código de 1889, rige directamente, ahora sí, como norma estatal en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, en aquellas materias reservadas (en el art. 149.1 8 CE): "aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial". Todas ellas, salvo las relativas a los registros e instrumentos públicos, pueden situarse en el Código Civil español de 1889. No es necesario insistir, aunque así lo hace alguna sentencia, que el Código Civil o las normas estatales rigen,

78. Acerca de esta interpretación son ilustrativas alguna de las SSTC citas *supra*, en particular en relación con las CC.AA. sin competencia en materia civil. Así las SSTC de Extremadura y La Rioja, entre otras.

también, en los territorios sin derecho civil diferente del estatal. Con todo, recuérdese que, las bases, al menos de momento y en tal condición, no están en dicho cuerpo legal.

No ha de olvidarse de que "(...) los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí" (FJ 3 STC 132/2019). "(...) el ordenamiento jurídico ha de contemplarse en su conjunto, como un sistema normativo dotado de estructura y coherencia interna y el mandato constitucional permite y avala su crecimiento orgánico" (FJ 4 STC 132/2019).

A la pregunta acerca de cómo se determinan, ha de contestarse, siguiendo las ideas expresadas hasta el momento: buscando las bases en todos los ordenamientos civiles patrios, donde se incluye el Código Civil español; porque todos forman parte del acervo jurídico común al que se pertenece. Así, por ejemplo, aunque solo haya dos ordenamientos que regulen la rescisión por lesión (Navarra y Cataluña) y se excluya en uno (el Código Civil español), ello no supone que aquellos deban desaparecer, sino que, partiendo de su mantenimiento, si se cree oportuno, lo que puede calificarse como común es el remedio de la rescisión cuyas causas concretas se configuran, en su caso, en cada ordenamiento civil. Igual lógica y razonamiento se ha de utilizar con cada uno de los principios, fundamentos..., que se individualicen como base.

Se ha dicho (STC 132/2019, FJ 6) que "(...) la finalidad de la reserva estatal en materia de Derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar *un común denominador en los principios* que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra *cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional*. Así, por ejemplo, las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país"[79].

En la delimitación del concepto de bases se aprecia en la sentencia cierta confusión entre la norma, la ley positiva contractual civil y las nociones de derecho civil que forman parte de la ciencia (técnica) jurídica (la teoría general del contrato y de las obligaciones). Se ha de entender que las nociones sobre las instituciones son previas a su regulación, pertenecen a la teoría del derecho (la construcción jurídica); el concepto de nulidad o rescisión difícilmente puede variarse por la ley, lo que sí puede ocurrir es que el régimen sea distinto; las afirmaciones de las sentencias han de interpretarse de esta manera. Además, los conceptos de nulidad, anulabilidad están en el derecho civil, simplemente por eso son comunes, no porque deban o sean bases y menos del contrato. Difícilmente, así una norma autonómica, una regulación podrá llegar a distorsionar el concepto de nulidad, o el de contrato y si lo hace seguramente lo que ocurrirá es que se creará un nuevo y distinto régimen. ¿Está vetada esta creación? Entiendo que no.

79. El énfasis es mío.

La misma crítica merece[80], la siguiente afirmación: "En definitiva, hemos de afirmar que cuando el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, *sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna*, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional" (FJ 6)[81]. Léase atentamente la frase resaltada y compárese con la teoría general del contrato, ¿la estructura de relaciones contractuales a qué alude? ¿Al contrato como concepto jurídico? ¿No está fuera de la norma, como el concepto de nulidad? ¿Se refiere a la diversificación de los tipos contractuales? A que, por ejemplo, ¿el contrato que se regula en la norma autonómica se pueda identificar (*idéntica lógica interna*) como arrendamiento, préstamo, depósito sin problema? Si es así ¿en qué queda la autonomía contractual para crear tipos que no responden a idéntica lógica interna? ¿De verdad que la cámara legislativa autonómica no puede crear tipos contractuales nuevos? ¿Qué es *la estructura de relaciones contractuales*? ¿La clasificación de los contratos atendiendo a qué? La relación jurídica[82], puesto que la contractual lo es, tiene una estructura clara: partes —objeto (materia)—contenido (derechos y deberes). Es el contenido el que fija (indica) el tipo de relación de que se trata. ¿Qué normas son *esenciales para preservar la estructura*? Como se comentó *supra*, la esencia del contrato es el consentimiento, es decir, la estructura del contrato es consensual.

Si la norma autonómica regula una relación como contractual y no reúne los requisitos para que pueda identificarse como estructura contractual, ¿no será válida? Pienso que no se puede decir que sea inválida, sino que lo que sucede es que no será contractual. Y si no puede merecer la calificación contractual ya no existe discusión…

Continuando en la respuesta a los interrogantes. De lo que se lleva dicho conviene retener dos conclusiones importantes:

1.ª: El origen de las que lleguen a identificarse como bases radica en todos los ordenamientos civiles. Se pueden encontrar en legislación positiva existente, es el caso del Código Civil español, de ahí que tendencialmente se piense solo en él, pero también se encuentra en otras normas positivas de las Comunidades Autónomas, e incluso en la costumbre, que se habrá de probar y por descontado en los principios generales del derecho de cada uno de los ordenamientos civiles.

---

80. Sobre los conceptos y términos contenidos en estos interrogantes no me resisto a remitir a lo que expliqué en *op. Cit.*, *Estructura y función* y *Estudios sobre contratos*, Atelier, Barcelona 2008, especialmente capítulos I, II y III.

81. El énfasis es mío.

82. Sobre esta me remito a GETE-ALONSO y CALERA, M.ª C., "Capítulo XVIII. La relación jurídica y el derecho subjetivo", *Manual de Derecho Civil*. I. *Introducción y derecho de la persona* (L. PUIG FERRIOL, M.ª C. GETE-ALONSO y CALERA, J. GIL RODRÍGUEZ, J. J. HUALDE SÁNCHEZ). 3.ª ed. Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 453-468.

De esta manera se justifica su carácter común, impuesto, y a la vez se garantiza que no existan contradicciones ni incoherencias.

2.ª: En consecuencia, precisamente porque la competencia es estatal, en la formulación de las bases, si en algún momento se decide a enumerarlas, se ha de contar con la participación de todas las Comunidades Autónomas, en especial las que tienen derecho civil propio.

En inicio, cómo en la Cámara legislativa estatal (Congreso y Senado) están representadas todas las Comunidades Autónomas, no parece haber problema a que se garantice la intervención de todas. No obstante, puesto que la representación es política (de los partidos) puede ocurrir que no siempre la representación sea completa. De ahí la necesidad de que, de la manera técnica que se arbitre, se haya de garantizar la participación de todas las Comunidades Autónomas, parecidamente a lo que ocurrió en el proceso decimonónico de codificación, asegurando la intervención técnica.

Por supuesto las bases habrían de plasmarse en una norma con rango de Ley, que no ha de ser orgánica, pero sí ha de estar separada del Código Civil. Este dato es importante para que se visibilice claramente la situación de igualdad de todas las legislaciones civiles, que ampara la Constitución.

Finalmente, si se parte de la situación de que, en efecto, existen unas bases de las obligaciones contractuales ya enunciadas e identificadas.

¿En qué inciden en la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma?

La respuesta inicial es sencilla, se ha contestado ya en la primera página de este escrito: es un límite a la competencia que impide legislar porque está reservada a la competencia estatal. De acuerdo. ¿Algo más?

El límite, aquí, implica respeto, la legislación autonómica debe acatar ese principio/base, tenerlo en cuenta, no contrariarlo, no ignorarlo; no existe obligación ni deber alguno de desarrollar. En mi opinión, la función que cubren es similar a la que despliegan los principios generales del derecho, que en este caso se ciñen a las relaciones obligatorias contractuales.

Pese a lo que se dice en la reiterada STC132/2019, no es legislación básica que deba desarrollarse.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELA, E., en la conferencia sobre "La constitucionalitat dels límits a la renda en els arrendaments d'habitatge a Catalunya" en la Jornada *La competència de la Generalitat en matèria de dret civil: retrospectiva i futur*, Barcelona, 22 de febrer 2024, Institut d'Estudis de l'Autogovern.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: "Reparto competencial en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Privado*, 3, mayo-agosto 2022, pp. 11-44,

BADOSA COLL, F., "Dret Comú a Catalunya. Dret supletori", *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*, Generalitat de Catalunya. Barcelona, Entitat Autonoma del Diari Oficial i de Publicacions, 2024, pp. 283-360.

BADOSA COLL, F., "Sentencia 31/2010, de 10 de junio", *Revista catalana de dret public. Especial sentencia sobre el Estatuto*, 2010, pp. 332-351.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los derechos civiles forales (siglos XIX y XX). Un tercio de España", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero guiridico moderno.* vol. 50, n.º 1, Giuffrè, 2021, pp. 652-704

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Edición del tricentenario. Actualización 2023, disponible en: https://dle.rae.es/

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* I. *Introducción. Teoría del contrato,* Madrid, Editorial Civitas, 1996.

DURBÁN MARTÍN, I., *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones Civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

EGEA FERNÁNDEZ, J., "De l'autoconteció al ple desenvolupament legislatiu en materia de obligacions i contractes. Les bases de les obligacions contractuals segons la STC 132/2019, de 3 de novembre, *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*, Generalitat de Catalunya, Entitat Autónoma del Diari Oficial i Publicacions, 2024, pp. 183-217.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el derecho personal y familiar catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista de Derecho Civil* [en línea], disponible en: http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, 2020, pp. 41-89.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Estudios sobre contratos*, Barcelona, Atelier, 2008.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Capítulo XVIII. La relación jurídica y el derecho subjetivo", *Manual de Derecho Civil.* I. *Introducción y derecho de la persona*, 3.ª ed. Barcelona-Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 453-468.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La influencia del concepto de contrato en el Código Civil", *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990, pp. 885-903.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Estructura y función del tipo contractual* (1979), Barcelona, Bosch Editorial, 1979.

LLOVERAS FERRER, M. R., "La competencia en derecho civil en la STC sobre el Estatuto", *InDret* 4/2010.

MOLINER, M.ª, "Base", *Diccionario de uso del español*-Edición abreviada por la Editorial Gredos, Madrid, 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., "Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales", *Derecho Privado y Constitución*, 1993, n.º 1, pp. 151-176.

VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n.º 5, 2024, pp. 75-124.

XIOL RÍOS, J. A., "Intervención", *Vint anys del Codi civil de Catalunya. Jornades del 16 i 17 de novembre de 2022*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 2024, pp. 218-224.

BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: FUNCIÓN, CONTENIDO Y UTILIDAD*[1][2]

IGNACIO VARELA CASTRO
Investigador posdoctoral
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

El presente trabajo es un conjunto de reflexiones sobre las "bases de las obligaciones contractuales"; título competencial que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución reserva "en todo caso" al Estado y que sobre el que, tras cuarenta y seis años de vigencia del texto constitucional, sigue planeando la sombra del desconocimiento y la incertidumbre. A través de un estudio doctrinal y jurisprudencial, se busca arrojar algo de luz sobre una materia sin delimitar en un sistema de reparto de competencias en materia de legislación civil tampoco delimitado.

PALABRAS CLAVE

Competencia; bases de las obligaciones contractuales; obligaciones; contratos; código civil; constitución.

---

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 03/03/2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: M.ª P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez) y bajo el amparo del Programa de ayudas a la etapa posdoctoral de la Xunta de Galicia del año 2023.

2. El presente trabajo fue publicado de forma inédita en el número 5 del volumen XI del año 2024 de la *Revista de Derecho civil*. Con el permiso de la citada revista, vuelve a ser publicado en el presente número monográfico con ánimo de dar mayor cohesión al conjunto de estudios aquí publicados y derivados de la misma actividad de investigación sobre algunas cuestiones previas relativas a la posible modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos.

THE TERM "BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES": ITS FUNCTION, CONTENT AND USEFULNESS

ABSTRACT

This paper offers a set of reflections on the "bases de las obligaciones contractuales" (foundations of contractual obligations). Article 149.1.8.ª of the Spanish Constitution reserves this matter "in any case" to the State and it is shrouded in uncertainty and misunderstanding after forty-six years of the enactment of the Constitution. Through the study of Doctrinal scholarship and case law, the paper seeks to shed light on a legal matter that remains undefined within an equally ambiguous framework for the distribution of legislative powers in civil law.

KEYWORDS

Legislative power; "bases de las obligaciones contractuales" (foundations of contractual obligations); obligations; contracts; civil code; constitution.

SUMARIO

1. Reflexiones y generalidades, no concreción o detalle, ante una pertinaz incertidumbre que se ha de relativizar 167

2. Expansión del desarrollo como preludio de la contracción de las bases de las obligaciones contractuales 180

3. Función de las bases en unas notas sobre el intento de crear doctrina por parte del Tribunal Constitucional 191

4. Acercamiento al contenido a las bases en tres niveles: lo generalísimo, lo general y lo concreto 201

5. Un apunte sobre la cuestión competencial en la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023 208

6. Recapitulación 210

Bibliografía 213

1. REFLEXIONES Y GENERALIDADES, NO CONCRECIÓN O DETALLE, ANTE UNA PERTINAZ INCERTIDUMBRE QUE SE HA DE RELATIVIZAR

Quien asume la tarea de acometer un estudio técnico-jurídico del artículo 149.1.8.ª de la Constitución española se topa ante una sensación de agotamiento: la de quienes dudan que siga valiendo la pena dedicar esfuerzos al análisis de unas reglas sobre reparto de competencias legislativas en materia de derecho civil que también se consideran agotadas[3]. No es preciso comenzar este trabajo con la lista de adjetivos que ha vestido la crítica del citado precepto. Tampoco he de llenar una nota a pie de página para recoger apreciaciones que son unánimes: ni hay acuerdo sobre el significado y alcance del artículo, ni los cánones hermenéuticos utilizados por el Tribunal Constitucional presentan estabilidad en su formulación y aplicación.

Quizás no debería extrañar tanto este estado de la cuestión si se admite que falta la hipótesis sobre la que articular el análisis: sigue sin estar claro cuál es el modelo de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil que ha querido el constituyente. Hay un momento en la época codificadora española —mediados del siglo XIX— en el que se acepta que el derecho castellano y las diversas legislaciones civiles existentes en España habrían de convivir *de alguna manera*. En efecto, "lo difícil [era] dar con el cómo"[4] y esta dificultad sobrevive al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

No creo que la plurilegislación civil española esté cuestionada en la actualidad. Como mínimo, no hay duda de que nuestra Constitución consagra la pluralidad y no la plena unidad[5] del derecho civil español, como ya se había hecho en 1974 con la reforma del Título Preliminar del Código Civil; reforma de la que ahora se cumplen cincuenta años. Pero este apunte y la idea de que no todas las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre derecho civil[6], salvo que uno se adentre en la eventual potencia de las denominadas

3. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, julio-septiembre, n.º 3, p. 13, muestra contención en sus afirmaciones. Posteriormente, más tajante en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre: ¿Interpretación del artículo 149.1.8.ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?", *Foro galego: revista xurídica*, 2018, julio-diciembre, n.º 205, p. 37 y en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferencia normativas", *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, (coordinador, Á. Serrano de Nicolás), Marcial Pons, 2018, pp. 9-32. También DURBÁN MARTÍN, I., *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 421.

4. Expresión de DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código Civil y Derecho civiles forales", *Iura Vasconiae*, 2020, n.º 17, pp. 24 y ss.

5. Con mucho énfasis, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, vol. LXXVIII, julio-septiembre, n.º 3, p. 651.

6. Para DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 94 y 423, hay consenso unánime al respecto.

competencias de contornos imprecisos o de la costumbre[7], acaso son dos de los muy pocos datos claros. Cuál es dicho sistema de pluralidad civil y su alcance —decía— todavía se desconoce[8].

Ante este panorama, el jurista opta por un punto de partida —informado por su propio bagaje y/o influido por el punto de arribo querido— para seguir un camino constructivo propio. La letra del artículo 149.1.8.ª de la Constitución ha permitido lecturas no solo dispares y muchas veces incompatibles, sino también razonables[9] que expresan un sistema plurilegislativo civil de mayor o menor magnitud. Todo es objeto, por tanto, de racional toma de postura, crítica y réplica según el modelo que se entienda cobijado en la Constitución.

El hastío inicial al que antes aludía se recrudece cuando del acercamiento al artículo 149.1.8.ª de la Constitución en general se pasa al estudio de "las bases de las obligaciones contractuales" en particular; título competencial que el precepto reserva en exclusiva y "en todo caso" al Estado.

Se ha dicho que el significado de dicha expresión es una de las mayores incógnitas del precepto[10]; apreciación que ha sido vertida —no creo que sea coincidencia— en un contexto temporal concreto: con la promulgación en el año 2017 del libro sexto sobre obligaciones y contratos del Código Civil de Cataluña que, entre otros extremos, contiene una exhaustiva regulación del contrato de compraventa. El hecho de que una Autonomía —con indubitada competencia en materia civil— pasase a regular con pormenor dicho

7. Apreciaciones al respecto en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de derecho civil en la STC 31/2010", *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, (coordinadores C. Esplugues Mota et al.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 24-25. Para un reciente ejemplo sobre cómo se ha acudido a un título competencial de contornos imprecisos para regular, a lo que ahora interesa, aspectos contractuales, *vid.* el estudio relativo a las regulaciones autonómicas sobre arrendamiento de viviendas de uso turístico de MESA MARRERO, C., "Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil", *InDret*, 2019, n.º 3, pp. 19 y ss.

8. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: breve comentario a la STC 132/19, de 13 de noviembre de 2019", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, octubre-diciembre, n.º 5, p. 55, se pregunta: "¿Realmente está consolidado el reparto de competencias legislativas en materia civil? ¿Se asume la plurilegislación?". Como digo en el texto, creo que las respuestas a ambas preguntas no van de consuno.

9. DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 418.

10. CALATAYUD SIERRA, A., "Hasta dónde se puede y hasta dónde conviene", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 275; DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 114. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro...", *op. cit.*, pp. 15-16, considera que, entre los conceptos ambiguos del precepto, las bases de las obligaciones contractuales son el ejemplo paradigmático.

contrato, invitaba —a menos que pudiese el desánimo[11]— a plantearse la duda o al menos a reflexionar si dicha regulación era constitucional en atención a la competencia "en todo caso" exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales: se trata del contrato bilateral por excelencia que irradia la racionalidad de su regulación al resto del sistema y que expresa la racionalidad que emana de las reglas generales. A primeras, es razonable pensar que algo de bases tiene que haber en este tipo contractual.

Por supuesto, no es que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado antes de su Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre, atinente a parte de la mencionada regulación catalana, sobre las bases de las obligaciones contractuales. Mejor dicho, no es que no haya incidido sobre la cuestión, por mucho que no haya evocado directamente o dado protagonismo al controvertido título competencial, pues lo cierto es que lo ha hecho desde fechas tempranas. No obstante, sus palabras han sido concretas, medidas y atadas al caso en cuestión. Se podrán extrapolar a otros supuestos junto a las apreciaciones *obiter dicta* que las rodean y apuntalan el razonamiento conducente al fallo; se podrán acumular o estirar en una operación inductiva y generalizante con ánimo de saber qué han de ser las bases de las obligaciones contractuales, si es que este es un proceder correcto[12]. Sea como fuere, hasta la mencionada sentencia de 2019 no hay un intento de elaborar una doctrina general sobre tales bases[13]; propósito que veo redondeado con las apreciaciones realizadas al hilo de dicha doctrina en la Sentencia del Tribunal Constitucional 157/2021 de 16 de septiembre en la que se aborda, a lo que en este trabajo interesa, la constitucionalidad de la reforma de las leyes 495 y 511 del Fuero Nuevo sobre la dación en pago y la cesión de créditos respectivamente.

Recalco la idea de que ambas sentencias vendrían a redondear la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las bases de las obligaciones contractuales[14] porque se hace interactuar este título competencial del Estado no solo con el de desarrollo (primera sentencia citada) sino también con el de conservación (segunda sentencia) "por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde

11. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La compraventa en el Código Civil de Cataluña…", *op. cit.*, pp. 18-19, entiende que, en atención al panorama actual, abordar la cuestión solo puede ser motivo de frustración.

12. *Vid.* las advertencias que realiza GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales", pendiente de publicación, 2025, pp. 3 y 7 y ss. Agradezco a la autora que me haya permitido consultar su trabajo.

13. Lo remarca el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular (apartado VII) a la Sentencia 132/2019. Respecto a la jurisprudencia más temprana, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución: artículo 149.1.8.ª*, Madrid, Trivium, 1991, p. 3, entiende que no es suficiente para obtener una "noción operativa" de lo que tales bases son.

14. En su voto particular a la Sentencia 157/2021, dice el magistrado Andrés Ollero Tassara que esta sentencia da "una vuelta de tuerca" a la doctrina de la Sentencia 132/2019.

existan"[15]. En efecto, la Compilación de Navarra, ley *estatal*, presenta una amplia regulación en materia de obligaciones y contratos sobre la que podría planear la duda de si parte de su contenido corresponde a las bases y, en consecuencia, si la Comunidad de Navarra podría incluso lo mínimo: conservar en ley *autonómica* su propio derecho.

Cabe apreciar así un esquema de cierre entre elementos vertebradores del insondable sistema recogido en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Otra cosa es que se esté de acuerdo con los razonamientos y/o los resultados; que sea un esquema fiable y perdurable o un intento en vías de frustración. Destacaré que el ponente de la Sentencia 132/2019 ha considerado necesario pronunciar un voto particular a la Sentencia 150/2022 de 29 de noviembre —relativa a una normativa catalana sobre el restablecimiento del equilibrio de las contraprestaciones en arrendamientos de negocio pensada para la época del COVID-19— no por estar en desacuerdo con el fallo, que no lo está, sino con ánimo de contribuir al esclarecimiento de la doctrina iniciada en aquella sentencia. De nuevo, una cosa es la intención de aclarar y otra que así se haya hecho.

Yo no sé si las bases de las obligaciones contractuales son el aspecto más complejo del precepto, como algunos han dicho, quizás, animados por las circunstancias del momento. Pero este título competencial presenta una característica que no comparte con las otras materias reservadas en todo caso al Estado que, aunque también complejas, son más concretas: su total indefinición; su absoluta ductilidad. Mucho y poco, incluso todo y nada, se puede meter en las bases, de nuevo, según el bagaje propio y/o las conclusiones anheladas[16].

Aquí se aprecian particulares paralelismo y trabazón entre "bases de las obligaciones contractuales" y "desarrollo". La compartida imprecisión de ambos conceptos insta a ponerlos frente a frente y observar que, en lo que al derecho contractual se refiere, la contracción de uno conlleva la expansión del otro[17]. Creo que esta es otra de las pocas

---

15. Ya se sabe que el término "modificación", también recogido en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, suele quedar formalmente en un segundo plano. En atención a la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993 de 12 de marzo, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, n.º 4, p. 383, señala: aunque parezca que el concepto modificación "carece de entidad propia, [...] su presencia en el texto constitucional no es inútil, pues evita una interpretación restrictiva del término clave, es decir, el de desarrollo. [...] Papel muy importante, en consecuencia, aunque indirecto, el del término "modificación", pues potencia claramente al de "desarrollo"".

16. Análoga reflexión en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, p. 1.

17. La doctrina evoca esta idea de alguna manera. *Ibidem*, p. 3; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil: Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, octubre-septiembre, n.º 4, p. 22. También el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado IV *in fine*) a la Sentencia 132/2019 y 157/2021. Pero como apunta DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal Constitucional...", *op. cit.*, p. 364, el Tribunal Constitucional tradicionalmente no ha aludido a las bases de las obligaciones

evidencias que existen alrededor del artículo 149.1.8.ª de la Constitución. La dificultad radica en trasladar esta idea de lo abstracto a lo concreto. Para tal concreción, reflexionar —como reza el título de este estudio— sobre la *función* que han de cumplir las bases de las obligaciones contractuales permitiría una aproximación a su eventual *contenido*, esbozar alguna conclusión y pronunciarnos acerca de la *utilidad o inutilidad* de este título competencial reservado en todo caso al Estado.

Los anteriores pasos siguen un orden necesario y lógico. Pero desde el comienzo no se puede perder de vista el final. Y digo esto no porque considere que se debe trazar el camino analítico para llegar al resultado querido, sino porque las conclusiones alcanzadas —queridas o no— han de ser sometidas a escrutinio. Todo en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución ha de cumplir algún cometido[18] salvo que algún método interpretativo avale lo contrario: las bases de las obligaciones contractuales *a priori* han de ser "algo"; un "algo" además de ciertas dimensiones que justifique que sea una de las seis materias reservadas en todo caso al Estado. No obstante, y en un primer acercamiento, para mí las Sentencias 132/2019 y 157/2021 en particular muestran que en la jurisprudencia constitucional dichas bases son "poco" —o "muy poco", incluso— y no creo que las herramientas interpretativas utilizadas sean sólidas para justificarlo.

Que dichas bases sean poco para el Tribunal Constitucional es corolario de lo arriba descrito. La operación de llenado o vaciado del desarrollo (junto a la conservación y modificación) en materia de derecho de contratos conlleva el llenado o vaciado de las bases de las obligaciones contractuales y las dos anteriores sentencias razonan de forma muy favorable al derecho civil autonómico. Este esquema dual plantea además una interesante cuestión: cuál de los dos anteriores aspectos merece previa atención y determinación para pasar después al otro. En la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 2) se opta por abordar primero el desarrollo y después las bases de las obligaciones contractuales. En la Sentencia 37/2022, de 10 de marzo, atinente a una normativa catalana sobre contención de rentas en contratos de arrendamiento de vivienda, se dice expresamente lo contrario (fundamento jurídico 4): primero procede saber si la regulación impugnada respeta la competencia exclusiva del Estado en materia de bases de las obligaciones contractuales porque, de no ser así "resultaría irrelevante determinar si [tal regulación] puede ser considerada modificación, conservación o desarrollo". Nótese que la primera resolución es favorable a la competencia de la Comunidad autónoma, no así la segunda. De ahí la duda de si el orden de los factores altera el resultado o el resultado altera el orden y el contenido de los factores.

Que yo no considere acertada —según decía— la formulación de las bases de las obligaciones contractuales que ofrece el Tribunal Constitucional lo hilo también con lo anterior: aceptar con muchísima amplitud la posibilidad de conservar, modificar y

---

contractuales en relación directa con la competencia autonómica sobre conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles autonómicos.

18. Desde otra perspectiva, resalta la idea DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, p. 657.

desarrollar un derecho contractual autonómico ha exigido reducir las bases de las obligaciones contractuales a través de maniobras discursivas e interpretativas que pueden resultar etéreas, débiles, contradictorias y que han conducido a dar a dichas bases una nueva e inesperada función. Remarco que en este instante mi crítica se dirige a los argumentos y no al resultado de reducir las bases. Además, en tales razonamientos me atrevo a observar similitudes en la forma con la que el Tribunal Constitucional ha teorizado sobre el término desarrollo. Si este concepto se ha querido rellenar con el criterio de la conexión suficiente que formalmente dice una cosa y materialmente ha dicho varias y distintas, si más que una teoría consolidada se trata de unas directrices mutables sin que parezca posible adelantarse al resultado de su aplicación, si —en definitiva y según se ha dicho— la conexión suficiente "puede llevar a cualquier sitio"[19], atisbo que con la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales puede suceder lo mismo: una especie de colapso.

Reverbera así la advertencia del desánimo ante el esfuerzo que será infructuoso; desaliento que uno casi se pliega a compartir cuando en la Sentencia 157/2021 se apuntala la escisión entre lo civil y lo mercantil. Desde una perspectiva estrictamente competencial, dicho de forma muy resumida, "arrastrar" la materia contractual en general y de consumo en particular al artículo 149.1.6.ª de la Constitución (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil) y esquivar el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, supone abandonar la técnica por la estrategia. Este y no aquel título competencial presenta particulares escollos en la determinación del contenido de la materia y su titular competencial; aquel y no este afianza a una comprensión restrictiva de la competencia de las Comunidades Autónomas en las citadas materias[20]: unidad frente a pluralidad regulatoria. Tal estrategia, entre otros aspectos, fue objeto de la crítica realizada a los trabajos de la Sección mercantil de la Comisión General de Codificación (2013-2014)[21];

---

19. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), *Valencia, Tirant lo Blanch, 2029,* p. 32.

20. Este último aspecto lo subrayan los votos particulares de los magistrados Antonio Narváez Rodríguez (apartado III) y Alfredo Montoya Melgar (apartado XI) a la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019 cuando critican que la resolución, al analizar el encuadre competencial para regular la compraventa de consumo, prescinda del artículo 149.1.6.ª de la Constitución. Hasta la fecha, remarcan los votos particulares, en materia contractual el Tribunal Constitucional siempre había aplicado conjuntamente las reglas 6.ª y 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución.

21. Con pormenor, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, enero-marzo, n.º 1, pp. 12 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. "Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil: Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, octubre-noviembre, n.º 4, pp. 27-65; OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. I, julio-septiembre, n.º 3, pp. 58 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado.

exceso también censurado por el Consejo de Estado[22] y de lo que resulta en el año 2018 revisiones, cambios y recortes en los antedichos trabajos que no voy a abordar[23].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tendido a invocar de forma conjunta y genérica las reglas 6.ª y 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución cuando aborda la cuestión del reparto de competencias en materia de derecho de contratos y consumo[24]. Como ya he dicho, se elude tratar el tema de las bases de las obligaciones contractuales; síntoma quizás de la complejidad intrínseca al título competencial que incluso ha llevado a alguna voz a tildarlo de "residual" para poder huir de él[25]. Más allá de otras cuestiones de fondo, tal ambigüedad del Tribunal parecería querer garantizar flexibilidad para fundamentar futuros pronunciamientos[26], evitar que una afirmación categórica le condicione o le haga desdecirse o, incluso, no perder un asidero para apostar por la competencia exclusiva estatal ante la eventualidad de que se vacíe de contenido el concepto de las bases de las obligaciones contractuales. Este proceder ha sido matizado y ello acaso permitiría vislumbrar un cambio de orientación cuando las Sentencias 132/2019 (fundamento jurídico 2) y 72/2021 de 23 de abril (fundamento jurídico 4), atinente a una regulación extremeña en materia de consumo, señalan respectivamente que no solo la compraventa de consumo, sino que los contratos con consumidores "en general" son "en principio" materia civil a abordar desde el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Pero, como he adelantado, la posterior Sentencia 157/2021 insiste en la división entre lo civil y lo mercantil y la lectura conjunta que quepa hacer de estas resoluciones a tal respecto variará tanto como varían las lecturas del artículo 149.1.8.ª de la Constitución en su globalidad. Intuyo cierta desconexión y eventual contradicción entre estas resoluciones temporalmente muy próximas, así como la imposibilidad de anticipar cómo el Tribunal Constitucional comprenderá la relación entre las reglas 6.ª y

---

Propuestas de rectificación", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 64 y ss.

22. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 837/2014, de 29 de enero de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Código mercantil*, en particular consideración 9.ª. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837.

23. Destaco, por un lado, la muy sustancial reducción de la parte general sobre obligaciones y contratos mercantiles y, por otro, el mantenimiento de una exhaustiva regulación de la compraventa mercantil.

24. Por ejemplo, Sentencias 88/1986, de 1 de julio (fundamento jurídico quinto), 264/1993, de 22 de julio (fundamento jurídico quinto), 157/2004, de 21 de septiembre (fundamento jurídico undécimo), 54/2018, de 24 de mayo (fundamento jurídico sexto) y 13/2019, de 31 de enero (fundamento jurídico tercero).

25. *Vid.* el planteamiento de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, pp. 56 y ss. y sus consecuencias: eventuales dificultades para encontrar fuera del artículo 149.1.8.ª el apoyo para la competencia exclusiva del Estado en materia civil cuando así la sostiene, dado que la autora se aviene a la tesis de que dicho precepto solo atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las materias que "en todo caso" le son reservadas (pp. 19-20).

26. Desde otra perspectiva, similar reflexión en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 29, nota a pie de página 11, al referirse a la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.

8.ª del artículo 149.1 de la Constitución en próximas ocasiones. De nuevo, impresiones similares a las que provocan sus palabras sobre la conexión suficiente.

Ante el panorama anterior, donde impera la incertidumbre, no es de extrañar la posición que recientemente se ha adoptado desde la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en sus trabajos relativos a la modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil. La Propuesta de modernización del año 2009 (apartado X de la Exposición de Motivos) señala de forma específica y muy categórica que la reforma de los dos primeros títulos del Libro IV del Código se plantea con fundamento en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales. No hay duda —se reitera— de que todos los preceptos de dichos títulos son de tal naturaleza (bases). De forma genérica (artículo octavo) se apunta que la totalidad de la reforma, lo cual incluye los cambios propuestos para la regulación del contrato de compraventa del Código, se presenta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado *ex* artículo 149.1.8.ª de la Constitución[27]. Se observa, conforme a lo explicado, que se trata de una toma de postura de expansión de la competencia del Estado que supondría la contracción de la de las Comunidades Autónomas aludidas. No obstante, el texto revisado de la Propuesta del año 2023 guarda absoluto silencio sobre la cuestión competencial; silencio que acaso es expresión de un ánimo por evitar una controversia que se ventila más allá de lo jurídico, de un esfuerzo que se quiere soslayar por considerarse baldío o que se opta por postergar a otro momento o instancia distintos[28].

Yo no busco comenzar mi discurso con un derrotismo injustificado —pues las dificultades de una materia y la norma que la regula no es algo exclusivo del tema competencial— con el que anunciar una renuncia al análisis riguroso, aunque ya advierto que alguna renuncia me he visto obligado a hacer. No obstante, el artículo 149.1.8.ª de la Constitución se presenta como una "norma en blanco"[29] respecto de la cual se ha pedido de más al Tribunal Constitucional[30], quien ha tenido que realizar una labor constructiva más que

27. En su voto particular a la Sentencia 132/2019, el magistrado Alfredo Montoya Melgar (apartado XI) apunta que el listado de materias que la resolución considera bases de las obligaciones contractuales se debería haber ampliado en atención a lo expresado en esta Propuesta de 2009.

28. Nótese que, siendo integrante del grupo de trabajo encargado de realizar la revisión de la Propuesta en el año 2023, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, abril-junio, n.º 2, p. 3, señala expresamente que se abstiene de abordar la cuestión, aunque sea mínimamente, no solo por un tema de espacio, sino además porque entiende que "hace tiempo que dejó de ser jurídica".

29. Así califica el precepto GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro…", *op. cit.*, p. 4.

30. CALATAYUD SIERRA, A., *op. cit.*, p. 277, señala que hacer trabajar una y otra vez al Tribunal Constitucional para aclarar el inseguro marco constitucional no es lo más conveniente ni eficaz. Para el autor, cada recurso de inconstitucionalidad interpuesto no deja de ser un fracaso del sistema.

interpretativa de la norma[31] ante la ambigüedad de nuestro sistema civil plurilegislativo. Y dado que el vacío precepto ha sido henchido —decía— con inopinados elementos exógenos de resultados variables, la distancia que se crea entre cualquier estudio y la aplicación real de la norma se muestra acusada; acrecentada y persistente, después de cuarenta y seis años de vigencia de la Constitución. Es este distanciamiento, no la dificultad analítica, lo que hace dudar de la oportunidad del análisis.

Además, la indefinición del sistema civil plurilegislativo como muestra de una tensión constante entre unidad y pluralidad de legislaciones y legisladores civiles no es neutra sino buscada. Ha valido como cauce de otro debate heredado del pasado: una tensión constante entre unidad nacional o pluralidad de naciones[32]. Es expresión de una falta de compromiso que, a través de la letra del 149.1.8.ª, ampara discordantes "concepciones de España, de su historia y de su futuro"[33]. Preguntarse para qué sirve un código civil o cuáles son las funciones y las utilidades de la unidad y la uniformidad y de la pluralidad y —a veces— la desemejanza en materia civil, admite respuestas desde diversas perspectivas. Pero frente a la técnica y el servicio al ciudadano y lo cotidiano[34], ha pesado demasiado la dimensión territorial de la cuestión[35] y ello ha enturbiado el análisis del texto constitucional. No se trata de que su máximo intérprete haya dicho esto o lo otro en diversas ocasiones, sino que lo ha hecho respecto de una u otra Autonomía, supuestamente con fundamento en los mismos criterios y con el resultado de minimizar o extender la competencia sobre legislación civil de esta o aquella Comunidad. Ello se ha sentido como un agravio comparativo entre Autonomías, incluidas aquellas que carecen de competencia en materia civil[36], en lo que se ha descrito como un ambiente de enfrentamiento, conflictividad y dificultades en la coexistencia de los derechos civiles españoles[37]; percepciones que han incidido en el "tono" de algunas de las voces que, a lo largo de estos años, han abordado el artículo 149.1.8.ª e —intuyo— también han

31. DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 449, señala que la labor del Tribunal Constitucional habría de ser la de interpretar el bloque de constitucionalidad y no subsanar sus lagunas, acudiendo a criterios hermenéuticos de dudosa procedencia como, por ejemplo, la conexidad.

32. *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil…", *op. cit.*, pp. 24 y ss.

33. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, pp. 22-23.

34. *Ibidem*, pp. 36-37: "El señor del Derecho civil no es el soberano, sino los ciudadanos".

35. Como si de una obsesión se tratase, apunta GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, p. 90, nota a pie de p. 67.

36. *Vid.* las reflexiones de DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 428 y ss.

37. Evocan estas tres ideas respectivamente DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 22, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 50, y el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (fundamento 4) a la Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre, atinente a la regulación sobre la adopción y a la autotutela de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

espoleado el cambio de interpretaciones y posiciones sobre nuestro sistema[38]. Para mí, esta más o menos punzante agitación amenaza con condicionar el análisis jurídico[39] y, en consecuencia, es el segundo de los factores que desalienta acometerlo.

Con todo, el anterior contexto no tiene por qué ser del todo desalentador. En primer lugar, porque creo que esa acentuada lejanía entre el eventual análisis y la realidad aplicativa del art. 149.1.8.ª de la Constitución autoriza libertad en la reflexión, que no se ve constreñida por una pila de datos inequívocos ni una construcción teórica firme.

En segundo lugar, porque ante las interferencias que rodean el análisis, uno puede —advertido— tratar de ignorarlas. Por mucho que estén ahí[40], creo que procede actuar así. No solo por no querer participar en una contienda donde muchos de los argumentos provienen de las entrañas o porque considere que en estas líneas sobra cualquier manifestación sobre un trasfondo político y territorial que se ha querido instalar tras la cuestión de nuestra plurilegislación civil. En verdad creo que se habría de insistir en una idea que menciona Delgado Echeverría y de la que devendrá un debate en lo jurídico y el sosiego: la plurilegislación civil española es una "cuestión *en sí menor*, pero expresiva de los graves problemas históricos de fondo en la articulación de las distintas Españas"[41]. Y situada la cuestión en su cotidiano contexto donde también se destilan, aunque de otra manera, cuestiones de Estado —según decía, la atención a la persona y sus relaciones—, también se podrá relativizar no solo parte del argumentario que se ha querido magnificar, sino la cuestión en sí para mirarla con calma.

Yo he llegado a la conclusión de que la insistente pregunta o tensión entre pluralidad o unidad civil, que detecto latente siempre que se aborda la cuestión competencial, es una espiral de distorsión. Por un lado, porque resulta casi imposible desligarla de esa dimensión consolidadora del poder y la identidad del Estado-nación que acabo de apartar de mi análisis, que mueve el debate a un plano distinto de lo técnico y que, no está de más recordar, forma parte de una concepción de las funciones y utilidades de la legislación civil más propia de la codificación decimonónica que del siglo XXI[42]. Por otro lado, porque en realidad es una dicotomía falsa que contamina la observación. Y digo esto porque, en lo más subyacente, acaba conduciendo el debate a dos opciones: lo correcto o lo incorrecto, lo respetuoso o lo irrespetuoso, el valor o el disvalor, la igualdad o el agravio.

---

38. No he de aludir a ningún autor o magistrado respecto de lo que es una apreciación individual mía. Quizás el lector la comparta al consultar los materiales utilizados en este trabajo u otros, pues no he sido exhaustivo en la cita.

39. Reflexión cercana en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, p. 39.

40. Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 32, "el rostro político de la cuestión, hoy más conflictiva que hace cuarenta años, es insoslayable".

41. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil…", *op. cit.*, p. 53. La cursiva es añadida.

42. BARBA, V., "¿Es tiempo de codificar?", pendiente de publicación, 2025, p. 4, considera las características aludidas en el texto, junto a otras, como propias de los denominados "códigos de primera generación", no de posteriores. Agradezco al autor que me haya permitido consultar su trabajo.

Pero en realidad, la opción entre unidad y pluralidad civil responde a múltiples y legítimos intereses y razones de oportunidad que no se ajustan a una dualidad entre lo bueno y lo malo[43]. Dicho con amplitud, hay quien se pregunta qué sentido tiene la diversidad regulatoria en materia contractual, más aún en casos de convergencia en las soluciones y en la transposición del derecho europeo[44]; a lo que otros dirán qué sentido no tiene.

Tampoco se puede perder de vista que inclinarse, en mayor o menor medida, por una u otra orientación en ningún caso supone "tocar" algún elemento o valor esencial y fundante del ordenamiento jurídico que lo haga tambalear. La realidad plurilegislativa española está sujeta a principios inmanentes del sistema y no dejada a la arbitrariedad, al igual que lo estaría una eventual unidad. Y, en todo caso, ni esta eventual unidad de legislación civil[45] ni nuestra actual pluralidad se sitúan en la mencionada sustancia del derecho; son aspectos *circunstanciales*.

Además, estimo que no siempre se han orientado acertadamente esas críticas que apelan a la falta de predictibilidad en la aplicación de las normas, inseguridad jurídica o quiebras del sistema plurilegislativo español[46]; es necesario diferenciar dos planos para dirigir correctamente el reproche. Un sistema jurídico ha de aspirar a la coherencia y el sistema en la ordenación de su legislación, al servicio de la ciudadanía y los valores informantes de su tiempo. Aquí se ubica la discusión sobre la oportunidad de código civil[47]: en sí y dentro de *un mismo* sistema. Pero cuando se aborda la plurilegislación civil —y más allá de esa discusión sin fin sobre la opción entre unidad o pluralidad que ya he apartado— ha de tenerse presente que se habla de *distintos* regímenes jurídicos[48]: desde la perspectiva de su *propia existencia* —hacia adentro— se abordan los aspectos

43. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 25, dice que la pluralidad civil española no es un mal, sino un bien enriquecedor o, al menos, una realidad legítima. Creo que tiene razón el autor, al igual que la tendría quien en abstracto, con fundamento en diversos argumentos, pondere una eventual unidad de legislación civil. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2020, n.º 7, p. 22, señala que la Sentencia 132/2019 sienta las bases para la "destrucción total" de uno de los objetivos de la tarea codificadora: la unificación del derecho civil español; parecer frente al que cabría aducir las bondades sobre la pluralidad y que la total unificación no es en sí misma un ideal irrenunciable.

44. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro…", *op. cit.*, pp. 22 y 29-30.

45. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 33, lo recalca frente a las críticas a nuestro sistema plurilegislativo.

46. *Vid.* la mención que hace DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 467 y ss. a tales "riesgos" cuando se plantea una reforma constitucional que admita formalmente una plurilegislación civil más intensa y clara y cómo pretende combatir/desmentir aquellos con razonamientos distintos a los que yo utilizo en el texto.

47. Me remito de nuevo a BARBA, V., *op. cit.*, *passim*.

48. Lo dice la propia rúbrica del Capítulo V del Título preliminar del Código Civil: "Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles *coexistentes* en el territorio nacional". La cursiva es añadida: solo pueden *coexistir* dos o más realidades *distintas*.

de cohesión que se acaban de mencionar, mientras que desde la perspectiva de su *coexistencia* —hacia afuera— las disfunciones que se citan al comienzo de este párrafo se ventilan a través de normas de derecho interregional privado[49]; materia que en su totalidad y "en todo caso" es competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Es decir, que la plurilegislación civil no es *per se* impedimento para su solución[50]. Y en mi ánimo por relativizar toda esta problemática, habré de recordar que cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional alguna normativa civil de las Autonomías por una cuestión de competencia, mantiene la aplicación de la normativa expulsada a las situaciones jurídicas consolidadas durante su vigencia[51]; lo cual da cuenta de la poca medida en que su existencia ha trastocado el derecho español.

Opino, efectivamente, que la cuestión competencial es en sí menor; afirmación que hago respecto a otras realidades que reciben respuesta desde el derecho civil y que sé que no gustará. Pero entiéndase que así lo digo para apelar a la mesura, no con ánimo de banalizar nuestra situación de incertidumbre. Y una vez minimizado lo que ha sido magnificado, ubicada la cuestión en adecuados límites y dejadas atrás posibles distracciones, en la indefinición de nuestro sistema civil plurilegislativo —que se me presenta ya no tanto como un problema que exige solución apremiante, sino casi como una condición innata de nuestro ordenamiento—, procede un acercamiento al artículo 149.1.8.ª de la Constitución en clave normativa y de técnica-jurídica que —reitero— ha de otorgar algún cometido a todas las piezas del precepto.

---

49. La propia Sentencia 157/2021 (fundamento jurídico octavo) que se muestra muy favorable respecto a la competencia de Navarra para legislar en materia de obligaciones y contratos, aplica el indubitado criterio de que las normas para resolver conflictos de leyes es una materia que en su totalidad corresponde exclusivamente al Estado con el fin de declarar inconstitucionales un inciso de la Ley 11 y la totalidad de la Ley 12 del Fuero Nuevo. Recuerda que la Constitución "optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes".

50. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 36, recalca que otra cosa es que el Estado ejerza mal, "por omisión negligente", esta competencia en todo caso suya.

51. Como ejemplo de una cuantiosa regulación autonómica expulsada del ordenamiento, pero mantenida en su aplicación a las situaciones jurídicas consolidadas bajo su régimen, *cfr.* las Sentencias 82/2016, de 28 de abril, 110/2016, de 9 de junio y 192/2016, de 17 de noviembre, sobre distintas leyes valencianas en el ámbito del derecho de familia. En torno a la aplicación del artículo 164 de la Constitución y, sobre todo, del artículo 40 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional para determinar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional trae a colación el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) para no restringir la aplicación del último precepto citado a preservar la cosa juzgada, tal y como expresamente menciona, sino también situaciones jurídicas consolidadas. Para ello, dicho de forma muy resumida, el Tribunal Constitucional afirma que la declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia *pro futuro* y niega que tenga eficacia *ex tunc*. Así se pronuncia, en atención a jurisprudencia reiterada, en la Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013, relativa a la Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

En lo que sigue no hay detalle o exhaustividad analítica, sino reflexiones generales con las que —según decía— trato de aproximarme a la función y contenido de las bases de las obligaciones contractuales. Con tal fin, aludo al ambiente de indeterminación del sistema y las vicisitudes sufridas por el concepto "desarrollo". Ello permite introducir en el discurso esa lógica de expansión y contracción que se establece entre este término y el de "bases de las obligaciones contractuales" (epígrafe 2) y tener presentes las semejanzas en el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dispensado a ambos conceptos al realizar alguna anotación acerca de la función de las bases en atención a la más reciente jurisprudencia (epígrafe 3). Prosigo con una exposición "en tres escalones" con la que reflexionar sobre el contenido de las bases bajo ese prisma de utilidad o inutilidad y para cuya construcción me sirvo de pronunciamientos tempranos y actuales del Tribunal Constitucional en materia contractual arrancados completamente de su caso y contexto (epígrafe 4). Se me podrá achacar que es un proceder artificioso, pero se trata de un mero ejercicio donde trato de apostar por la reflexión y no por el dato concreto en un ámbito sin cerrar y absolutamente movedizo. Finalizo con unas breves impresiones que me genera la eventual reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos desde la perspectiva competencial (epígrafe 5).

2. EXPANSIÓN DEL DESARROLLO COMO PRELUDIO DE LA CONTRACCIÓN DE LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Comenzando con una alusión al precedente, la letra del artículo 149.1.8.ª de la Constitución resulta de una combinación del artículo 15 de la Constitución de 1931, el artículo 13 del Código Civil tras su reforma en 1974 y de innovaciones en la redacción agregadas en 1978; en particular, respecto de esto último, la expresión "conservación, modificación y desarrollo…". El precepto bebe, por lo tanto, de dos textos que rompen con la tónica inmediatamente anterior[52] y resumida en esa conocida frase recogida en la Ley de bases de 1888 y también reproducida en el antiguo artículo 12 del Código Civil de que los derechos civiles distintos al estatal se conservarían "por ahora". La expresión resulta de un bagaje que otorgaba a estos derechos el cariz de la transitoriedad, la especialidad e incluso el aire de lo indeseable frente a la aspiración de la unidad de Código; frente a una legislación civil estatal presentada con el aura de lo común y lo preeminente[53]. Pero la Constitución sitúa en pie de igualdad todos los derechos civiles españoles, estatal y autonómicos, que sin duda se pueden calificar de comunes en su acepción más conocida[54]; la Constitución asume la pluralidad y su vitalidad "con normalidad y para la normalidad"[55]. Cómo, cuánto y hasta dónde la asume, ya he dicho, es lo desconocido.

Se ha instalado el hábito de abordar el análisis del artículo 149.1.8.ª mediante su separación en tres incisos[56], aunque también se ha mirado con reparo las rígidas divisiones[57] acaso como advertencia para no perder de vista posibles sinergias entre las distintas partes del precepto. Por ejemplo, y a lo que ahora interesa, dado que las bases de las obligaciones contractuales no son toda la materia contractual, hay que mirar a otras partes del precepto para decidir quién puede legislar, y hasta dónde, sobre contratos. Dicho esto, y conforme a ese proceder común, el artículo apela en primer lugar a la competencia exclusiva del

---

52. *Vid*. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, p. 644 y ss.

53. Muy crítica con la consideración del Código Civil español como derecho común, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 57; calificación con la que entiende que se presenta el derecho estatal como jerárquicamente superior a los restantes derechos civiles españoles.

54. Reflexiona DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil…", *op. cit.*, p. 46, que la mejor manera de observar hoy el conjunto de los derechos civiles españoles es como un solo código sustantivo formado por una parte uniforme y otra plural.

55. Expresión de DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 25, cuando apunta que la plurilegislación es nuestra realidad, que continuará y que hay que gestionarla. Una panorámica sobre las ideas reflejadas en este párrafo las ofrece el autor citado (pp. 22 y ss.).

56. DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 64, dice que el precepto "se estructura en tres partes visiblemente diferenciadas".

57. Reflexiona DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal Constitucional…", *op. cit.*, p. 392: no es posible "entender el muy complejo contenido del art. 149.1.8.º según los moldes estrictos de las relaciones entre reglas y excepciones".

Estado sobre *legislación* civil[58]. En segundo lugar, apunta que tal competencia se ejerce "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo" de los derechos civiles propios por *algunas* Comunidades Autónomas ("allí donde existan")[59]. En tercer lugar, el precepto contiene un elenco de seis materias que "en todo caso" se reservan como competencia exclusiva del Estado y entre las que se encuentran las bases de las obligaciones contractuales. El irresoluble debate es cómo hacer encajar estos tres incisos.

Las teorías o aproximaciones al precepto se podrían exponer en diverso número y perspectivas[60]. Pero solo menciono los dos enfoques "más plausibles"[61] en su momento presentes en el fallo y los votos particulares de la Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, atinente a una regulación aragonesa sobre equiparación de hijos adoptivos.

Por un lado, el discurso oficialmente asumido por el Tribunal Constitucional lee los tres incisos del precepto como regla, excepción y reforzamiento de la regla[62]: es el Estado quien tiene la competencia exclusiva en materia de derecho civil "sin más posible

---

58. Remarca GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, p. 27, se trata de competencia sobre *legislación* civil (ley positiva) y no *Derecho* civil (construcción jurídico-científica).

59. Me abstengo de utilizar la expresión "forales o especiales" del texto constitucional porque, por un lado, el adjetivo de "foral" presenta distintas connotaciones según el bagaje jurídico-cultural de las distintas Comunidades Autónomas. *Vid.* las explicaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal Constitucional…", *op. cit.*, p. 365. Por otro lado, porque parece casi automático pensar que el calificativo "especial" alude a una "posición" de los derechos civiles autonómicos respecto al estatal; parecería que el término evoca ese halo de anomalía que en el pasado se atribuía a tales derechos. Lo curioso es que en el proceso de redacción del artículo 149.1.8.ª se propone añadir el término "especial" para aludir al futuro desarrollo por las Comunidades Autónomas de su derecho civil al entender que el concepto "foral", utilizado en soledad, responde a una concepción restrictiva de su potestad legislativa. No puedo detenerme en mayores precisiones. *Vid.* BOSCH CAPDEVILA, E., "La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, n.º 701, pp. 1102-1103.

60. Ya es un lugar común referirse a tesis "foralistas" para aludir a los posicionamientos restrictivos con la competencia de las Comunidades Autónomas y a tesis "autonomistas" para las interpretaciones extensivas de tal competencia. *Vid.* DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 87 y ss. Original es la clasificación de XIOL RÍOS, J. A., "Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209-210, para quien en términos abstractos hay tres concepciones sobre el artículo: la "foral residual", la "histórico-foral" y la "federal".

61. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 25.

62. Habla GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, p. 8, de "reserva competencial reforzada" al referirse a las bases de las obligaciones contractuales como competencia "en todo caso" exclusiva del Estado. Con mucho énfasis, en su voto particular a la Sentencia 132/2019, el magistrado Alfredo Montoya Melgar (apartado X) habla de la "distribución tripartita" y "en tres niveles" del precepto: atribución de la competencia "en principio" al Estado, seguida de un "límite" y este de un "contralímite".

excepción"[63] —si es que procede el uso de este calificativo[64], lo cual yo dudo en atención a lo ya explicado— que la conservación, modificación y desarrollo por ciertas Comunidades Autónomas de su derecho civil propio; eso sí, no sin límites[65]. No obstante, resulta muy difícil saber cuáles son materialmente estos para el Tribunal; suspicacia recalcitrante, salvo que se renuncie a la aplastante lógica que reclama detectar el criterio del Tribunal, que habría de ser único. Solo queda claro el mensaje formal de que las Comunidades Autónomas no lo pueden todo[66]; mensaje reiterado en general en las sentencias posteriores[67] y en particular en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que rechaza la indubitada opción[68] del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de apartarse del planteamiento anterior y seguir el que se expone en el siguiente párrafo[69]. En este contexto, el listado de las competencias "en todo caso" exclusivas del Estado especifica "un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo" el derecho civil autonómico[70]. Es decir, reiteración de la regla por mucho que idealmente la conservación, modificación o desarrollo alcanzasen las seis materias especificadas[71].

---

63. Sentencia 88/1993, fundamento jurídico primero.

64. Dice DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 84, que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil "es, simultáneamente, excepcional y exclusiva". Me parece aceptable lo segundo, pero no lo primero.

65. No se trata de "una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas", dice la Sentencia 88/1993, fundamento jurídico tercero.

66. Como bien explica XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, pp. 210 y ss., en las sentencias del Tribunal Constitucional se entremezclan pronunciamientos formal y materialmente expansivos y restrictivos de las competencias de las Comunidades Autónomas.

67. No creo que sea necesario aludir ahora a alguna sentencia en particular. Muchas de las citadas en este trabajo apelan a la doctrina de la Sentencia 88/1993 como referencia.

68. Lo ponen de manifiesto EGEA FERNÁNDEZ, J., "Competencia en materia de Derecho civil", *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 340 y ss.; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 1/2017, de 26 de gener, sobre el Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè [en línea]*, 2017, pp. 46-48. Disponible en: https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20171114131406-1.pdf.

69. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro...", *op. cit.*, p. 15 habla de la "interpretación imposible" del precepto. Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, pp. 26-28 y 38-39, el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña es inconstitucional, pero aduce motivos más allá de lo meramente político que habrían aconsejado no expulsarlo del ordenamiento. En resumen, que la Comunidad de Cataluña no se quedase formalmente sin título de asunción de competencias en materia de legislación civil.

70. Sentencia 88/1993, fundamento jurídico primero, donde se añade que las materias reservadas "en todo caso" no configuran una "norma competencial de primer grado".

71. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 30.

Por otro lado, el discurso alternativo entiende que el precepto contiene las siguientes dos reglas: determinadas Comunidades Autónomas tienen plena competencia en materia de derecho civil, al igual que el Estado, sin más límite que las competencias reservadas "en todo caso" a este.

Ante esta dicotomía, hay que señalar que no existe dato que de forma definitiva reclame optar por uno de estos dos caminos interpretativos que la letra del texto constitucional en abstracto ampara; el caso es qué sistema tiene cada uno en mente según se priorice una orientación de unidad o pluralidad legislativa.

Quienes se alinean con el discurso oficial dan valor al giro de redacción del artículo 149.1.8.ª en su proceso de elaboración: de un texto trasunto de la Constitución de 1931 que reserva una serie de materias al Estado mientras que las restantes podrían ser asumidas por *cualquier* Comunidad Autónoma, se pasa a otro donde la adición de la controvertida frase "sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo…" se entiende como una doble restricción: la de los sujetos competentes y la del alcance de la competencia que ya no va más allá de los límites —por elásticos que sean— de la expresada tríada. Y así se sostiene, por mucho que se reconozca que el constituyente no da razón del cambio ni de su alcance; por mucho que el intérprete considere que otra opción es mejor[72]. Me resulta sugerente el planteamiento porque se hace en términos de utilidad del texto: un significativo cambio de redacción manifiesta un importante cambio de contenido; no se trata de una cuestión de estilo[73]. No obstante, y a falta de otras explicaciones en los trabajos de elaboración del precepto, cabe entender que el cambio de redacción supone solo una restricción de los sujetos competentes y no una nueva restricción de la potestad legislativa que alcanza, como en el borrador original, todo lo no reservado "en todo caso" al Estado[74].

Quienes asumen el discurso alternativo acumulan varios argumentos que tampoco son definitivos. Se dice que la primera apelación a la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil solo alude a las Comunidades sin derecho civil propio[75]; argumento al

---

72. *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, pp. 647-648, que dice que el texto inspirado en la Constitución de 1931 debió de parecer excesivo o inadecuado al legislador. Afirma el autor, en tono crítico ante el cambio: "Del autonomismo al foralismo". En efecto entiende (p. 656) que habría sido "más correcto atribuir la competencia sobre el Derecho civil en su totalidad —con las necesarias limitaciones *ratione materiae*— a las Comunidades Autónomas en que hubiera vigente un Derecho civil peculiar". Pero insiste que esta última no es la opción de la Constitución. Reitera en DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal Constitucional…", *op. cit.*, p. 368.

73. Precisamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 27 y ss. da protagonismo a la interpretación gramatical del precepto para sostener la inconstitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y manifestarse en favor del discurso oficial.

74. En este sentido, BOSCH CAPDEVILA, E., *op. cit.*, p. 1133, a favor del discurso alternativo.

75. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, pp. 19-20; VAQUER ALOY, A., "La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*,

que cabe reprochar la rotura en pedazos de un precepto donde parece difícil negar que la cuestión de la plurilegislación civil impregna la totalidad de sus palabras. Se reflexiona qué sentido tiene que la Constitución reserve "en todo caso" algunas materias que ya no estaban presentes en los derechos civiles propios y que, según devendría del discurso oficial, en realidad las Comunidades ya no podrían legislar aunque no estuviesen en todo caso reservadas al Estado[76]; apreciación frente a la que cabe decir que un eventual y amplio desarrollo que acercase las legislaciones civiles autonómicas a tales materias daría pleno sentido a todas las reservas[77]. Se afirma que en la interpretación de la Constitución ha de tenerse en cuenta los estatutos de autonomía, normas integradas en el bloque de constitucionalidad, que pueden orientarse hacia el discurso alternativo[78]; pero a ello se puede oponer un argumento de posición jerárquica de las normas: los estatutos no son determinantes en la interpretación de la Constitución, sino al revés. En su caso, habría una especie de constituyente estatutario "*de facto*, pero no *de iure*"[79].

En línea con lo anterior, se aduce que una interpretación como la que formalmente sostiene el Tribunal Constitucional hace abstracción de la actividad legislativa de las Autonomías inclinadas hacia el discurso alternativo[80]; el artículo 149.1.8.ª ha de leerse en atención a la realidad actual y no la de 1978[81]. Aquí se cruzan dos argumentos, uno en la teoría impecable y otro en la práctica realista y favorecido por el propio sistema, que conviven en tensión. Porque si la legislación autonómica no es como tal parámetro de atribución competencial sino resultado —ajustado o no[82]— de la atribuida por la

---

(coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 52; voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos (fundamento 3) a la Sentencia 133/2017.

76. Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993.

77. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 30, nota a pie de página 12. De hecho, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, p. 657, interpreta las reservas competenciales "en todo caso" del Estado en el sentido de que el sistema visualiza que las Comunidades Autónomas legislen sobre materias sobre las que ni hubo ni hay derecho civil propio.

78. Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993. En la doctrina, EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 341.

79. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 36. También DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 231-232, relativiza la virtualidad de los estatutos en la interpretación de la Constitución y las reglas de competencia.

80. Como es sabido, es la crítica que en particular se hace a la Sentencia 31/2010. BADOSA COLL, F., "Sentencia 31/2010, de 28 de junio", *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 337-338; EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 344. Con anterioridad, BOSCH CAPDEVILA, E., *op. cit.*, p. 1133-1134.

81. Muy insistente GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, pp. 10 y 26. La autora se manifiesta a favor del discurso alternativo en GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 28.

82. Muy crítica ante lo que parece una sospecha casi automática de que los legisladores autonómicos se extralimitan en sus competencias, *Ibidem*, pp. 43 y 51. Cree DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 32, que hay que partir de lo contrario.

Constitución[83], la no puesta en marcha o renuncia a los mecanismos de depuración del sistema[84] según diversos estímulos acaba integrando en los ordenamientos civiles normas eventualmente inconstitucionales. Y tal integración está todavía más apuntalada cuando ya se admite[85] el desarrollo del derecho civil propio posterior a la Constitución[86].

Otro argumento, cuyos términos se han visto modulados por lo que inmediatamente se acaba de apuntar, consiste en denunciar que el discurso oficial limita el alcance de la competencia del legislador autonómico con aleatoriedad, pues, por la coyuntura de la época, algunos derechos civiles preexistentes llegan a 1978 con mayor o menor extensión en su contenido a través de las Compilaciones y —en consecuencia, se entiende— con mayor o menor posibilidad de desarrollo[87]. Aparece aquí la mirada al pasado; argumento histórico del que en esta materia se hace uso con diversos y a veces incompatibles fines: para articular una comprensión restrictiva de los derechos civiles autonómicos a través de la "garantía de foralidad"[88], si es que ello supera el mero discurso dialéctico[89], para reivindicar no solo la recuperación de la competencia de los legisladores autonómicos

83. Con profusión, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, pp. 34-36.

84. Recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles…", *op. cit.*, p. 35, que el recurso de inconstitucionalidad está sujeto a plazos de interposición y aduce diversas razones por las que entiende que la cuestión de inconstitucionalidad no es un mecanismo efectivo para la depuración del sistema.

85. Expresamente admitido en la Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3.

86. Para ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Reparto competencia en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, n.º 3, pp. 29-30, ignorar la legislación posconstitucional resulta perturbador. Entiende que no se crea un nuevo problema, pues una norma preconstitucional objeto de desarrollo también puede ser inconstitucional; apreciación sugerente, pero a precisar en el sentido de que el juicio de constitucionalidad de la normativa anterior a 1978 se basa exclusivamente en criterios sustantivos y no competenciales.

87. Voto particular del magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la Sentencia 88/1993. En la doctrina, EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 341, VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, pp. 57-58.

88. La garantía de foralidad ha sido criticada por considerarse un criterio externo a la Constitución, contrario a la manera ya descrita con que esta concibe el panorama plurilegislativo y cercana a planteamientos ya periclitados. *Vid.* los votos particulares de los magistrados Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos (quien también se suma al discurso alternativo sobre el artículo 149.1.8.ª) a la Sentencia 88/1993. VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 59, llega a calificarla de "garantía de petrificación".

89. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal constitucional…", *op. cit.*, pp. 380-381, concluye que es argumento teleológico absolutamente inútil. De "espejismo" habla VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 58.

Nótese, además, que la Sentencia 88/1993 se tiene como ejemplo de laxitud en la concepción de la "conexión" para permitir el desarrollo del derecho civil autonómico: DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 357-358; voto particular del magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón a la Sentencia 133/2017.

sino también su amplitud[90] o para denunciar la paradoja del propio artículo 149.1.8.ª y la tesis de la conexidad. En efecto, en el irresoluble dilema "historia-desarrollo", la progresiva expansión del desarrollo legislativo diluye el anclaje histórico sobre el que se construye el sistema asimétrico escogido por el constituyente y, en consecuencia, anima a cuestionar por qué no todas las Comunidades pueden legislar sobre derecho civil en un contexto que se comienza a sentir de injustificada desigualdad[91]. Y ante un Tribunal Constitucional que no acaba de aclarar qué relevancia concede a esos "derechos históricos" que en ocasiones menciona más allá de señalar que no son como tal título competencial[92], yo solo puedo recordar que el dato histórico es circunstancial y, por tanto, es legítimo concederle una u otra relevancia en atención a interminables razonamientos en ese otro irresoluble dilema "unidad-pluralidad" que acaban yendo más allá del estricto análisis normativo. El punto de partida es lo establecido en la Constitución, legítimamente podría haber sido otro[93] y el Tribunal Constitucional ha escogido una orientación sobre la trascendencia del dato histórico que, ante la ambigüedad de la norma, será más o menos criticable. Pero ante algo coyuntural, estimo que la aleatoriedad que se le achaca es un argumento que decae[94]. Cosa distinta es la indubitada relevancia del dato histórico como método interpretativo de la norma[95].

En fin, y ya acabo con los razonamientos a favor del discurso alternativo sobre el artículo 149.1.8.ª, se dice que entender que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre cualquier materia salvo las atribuidas "en todo caso" al Estado es el criterio "que se ha

---

90. En la doctrina, un ejemplo en GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 61. Este enfoque historicista de la competencia fue también la opción del legislador valenciano y a la postre rechazada por las Sentencias 82/2016, 110/2016 y 192/2016 relativas a distintas leyes atinentes a la familia. En sus votos particulares a estas tres sentencias, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos sí acepta la concepción histórica de la competencia del legislador autonómico, con argumentos sobre los que no puedo entrar, y se manifiesta en favor de la lectura que los votos particulares de la Sentencia 88/1993 hacen respecto al artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

91. Con profusión, DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 424-433 y 450-472; quien se muestra favorable a una reforma para instaurar un sistema "simétrico" como el de la Constitución de 1931, al que atribuye cierta aura de racionalidad, dando además por hecho que no es realista pretender igualar a la baja.

92. Cuestión excesivamente extensa para tratar aquí. Unas notas en XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, pp. 216 y 221, quien dice que se trata de declaraciones, como las recogidas en la Sentencia 31/2010, ya no *obiter dicta* sino *flatus vocis*. No hay contenido real en ellas, dice, salvo que se trata de una moldeable voluntad de ser menos estricto con la conexidad cuando se trata de una u otra Autonomía.

93. Una afirmación como la de EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 341 de que "el derecho civil catalán no nace con la Constitución" no es asumible desde toda perspectiva; desde luego, no desde la competencial.

94. Incluso cabría reflexionar que es aleatorio que las materias en todo caso reservadas al Estado sean las seis elegidas y no más o menos, incluso ninguna o toda la legislación civil; planteamientos, claro está, que la norma como tal ya no aguanta.

95. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 8.

aplicado *de facto* pacíficamente durante las dos últimas décadas"[96]; palabras que la realidad desmiente.

Fuera ya del debate sobre cuál de las dos anteriores orientaciones acoge el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, el discurso oficial, presentado como vía intermedia, no ha destacado por su virtud[97]: ha permitido resultados materialmente muy dispares con base en ese criterio de la "conexión suficiente" cuyas lindes no se acaban de conocer[98]. En su momento ya se pronostica que la letra del artículo 149.1.8.ª ampararía eventuales regulaciones autonómicas sobre derecho civil en general "sin otros límites claros" —si es que vale tal calificativo en este ámbito— que las materias en todo caso reservadas al Estado[99]. También, casi a modo de presagio del futuro problema, afirma González Campos que el criterio de la conexión deja abierto, entre otros interrogantes, si la proximidad a exigir "debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota"[100]. Esta potencial variabilidad se ha traducido en la coexistencia de sentencias restrictivas con la competencia de las Comunidades Autónomas con otras muy permisivas que, en sus consecuencias, se equiparan al discurso alternativo por mucho que en ellas se siga leyendo en fechas muy recientes que la Constitución garantiza "la existencia de determinados derechos civiles [...] teniendo en cuenta que solo se explican por suponer una particularidad o diversidad respecto de la regulación general contenida en el Código Civil"[101]. Esto sencillamente no es lo que la Constitución visualiza y, en realidad, ni siquiera su máximo intérprete saca verdaderas consecuencias de estas palabras u otras semejantes, como la apelación a la "peculiaridad" de los principios informadores del derecho propio como exigencia para admitir el desarrollo a través del puente de la conexión[102]. Nótese que en la actualidad se ha querido dar trascendencia a la apelación

---

96. VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, pp. 78-79, quien pondera además que se trata del enfoque que presenta los contornos más delimitados y seguros sobre la cuestión.

97. Será razonable en la teoría, pero es defectuoso en la práctica: DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 368 y ss. Como dice el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado IV) a la Sentencia 132/2019, "[e]l alcance y contenido concreto de la competencia autonómica en materia civil se halla en una zona con un innegable grado de indeterminación".

98. Recalca esto último GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La competencia del legislador gallego...", *op. cit.*, p. 34.

99. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, p. 658.

100. Voto particular del magistrado Julio Diego González Campos a la Sentencia 88/1993.

101. Sentencia 157/2021, fundamento jurídico noveno. Más acorde con el fallo, lo que se lee en la Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3 *in fine*: "la propia Constitución le reconoce [al legislador autonómico] y garantiza la posibilidad de alcanzar los tres objetivos deseables para cualquier ordenamiento jurídico, que se cifran no solo en su conservación y modificación, sino también en su desarrollo".

102. Por mucho que la Sentencia 88/1993, fundamento jurídico tercero, aluda a los "principios informadores peculiares" del derecho propio en el seno de las reflexiones que conducen inmediatamente a admitir el desarrollo de tal derecho, también señala en el fundamento jurídico segundo que para valorar si hay o no extralimitación competencial no se puede extraer ninguna consecuencia del hecho de que la regulación autonómica coincida con la estatal.

a la "peculiaridad" para restringir la competencia de las Comunidades Autónomas[103]. Pero creo que, en la lógica del Tribunal, lo "peculiar" no es lo privativo o exclusivo del derecho civil autonómico, sino lo propio o característico, entendido como *meramente* apreciable en él, es decir, un calificativo que nada añade[104].

Conexión orgánica en unas ocasiones y conexión institucional en otras, laxitud en la conexión a veces y rigurosidad otras y, en consecuencia, una comprensión respectivamente amplia o restrictiva de la competencia en diversos casos sin que se acabe de entender perfectamente por qué en lo que el Tribunal Constitucional presenta como una jurisprudencia continuista[105]. Si no fuera técnicamente imposible, acaso cabría hablar de varias jurisprudencias.

En una ocasión, García Rubio preguntó al magistrado Xiol Ríos por qué el Tribunal Constitucional insiste en emplear el criterio de la conexión suficiente, a lo que este respondió, con prudencia y laconismo, que a veces es difícil romper con inercias[106].

Llega el momento en el que el Tribunal ya no puede eludir el abordar las bases de las obligaciones contractuales: ha de juzgar la constitucionalidad desde la perspectiva competencial del libro VI del Código Civil de Cataluña sobre obligaciones y contratos —recuérdese— todavía en vías de culminación, no se trata —como en el pasado— de aspectos concretos de la realidad contractual[107] y la Sentencia 132/2019 opta por avalar la expansión del desarrollo a través de la conexión suficiente.

---

103. Votos particulares de los magistrados Andrés Ollero Tassara (apartado III *in fine*) y Antonio Narváez Rodríguez (apartado III) a la Sentencia 132/2019. También en el voto particular (*in fine*) del magistrado Andrés Ollero Tassara a la Sentencia 157/2021. En la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 8.

104. La Sentencia 132/2019, fundamento jurídico 3 *in fine*, prescinde del adjetivo "peculiares" cuando alude a la conexión "el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo [el Derecho propio] y con los principios que lo informan".

105. En su voto particular (*in fine*) a la Sentencia 133/2017, dice el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón que el Tribunal "aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil". GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La competencia del legislador gallego…", *op. cit.*, pp. 13-14, se muestra muy crítica con la "línea argumental aparentemente continuista" del Tribunal Constitucional que, a su entender, en realidad es rupturista en el caso gallego. A lo largo de su trabajo, la autora explica desde distintos ángulos la radical ruptura que esta última sentencia representa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8.ª de la Constitución.

106. Durante el Congreso "La Constitución y los derechos civiles españoles cuarenta años después: Su evolución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 13 y 14 de diciembre de 2018.

107. No estoy de acuerdo con FOSSAS ESPADALER, E., "La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2014, n.º 2, p. 371 cuando plantea que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cabría quizás deducir que, para el Tribunal, la reserva competencial específica sobre las bases nada aporta a la reversa general sobre legislación civil.

Se apuesta por la vía del crecimiento orgánico del ordenamiento jurídico civil autonómico visualizado "en su conjunto" y se rechaza la conexión institucional[108]. Ello se aplica con todas sus consecuencias para considerar que la normativa impugnada sobre compraventa, incluida la de consumo, la permuta, el mandado y la gestión de negocios sin mandato[109] "se incardina de forma natural"[110] en el conjunto del ordenamiento vigente y también de la Compilación, por mucho que su incompleta regulación se refiriese de forma más o menos evidente a distintos aspectos de tales contratos. Además, se relativiza el tema de la cantidad para convalidar una extensa producción normativa frente al rechazo en otras ocasiones de regulaciones más acotadas[111]; aspecto donde acaso reaparece la sombra de ese otro debate sobre unidad o pluralidad y la pregunta sobre la oportunidad de código que encauza posicionamientos que van más allá de lo jurídico.

Haré tres apuntes. Como evidencia, aunque la conexión se presenta como elemento para evaluar la constitucionalidad del ejercicio de una competencia que se asume como punto de partida limitada conforme al discurso oficial[112], la sentencia la acaba utilizando como elemento de potenciación de la competencia en términos materialmente paralelos al discurso alternativo[113]; de ahí el reproche que se le hace[114] y que se pueda entender que quienes sostienen este último planteamiento afirmen que la conexión orgánica no es un verdadero impedimento para así articularlo, sin perjuicio del recelo que el criterio

108. Fundamento jurídico tercero. Como dice ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 25, no se trata de una verdadera novedad, al contrario de lo que, por ejemplo, sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 16. Con anterioridad, ya señala XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, pp. 213, que se trata de una concepción de la conexión que se encontraba "durmiente" en las declaraciones del Tribunal.

109. *Vid.* fundamentos jurídicos cuarto y quinto.

110. La expresión "natural encaje" de la Sentencia 133/2017 (fundamento jurídico séptimo), como si se tratase de un nuevo frente abierto que abordar en esta materia, parece causar desasosiego a GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La competencia del legislador gallego…", *op. cit.*, p. 18.

111. En la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico cuarto) se dice: "la inconstitucionalidad de una norma no viene dada por su extensión o detalle, sino por su extralimitación material". En cambio, en la Sentencia 133/2017 (fundamento jurídico sexto) se rechaza lo que se considera un intento de "codificación *ex novo*" de dos materias concretas de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

112. Fundamento jurídico tercero.

113. Nótese que el ponente de la Sentencia 132/2019 en su momento no se muestra de acuerdo con el criterio conforme al cual "la conexión opera como límite para el desarrollo". *Vid.* su voto particular (apartado II) a la Sentencia 82/2016, donde se manifiesta a favor del discurso alternativo; voto reiterado en las Sentencias 110/2016 y 192/2016.

114. En este sentido, todos los votos particulares. En la doctrina, dice GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, p. 26, que no puede compartir "que, a la postre, todo valga como conexión, por indirecta o incluso imaginaria que esta sea". BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 16, señala que se prescinde de la conexión, aunque se mantenga en la forma.

causa ante un eventual viraje por parte del Tribunal en su comprensión[115]. Como consecuencia, dado que el Tribunal avala la constitucionalidad de toda la regulación impugnada, salvo un precepto, se ve en la necesidad de reducir la virtualidad de las bases de las obligaciones contractuales. Como apreciación, he de decir que parece lógico pensar que inclinarse hacia el discurso oficial o el alternativo lleva implícito mostrarse respectivamente más o menos favorable a la competencia de las Comunidades Autónomas y trasladar tal parecer a la lectura del artículo 149.1.8.ª en general y de las bases de las obligaciones en particular; pero esta es una impresión falsa. En la Constitución de 1931 el discurso ahora alternativo era el oficial y ello no impidió —vuelvo sobre la cuestión enseguida— al Tribunal de Garantías Constitucionales realizar en su Sentencia de 8 de junio de 1934 una lectura amplia de las bases de las obligaciones contractuales con la consecuente contracción de la competencia de las Autonomías sobre legislación contractual. La anterior lógica es, por tanto, una tendencia y no una coherencia técnica y, en definitiva, acercarse al discurso oficial o alternativo no ha de condicionar el análisis sobre las bases[116].

115. *Vid.* en particular las reflexiones de GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, pp. 59 y 72. También EGEA FERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, p. 341; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *op. cit.*, p. 49.

116. Desde otra perspectiva, una reflexión cercana en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 21.

3. Función de las bases en unas notas sobre el intento de crear doctrina por parte del Tribunal Constitucional

He escuchado decir a Álvarez González que es preciso abordar el concepto de "bases de las obligaciones contractuales" como paso previo para tratar su contenido[117]. Pero he sustituido el análisis del concepto por el de su función. Quizás se me achaque que busco seguir un camino más fácil, a lo que respondo que no se trata de una opción querida, sino de una renuncia tras cavilaciones infructuosas que me han conducido al absoluto recelo hacia la búsqueda de un concepto al que atribuyo artificiosidad y falta de arraigo.

De poco vale la mirada al pasado, pues el contexto de la Constitución de 1931 donde nace tal concepto apenas nos ilustra para su lectura actual. Entre otras posibles variables, se apela a la cuestión agraria como aliciente para la configuración de las bases de las obligaciones contractuales como competencia exclusiva del Estado[118] cuando hoy en día existe al menos una implícita aceptación[119] —querida o no— de que las existentes regulaciones autonómicas sobre contratos agrarios o vinculados con el campo *precisamente* no afectan tales bases en la medida en que no han sido objeto de impugnación ni anulación[120]. Nótese que no se trata de normas que aborden aspectos tangenciales de la contratación y que acaso se ven amparadas por su carácter idiosincrático[121] o el parecer que en su momento manifiesta la Sentencia 121/1992, de 28 de septiembre, al avalar la constitucionalidad de la ya derogada legislación sobre arrendamientos históricos valencianos. Sea como fuere, el debate sobre las bases de las obligaciones contractuales se sitúa hoy en día —al igual que para algunos en el

117. Durante el Congreso "La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidade de Santiago de Compostela los días 9 y 10 de julio de 2024.

118. Evoca la cuestión GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, pp. 101 y ss.

119. Una reflexión al respecto en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución", *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, 1986, vol. 34 segunda época, julio-diciembre, n.º 2, fasc. 77, p. 323.

120. *Vid.* por ejemplo la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias de Valencia, o la regulación de los arrendamientos rústicos y las aparcerías de la Ley de Derecho Civil de Galicia.

121. Aunque se ha visto superada por la realidad legislativa y quepa dudar que, como tal, se trate del valor preeminente que busca proteger el reconocimiento constitucional de la pluralidad civil, la idiosincrasia cultural y jurídica de los derechos civiles autonómicos, o que los ciudadanos no se vean privados de aquello que utilizan y que sea susceptible de actualización, forma parte del argumentario de quienes otorgan mérito a nuestra realidad plurilegislativa. *Vid.*, por ejemplo, y respectivamente, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro…", *op. cit.*, p. 29; CALATAYUD SIERRA, A., *op. cit.*, pp. 278-279.

pasado[122]— en un plano mucho más general del derecho de contratos. Precisamente por esta razón, para interpretarlas tampoco concedo autoridad como antecedente histórico a la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de junio de 1934 que, en un contexto que va mucho más de lo competencial, declara la nulidad de una regulación catalana sobre contratos de cultivo y contiene pronunciamientos sobre las bases que incluyen en su seno la regulación de los tipos contractuales precisamente para evitar vaciarlas de contenido[123]. Y dado que la elaboración del texto constitucional de 1931 no aporta tampoco datos destacables al respecto y los pronunciamientos posteriores de la época se reducen a discusiones parlamentarias de tono político donde se entremezclan discursos que amplían o reducen las bases[124], insisto en que la interpretación histórica poco ilustra sobre el concepto.

Tampoco la elaboración del artículo 149.1.8.ª de la Constitución dice demasiado al respecto. Se traen, acaso por inercia, esas "bases de las obligaciones contractuales" de 1931 como expresión de compromiso, *rectius* de total falta de compromiso, sobre la que se articulan distintos relatos técnicos y no tan técnicos sobre nuestro sistema: lo dicho sobre el precepto en general y el concepto de desarrollo en particular, se reproduce en las bases[125]. Y del hecho de que en su momento se rechaza una enmienda que pretende sustraer de la reserva en todo caso sobre tales bases las que, eventualmente, ya estén vigentes en los derechos civiles autonómicos a través de las compilaciones estatales, tampoco extraigo particulares deducciones para acercarme al concepto, pues se desconocen mayores datos sobre las circunstancias de tal rechazo. Con todo, el suceso ha valido para encauzar lecturas restrictivas sobre la competencia de las Autonomías en materia contractual[126].

---

122. Entiende DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, p. 660, que la Constitución de 1931 "*probablemente*, quería excluir toda diferencia legislativa regional en temas como capacidad para contratar, invalidez, rescisión o prescripción, diferencias que podrían perjudicar la seguridad del tráfico". La cursiva es añadida: nótese que habla de probabilidades y no de certezas.

123. *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, pp. 101-104. Aunque la autora dice que, por el contexto de la época, hay que traer a colación dicha sentencia con cautela, por el tono de su discurso se aprecia que le concede importancia. Como contraargumento al fallo de la Sentencia 132/2019, la cita BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 21.

124. *Vid.* el estudio de BOSCH CAPDEVILA, E., *op. cit.*, pp. 1067 y ss., en particular 1088-1092, donde pueden leerse las distintas lecturas que se hacen sobre las bases de las obligaciones contractuales en el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1932.

125. Precisamente por la falta de claridad en los precedentes, FOSSAS ESPADALER, E., *op. cit.*, p. 360 critica que se haya mantenido la específica alusión a las bases.

126. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, pp. 660-661, interpreta el rechazo a la enmienda como un reconocimiento de la competencia de las Autonomías para legislar en temas de obligaciones y contratos presentes en las Compilaciones pero entendida restrictivamente, es decir, sin permitir ir más lejos de lo que en 1978 es derecho vigente. El voto particular del magistrado Antonio Narváez Rodríguez (apartado IV) a la Sentencia

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por su parte, es un camino sin fin. Hago ahora abstracción de la doctrina anterior a la Sentencia 132/2019 de la misma forma que en esta —o en la Sentencia 157/2021— lo hace el propio Tribunal respecto de pronunciamientos incluso inmediatamente anteriores, según se irá viendo en las líneas que quedan de este trabajo[127]. El Tribunal ofrece palabras de difícil o casi imposible aprehensión: las bases de las obligaciones contractuales recogen el "núcleo esencial de la estructura de los contratos y [...] los principios que deben informar su regulación", un ánimo por "garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional". En fin, las bases atañen a "aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional"[128]. Y como si esa referencia a la estructura del contrato se tratase de una invitación directa a escudriñar el concepto de bases de las obligaciones contractuales, es Gete-Alonso y Calera la primera voz —o eso estimo— en ofrecer —todavía en 2024— un análisis técnico del concepto mediante la diseminación de las palabras de la expresión[129]. Se podrá estar de acuerdo o no con las conclusiones que de ahí extrae; eso ahora no importa. El caso es que el esfuerzo analítico realizado y mi ánimo por plasmar las reflexiones que sugiere quedan respectivamente empañado y neutralizado por la deriva que toman las anteriores palabras del Tribunal.

Porque en un discurso en el que se entremezclan diversas variables, se reivindica el rol de la autonomía de la voluntad en un régimen eminentemente dispositivo, el derecho contractual, para la configuración de las bases de las obligaciones contractuales. Se anuncia en las Sentencias 132/2019 (fundamento jurídico 6) una idea que el Tribunal Constitucional posteriormente articula: asumida la autonomía de la voluntad como unas de las bases de las obligaciones contractuales, las Autonomías han de *respetarla* —vuelvo después sobre esta idea— para superar una evaluación de constitucionalidad desde el punto de vista competencial y no del contenido sustantivo. Pero apelar al respeto de la esencia misma del contrato y, en consecuencia, del derecho contractual que mal podría existir sin ella, fuera estatal o autonómico, se presenta como un criterio infructuoso, un camino para la arbitrariedad, si lo que se pretende es delimitar el concepto de las bases con el fin de decidir quien tiene o no competencia para legislar en materia contractual: lo que sustantivamente es tan obvio, no vale para resolver un problema competencial. Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante al respecto, ello se observa cuando en la

---

132/2019 trae a colación el episodio de dicha enmienda para hacer una lectura todavía más restrictiva en materia de bases.

127. En su voto particular (apartado VII) a la Sentencia 132/2019, dice el magistrado Ricardo Enríquez Sancho que la resolución "prescinde y, en ocasiones, contradice" razonamientos de sentencias anteriores.

128. Sentencia 132/2019, fundamento jurídico sexto.

129. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial...", *op. cit.*, pp. 10 y ss.

Sentencia 157/2021 (fundamento jurídico 9) el argumento se utiliza, junto con otros, para avalar la constitucionalidad de las Leyes 511 y 495 del Fuero Nuevo de Navarra[130]. Pero en la ya citada Sentencia 37/2022 [fundamento jurídico 4, c)] se declara inconstitucional una normativa catalana en materia de contención de rentas en alquileres de vivienda al entender que las limitaciones a la libertad de pacto sobre la renta no respetan el modo en el que el Estado configura la autonomía de la voluntad, concebida como base de las obligaciones contractuales, en referencia a este contrato. Posteriormente, ello se aplica como *único* argumento en la Sentencia 150/2022 (fundamento jurídico 4) para también declarar inconstitucional otra normativa catalana sobre el restablecimiento del equilibrio de las contraprestaciones en arrendamientos de negocio pensada para la época del COVID-19; sentencia que cuenta con un voto particular del magistrado Xiol Ríos. El ponente de la Sentencia 132/2019 no está en desacuerdo con el fallo, pero sí con una argumentación sobre la autonomía de la voluntad que, como base de las obligaciones contractuales, parecería que se convierte en un intangible para las Autonomías que a la postre convertiría el derecho contractual en su conjunto en algo indisponible para el legislador autonómico al ser aquella el fundamento de este. Y con ánimo de aclarar la doctrina de la citada sentencia sobre las bases, hila esas alusiones a la estructura del contrato y las categorías generales arriba expuestas en unas complejas reflexiones que parece que se mueven en un discurso cimbreante entre si las Comunidades Autónomas pueden o no regular tipos contractuales y si lo pueden hace de forma distinta al legislador estatal.

Si de lo dicho en el año 2019 desde el Tribunal Constitucional se han hecho las anteriores lecturas en el año 2022, habré de señalar que se trata de una aleatoriedad discursiva y constructiva semejante a la que se ha hecho del concepto desarrollo: las lecturas han sido estas, pero podrían haber sido otras (como la de la Sentencia 157/2021). Por tanto, pretender llegar a alguna conclusión sobre el concepto de las bases a través de las palabras del Tribunal me parece, si no un imposible, sí al menos un ejercicio para el mero deleite teórico o un camino para frustración.

Yo renuncio a tratar el concepto porque no me permite *ver* nada sobre las bases de las obligaciones contractuales, pero, en cambio, sí arroja luz abordar su función. Porque es una evidencia que en esa permanente tensión entre unidad y pluralidad, las bases de las obligaciones contractuales, junto a las otras competencias en todo caso exclusivas del Estado, son un celo por la unidad de legislación y legislador; es una ponderación de la unidad como valor. ¿Por qué motivos? Me remito al eterno debate[131]. ¿Con qué alcance? Hago unas brevísimas reflexiones al respecto en el siguiente epígrafe.

---

130. Vuelvo sobre la cuestión unos párrafos más adelante.

131. DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 99-100, dice escueto: el inciso final del artículo 149.1.8.ª "atiende a la finalidad de que el elenco de materias que enuncia cuente con una regulación unitaria y uniforme en todo el territorio del Estado". Relaciona el precepto con los artículos 2, 139 o 149.1.1.ª de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, no obstante, se desmarca de este entendimiento. Se insinúa en la Sentencia 132/2019[132] pero se dice claramente en la Sentencia 157/2021[133]: agarrándose a una "mera afinidad literal"[134], el Tribunal entiende que entre bases de obligaciones contractuales y derecho civil propio en materia contractual se establece una relación de legislación básica y legislación de desarrollo que se traduce en el siguiente método de evaluación: si la normativa autonómica respeta/se adecua/se ajusta a las bases, se pasa el filtro de constitucionalidad; filtro que también se supera cuando, en el desarrollo de las bases, estas se repiten. A mayores, como si de un argumento tranquilizador se tratase y sin que en todo caso quede claro si se está ante una cuestión atinente a las bases para el Tribunal, a veces se añade o sencillamente se reflexiona que una determinada norma o regulación autonómica repite o coincide con la estatal[135]. Esta es la tónica que se inicia con la Sentencia 132/2019[136], que se sigue en las posteriores y que trasciende al concreto análisis sobre la constitucionalidad de este u otro precepto de la normativa autonómica.

A mi entender, en este ámbito no es posible aplicar la lógica de legislación básica y de desarrollo con la consiguiente admisibilidad de la *lex repetita*[137]; lógica que, además, se predica solo de una y no de todas las materias en todo caso reservadas al Estado[138]. "Bases de las obligaciones contractuales", por un lado, y "conservación, modificación y desarrollo", por otro, son competencias exclusivas del Estado y las Autonomías, respectivamente. No hay competencias compartidas en este punto[139] que avale la

---

132. A lo largo de sus fundamentos jurídicos, se dice que en materia contractual existen competencias legislativas compartidas entre el Estado y las Autonomías.

133. Fundamento jurídico noveno, apartado c): "conforme a la doctrina de la STC 132/2019, FJ 6, la expresión "bases de las obligaciones contractuales" [...] debe entenderse como sinónimo de la expresión "normativa estatal básica", lo que, a efectos de examinar la posible inconstitucionalidad de una norma, remite en última instancia a la relación legislación básica-legislación de desarrollo, en ámbitos de competencia legislativa compartida".

134. Expresión de Andrés Ollero Tassara en su voto particular (apartado V) a la Sentencia 132/2019.

135. Describe ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 36, esta idea de la comprobación de la repetición como un "*regla automática* de salvaguarda". La cursiva es de la autora.

136. Fundamento jurídico séptimo.

137. Aunque lo contrario se diga en el fundamento jurídico séptimo, apartado D), de la Sentencia 132/2019 y se reitere en el fundamento jurídico 9, apartado f), de Sentencia 157/2021.

138. Como ejemplo, la Sentencia 157/2021 aborda la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflicto de leyes y las bases de las obligaciones contractuales. Pero la lógica de base-desarrollo que aplica a la segunda no procede respecto de la primera y declara inconstitucionales el inciso final de la Ley 11 y la totalidad de la Ley 12 del Fuero Nuevo.

139. Con diversidad de argumentos, así lo entienden todos los votos particulares a la Sentencia 132/2019. En la doctrina, FOSSAS ESPADALER, *op. cit.*, p. 363, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código...", *op. cit.*, p. 98. La cuestión, si se quiere hacer un seguimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, no está exenta de dificultades, *vid.* las notas de ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, pp. 34 y ss., quien entiendo que sustenta la idea de que se trata de legislación compartida.

admisibilidad de la *lex repetita* y, al menos conforme a la propia doctrina del Tribunal Constitucional también aplicada en materia contractual pero que este órgano ha decidido no atender en el presente caso, lo que es una competencia exclusiva del Estado como regla no es susceptible de ser regulada ni parafraseada por las Autonomías[140]. Para ser coherentes con la idea de que los derechos civiles autonómicos, como el estatal, constituyen "verdaderos sistemas normativos"[141], sean más o menos completos, hay que decir que un sistema no desarrolla otro más supremo, esencial o *básico*, sino que dos o más sistemas a lo sumo conviven[142]. En definitiva, *respetar* las bases habría de significar no regular aquello sobre lo que las Autonomías no tienen competencia; no integrarlas de una u otra manera en la regulación autonómica. El *límite*, bien configurado, implica inaccesibilidad y no acoplamiento[143].

Con todo, transformada la primigenia función de las bases de las obligaciones contractuales —cambiado el esquema de unidad-pluralidad legislativa por el de legislación básica-desarrollo— la reducción de su potencia[144], con la consecuente expansión del desarrollo propiamente dicho y la admisibilidad de la conservación cuando se desarrolla lo básico, no ha supuesto la pérdida de toda su posible dimensión pragmática. La manera en que el Tribunal concibe las bases de las obligaciones contractuales en estos últimos años no equivale en todo caso a una carta blanca a la potestad legislativa de las Autonomías. En ocasiones se les ha negado la competencia, como así lo muestran las citadas sentencias del año 2022; resoluciones que presentan argumentaciones y fallos

---

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases…", *op. cit.*, pp. 304 y ss. y 321, asume la lógica de legislación básica y de desarrollo y competencias compartidas en esta materia, aunque posteriormente cambia de parecer en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *op. cit.*, p. 17.

140. *Vid.* por ejemplo la Sentencia 54/2018, fundamento jurídico sexto, apartado c), que aborda la constitucionalidad de diversos preceptos del Código de Consumo de Cataluña.

141. Idea recogida en la Sentencia 132/2029, fundamento jurídico tercero.

142. Vuelvo a apelar a la rúbrica del Capítulo V del Título preliminar del Código Civil: "Ámbito de aplicación de los *regímenes jurídicos civiles coexistentes* en el territorio nacional". Cursiva añadida.

143. Por lo dicho me resulta contradictorio que la Sentencia 132/2019 hable de competencias compartidas y que en su fundamento jurídico sexto señale que las bases "no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las Comunidades Autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas". Esa idea de la sentencia de "respetar" las bases, incluso repitiéndolas, se encuentra con anterioridad en CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *op. cit.*, pp. 93 y ss. aunque se rechaza la lógica de legislación básica y de desarrollo (p. 63). Reflexiona GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 83: "¿Se habían leído este Dictamen los miembros del Tribunal?". La autora concibe este "respeto" a las bases como límite a la competencia de las Autonomías —"la legislación autonómica debe acatar ese principio/base, tenerlo en cuenta, no contrariarlo, no ignorarlo", dice— pero también rechaza la lógica base-desarrollo. *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, p. 29.

144. En su voto particular a la Sentencia 157/2021, el magistrado Antonio Narváez Rodríguez habla de una concepción minimalista de las bases.

que, respectivamente, ni entiendo en su totalidad ni comprendo por qué se siguen como consecuencia de la doctrina general sobre las bases. Sea como fuere, en estas sentencias intuyo un mensaje que parece haberse sustraído de la lógica base-desarrollo y que quizás está en vías de consolidación[145]: la admisión de la potestad legislativa de las Autonomías en materia contractual pasaría porque su regulación se corresponda, total o sustancialmente, a la del Estado; una especie de regla espejo. Y de este estado de la cuestión tal vez deviene una curiosa doble sensación de amargor: la de quienes consideran que se ha llevado la pluralidad demasiado lejos y la de quienes ven que la extensión de la competencia autonómica en materia contractual no se ve acompañada de una verdadera libertad decisoria sobre cuál ha de ser su contenido, pues este viene, en cierta medida, previamente definido por otro legislador[146].

La panorámica general que ofrece el Tribunal Constitucional sobre la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de derecho de contratos y las bases de las obligaciones contractuales queda redondeada, junto a lo dicho sobre el "desarrollo" y extrapolado a la "conservación", con otras dos variables a tener en cuenta.

Se ventila con suma rapidez la admisibilidad de la "conservación" del derecho civil propio, sin profundizar en cómo eventualmente interactuaría con las bases de las obligaciones contractuales. Entre otros razonamientos, para sustentar la constitucionalidad de la Ley 511 del Fuero Nuevo sobre la cesión de créditos y el derecho de retracto del deudor[147], argumentos que se trasladan al análisis de la Ley 495 sobre la dación en pago, destaca el Tribunal Constitucional que "el legislador navarro no se ha adentrado a regular ámbitos hasta ese momento no normados por el derecho foral navarro sino que se limita a conservar ese derecho preexistente, en el sentido de que incorpora el previo contenido de la Compilación al ordenamiento autonómico, sin introducir en ese contenido modificaciones sustantivas sino puramente instrumentales. No se trata de una operación de desarrollo del derecho civil foral sino de algo mucho más modesto […]".

---

145. Téngase en cuanta que, con posterioridad a las sentencias del año 2022 citadas, el Tribunal Constitucional dicta la Sentencia 120/2024 de 8 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley catalana 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda. *Cfr.* el fundamento jurídico 5 de la resolución que, para declarar inconstitucional parte de la normativa autonómica, reitera los razonamientos de sentencias anteriores en torno al rol de la autonomía de la voluntad de los contratantes como criterio para resolver conflictos de competencia en un ámbito (las bases de las obligaciones contractuales) que se considera de legislación compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas con derecho civil propio.

146. De ahí, quizás, que quienes se muestran favorables a una amplia competencia de las Autonomías en materia de contratos sustraigan los casos de las Sentencias 37/2022 y 150/2022 de la regla 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución para situarlos en la regla 13.ª. *Vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, pp. 9-10.

147. Fundamento jurídico noveno.

Esta idea de la modestia/intrascendencia no se puede compartir[148] porque, por mucho que aquí no haya una lógica de quien puede lo más puede lo menos, el admitir lo menos, la conservación, abre la puerta a la duda de si Navarra puede lo más: el desarrollo —sin límites claros o incluso sin límite alguno— de su considerable regulación en materia de obligaciones y contratos. Pero el Tribunal —persuadido por la lógica base-desarrollo, así como por la ponderación que realiza desde el punto de vista competencial del rol de la autonomía de la voluntad reinante en la materia y que en este caso, a diferencia de lo sucedido en las Sentencias 37/2022 y 150/2022, le conduce a reducir la trascendencia de la diferencia entre la regulación autonómica y la estatal contenida en el artículo 1535 del Código Civil[149]— se encamina a remover todo obstáculo contrario a la competencia autonómica. Hasta tal punto es así que rechaza expresamente la aplicación en este caso de la doctrina de la Sentencia 13/2019, de 31 de enero[150], que, en cambio, sí considera inconstitucional determinadas previsiones catalanas también relativas al derecho de retracto de créditos garantizados con hipoteca[151]. Es posible que el esfuerzo argumentativo en favor de la competencia autonómica encuentre un aliciente fuera de lo técnico: la anomalía heredada de que el derecho civil navarro estuviese estatalizado en la Compilación y la búsqueda, por la vía del 149.1.8.ª, de un camino para solventarla y "colocar" tal derecho en manos del legislador ahora constitucionalmente competente. Pero esta reflexión, inspirada acaso por una voluntad convivencial, merece la precisión de que tal competencia no tiene por qué alcanzarlo todo, pues, conforme a la Constitución, no es ilimitada.

Sea como fuere, y por si acaso parece que la amplitud con la que se reconoce la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar el derecho civil propio en materia contractual, con la consiguiente contracción de las bases de las obligaciones contractuales, merece como contrapunto una vía equilibrante para encauzar cierta unidad legislativa en materia contractual, la Sentencia 157/2021 apela al artículo 149.1.6.ª Constitución y profundiza en la criticada dicotomía entre lo civil y lo mercantil. Para afirmar la constitucionalidad de las Leyes 511 y 495 el Tribunal realiza, además de los anteriores razonamientos, la

148. De hecho, el magistrado Andrés Ollero Tassara señala en su voto particular (*in fine*) a esta resolución que la doctrina constitucional "está ensanchando desmesuradamente" la competencia autonómica.

149. En su voto particular a esta sentencia, reflexiona el magistrado Ricardo Enríquez Sancho: "Se ha impuesto cierta tendencia en la doctrina del Tribunal a intentar desactivar conflictos competenciales en materia civil aludiendo al carácter esencialmente dispositivo de esa materia". No obstante, se ha visto que en las sentencias citadas del año 2022 el argumento sirve justo para lo contrario.

150. En su voto particular a esta sentencia, manifiesta el magistrado Xiol Ríos su preocupación hacia la recentralización que, en su opinión, se produce en materia de legislación civil.

151. No hay tiempo para profundizar al respecto. Pero si se leen los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico noveno de la Sentencia 157/2019 sobre la no aplicación del criterio recogido en la Sentencia 13/2019 y la crítica que realiza el magistrado Ricardo Enríquez Sancho en su voto particular a aquella sentencia, se observa que los argumentos del Tribunal están muy lejos de ser definitivos.

siguiente interpretación conforme: las disposiciones del derecho autonómico han de respetar las competencias estatales en materia de legislación mercantil que la Constitución ha reservado en exclusiva al Estado; "por tanto, las normas del Fuero Nuevo y, con ellas, la aquí impugnada no pueden, so pena de vulnerar la competencia estatal aquí aludida, ser aplicadas a las obligaciones que surjan de un contrato mercantil y a las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes, en tanto que las mismas están reservadas al Estado por el art. 149.1.6 CE"[152].

Sin mayores precisiones sobre cuál es el contenido o los sujetos que identifican tales contratos mercantiles, ahora tan solo me puedo preguntar si lo dicho por el Tribunal, que parece extender a todas las disposiciones del Fuero Nuevo, se extrapolará por ejemplo también al libro sexto del Código Civil de Cataluña, si de nuevo se pretende incluir en lo mercantil los contratos de consumo que ya la citada Sentencia 72/2021 solo dice que "en general" y "en principio" son materia civil, como parece que así lo entiende uno de los votos particulares[153] o, en fin, si las palabras del Tribunal Constitucional tendrán como efecto la construcción de una teoría general de obligaciones y contratos mercantiles al reanimar orientaciones en este sentido que quizás vuelvan a ampliar trabajos que hace unos años fueron recortados por su exceso. En resumen, preguntas en el aire ante pronunciamientos de consecuencias imprevisibles y, de nuevo, impresiones sobre las bases de las obligaciones contractuales semejantes a las que produce el tratamiento que el Tribunal Constitucional ha dispensado al término desarrollo.

En el trasfondo de esta discusión sobre lo civil y lo mercantil (una más, en el ámbito de lo competencial) da coletazos la apelación a la denominada unidad de mercado que se ha utilizado para muy distintos fines: para "arrastrar" lo contractual a donde no hay que compartirlo (la legislación mercantil)[154], para constreñir la potestad legislativa de las Comunidades en la materia en el propio ámbito de la legislación civil[155] o para reflexionar qué han de ser las bases de las obligaciones contractuales[156].

---

152. Fundamento jurídico noveno, apartado d), iii).

153. Voto particular del magistrado Antonio Narváez Rodríguez, apartado 2 c), a la Sentencia 157/2021.

154. *Vid.* la crítica de GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones...", *op. cit.*, pp. 12 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. "Las nociones de mercantilidad...", *op. cit.*, pp. 29 y ss.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

155. Como dice DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 320, junto a la 8.ª del artículo 149.1, el Tribunal Constitucional cita la regla 6.ª para reforzar "la tesis de la unidad del derecho contractual y su pertenencia al acervo competencial exclusivo del Estado". Este es el planteamiento, en torno a la unidad de mercado, del magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (apartado III) a la Sentencia 132/2019.

156. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

Pero la unidad de mercado no solo es un elemento que normativamente no está presente en las reglas de distribución de competencias[157], sino que creo que no aporta nada al análisis jurídico, pues, nadie ha demostrado el impacto, la trascendencia o la insignificancia, que la plurilegislación civil en materia contractual tiene en esa importante unidad de mercado, sea esta lo que sea[158]. Ello lo pone en evidencia el propio Tribunal Constitucional, por mucho que conceda protagonismo al concepto para abordar las bases en la Sentencia 132/2019. Para justificar la tacha de inconstitucionalidad de las reglas que limitan la determinación de la renta de la normativa catalana sobre contención de rentas de alquiler, la Sentencia 37/2022 afirma que "la regulación de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado"[159]. Pero esta es una afirmación gratuita sobre la que no se aporta ningún dato que la corrobore ni de la que en verdad se saca ningún tipo de consecuencias: está en la resolución como podrían no estarlo y el fallo no tendría por qué ser distinto.

Intuyo que la unidad de mercado es un recurso retórico vacío que habría que desechar porque trata de vestir una cuestión que se plantea en términos más sencillos y directos: ni más ni menos la ya mencionada tensión entre unidad o pluralidad del derecho civil; el sistema español que en realidad se desconoce y que se busca conocer apilando, con mayor o menor fortuna, variopintos argumentos de oportunidad.

157. Muy insistente, con variedad de argumentos, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, pp. 18 y ss.

158. Con diversas perspectivas, aluden a la cuestión GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código…", *op. cit.*, pp. 77-79; CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *op. cit.*, pp. 58 y 65; VAQUER ALOY, A., *op. cit.*, p. 69; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *op. cit.*, p. 34.

159. Fundamento jurídico cuarto, apartado c).

4. ACERCAMIENTO AL CONTENIDO A LAS BASES EN TRES NIVELES: LO GENERALÍSIMO, LO GENERAL Y LO CONCRETO

Es difícil encontrar un punto de partida para acercarse al contenido de las bases de las obligaciones contractuales; tarea para la que aconsejaría ignorar la irresoluble contienda entre el discurso oficial y el alternativo antes expuesto sobre el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. De ellos se derivan dos tendencias respectivamente favorables a la pluralidad o unidad de legislación civil que, por muy naturalizadas que puedan estar o por muy razonables que se puedan considerar, ya he dicho que no son corolario necesario de la lógica y, como consecuencia, pueden animar una comprensión más amplia o reducida de las bases de las obligaciones contractuales[160]. Por mi parte, extraigo del propio elenco de materias, en todo caso reservadas al Estado, dos datos que en *modesta* medida pueden ser aclaratorios[161]: uno cuantitativo y otro cualitativo.

Cuantitativamente, hay una materia que se reserva en su totalidad al Estado[162], tres que se le reservan en una mayor o menor indefinida cantidad respecto de la "rama" del derecho privado en la que se encuadran[163] y otra en la que la reserva parece en sí misma autoboicoteada[164]. Cobra así sentido la idea de que no toda la materia contractual se incardina en las bases; criterio que quienes se inclinan en favor del discurso alternativo emplean para afirmar que, en otro caso, se vaciaría de contenido la competencia de las Autonomías sobre legislación contractual[165] y frente a lo que se podría argüir, desde la perspectiva del discurso oficial, que se trata de aseveración que hace hipótesis de la

160. Favorable al discurso oficial, reflexiona el magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular (*in fine*) a la Sentencia 132/2019 que la interpretación del texto constitucional debería conducir a restringir la competencia autonómica "de forma especial en materia de contratos". Entre lo más reciente e inclinado hacia el discurso alternativo, el estudio de GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, *passim*, se dirige a una comprensión muy reducida de las bases de las obligaciones contractuales.

161. Dice DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 413, que resulta complicado extraer consideraciones generales de las seis materias reservadas en todo caso al Estado.

162. Normas para resolver conflictos de leyes.

163. Reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos.

164. Me refiero a la determinación de las fuentes del derecho. *Vid.* las explicaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *op. cit.*, pp. 662-663, sobre la salvedad que se establece al respecto y la posible confusión del constituyente alrededor de los conceptos de derecho civil propio, ley estatal y ley autonómica.

165. CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *op. cit.*, p. 61; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, p. 14. También se señala en la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 6) que es supuestamente acorde con el discurso oficial, pero ya se sabe que su ponente se manifiesta anteriormente en favor del discurso alternativo. De hecho, en su voto particular a la Sentencia 13/2019 alude a la interpretación plasmada arriba en el texto; voto particular en el que se leen ciertas reflexiones sobre las que posteriormente se construye la doctrina general sobre las bases.

cuestión en la medida en que la genérica competencia exclusiva del Estado en materia civil a lo mejor veta a las Autonomías competencia sobre lo contractual.

Cualitativamente, creo que trasciende al elenco de materias en todo caso reservadas al Estado que estas versan sustancialmente sobre un contenido no inmanente e informante del derecho privado elevado casi a la categoría de lo inmutable e irrenunciable, sino pragmático, visible y palpable por los operadores en la cotidianeidad del tráfico jurídico. Por lo tanto, a mi entender las bases de las obligaciones contractuales no atañen a aquellos elementos que cabría considerar la raíz, el fundamento o *lo básico* del contrato y del derecho que lo rige, sino que alcanzan a reglas que se ubican o tocan la mundanidad y superficialidad del derecho de contratos[166].

Creo que ello guarda coherencia con la comprensión arriba descrita de la función de las bases, es decir, la muestra de un encomio a la unidad del derecho civil a reflejar en las normas que rigen las relaciones de los ciudadanos, y además informa sobre una delimitación más bien negativa que positiva de aquellas. No podré decir con certeza qué son las bases de las obligaciones contractuales, pero con cierta seguridad puedo animarme a decir qué creo que no son. A continuación realizo un bosquejo de delimitación en unas reflexiones breves, no exhaustivas y expuestas en tres escalones, para las que utilizo pronunciamientos del Tribunal Constitucional en torno o cercanos a un eventual contenido de las bases de las obligaciones contractuales.

Como ya he advertido, me abstraigo del concreto tratamiento que aquel concede al asunto en cuestión o del contexto en que se ventila la controversia competencial; no voy más allá de la cavilación. Además, advierto ahora de que la que sigue no se trata de una exposición que siga divisiones clásicas de la ciencia jurídica. No me preocupa, por ejemplo, si trato conjuntamente reglas de la teoría general de las obligaciones y del contrato para preguntarme si son o no bases de las obligaciones contractuales. La mezcla puede parecer anómala, pero aparte de que la falta de solera que he atribuido al concepto bases hace que me despreocupe de su encaje con clasificaciones arraigadas, solo me interesa visualizar y separar lo que cabe situar en la profundidad o en la superficie del contrato.

Comienzo, por tanto, con una mención a aquello que he decidido llamar *lo generalísimo*; primer nivel, donde cabría aludir a los elementos taumatúrgicos e informantes del sistema y el contrato. Piénsese, por ejemplo, en la buena fe, la autonomía de la voluntad, la conmutatividad o la seguridad del tráfico que cita la jurisprudencia[167] y a lo que cabría como anécdota añadir la mutua confianza o la no discriminación. También situaría aquí

166. Una orientación opuesta en *Ibidem*, pp. 12 y ss.

167. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto). Muy centradas en la autonomía de la voluntad, las Sentencias 157/2021 (fundamento jurídico noveno), 37/2022 (fundamento jurídico cuarto) y 150/2022 (fundamento jurídico cuarto). En la doctrina, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, pp. 66 y ss. también sitúa en las bases lo que la autora considera ciertos principios del derecho de contratos recogidos en el Código Civil.

los elementos esenciales para la existencia del contrato[168] o aquellos principios y reglas previstos de una racionalidad y utilidad para el tráfico que, en nuestra tradición jurídica, se dan por irrenunciables o naturales. Por ejemplo, la fuerza vinculante y la obligatoriedad del contrato o la responsabilidad universal del deudor[169].

A mi entender, nada de lo dicho u otras cuestiones semejantes forman parte de las bases de las obligaciones contractuales; afirmación sobre la que quizás planea una duda, pero que sostengo con base en un juicio de utilidad o inutilidad del título competencial.

Algunos asuntos a los que se acaba de aludir exceden tanto de ámbito contractual como del obligacional; apreciación de la que se podría derivar la consideración que, al superar lo estrictamente contractual e informar el ordenamiento jurídico en general —el español, como todos los de nuestro entorno—, a efectos competenciales tales asuntos no se pueden considerar propia y particularmente dentro de las bases de las obligaciones contractuales, sino que han de ser ubicados en otros títulos competenciales del 149.1.8.ª de la Constitución más generales. No obstante, lo cierto es que perfectamente se podría hacer la reflexión contraria: el hecho de que sean cuestiones tan esenciales refuerza su ubicación en las bases, por mucho que también se pueda encontrar el reflejo de estos asuntos en otros títulos.

Sea como fuere, y haciendo abstracción de esta duda que intuyo que carece de importancia, lo que considero determinante para afirmar que los anteriores aspectos no corresponden a las bases de las obligaciones contractuales es precisamente que, siendo cuestiones tan *básicas* desde el punto de vista sustantivo, nada justifica que el constituyente las haya querido reservar competencialmente en todo caso al Estado a través de las *bases*. Son valoraciones que *lo impregnan todo* y a las que —me atrevo a decir— ninguno de los ordenamientos civiles españoles va a renunciar y seguramente no podría hacerlo; no solo porque se convertiría en una disfuncional *rara avis* dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sino porque lo podrían llegar a impedir otras normas constitucionales o supraconstitucionales. Y que no se apele, por ejemplo, al actual cuestionamiento de la causa —que acaso se comparta o no— para contradecirme, pues ninguna de las propuestas de su eliminación como requisito esencial del contrato

168. La Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto) alude a los elementos esenciales del contrato y sus efectos; específicamente al objeto, la Sentencia 81/2020, de 15 de julio, fundamento jurídico décimo. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, p. 83 señala que forma parte de las bases "la concreta estructura del contrato que exige la existencia de consentimiento, objeto y causa" y no se pronuncia sobre la regulación que el Código Civil presenta de cada uno de estos tres elementos.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, pp. 15 y ss., sitúa las bases en el consentimiento en obligarse, dice que las reglas generales mínimas e indispensables en torno al objeto probablemente tienen la consideración de bases y se muestra cautelosa respecto a la causa y la forma.

169. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto). Cercana, en cierta medida, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *op. cit.*, pp. 70 y ss. Las Sentencias 264/1993 (fundamento jurídico quinto) y 54/2018 (fundamento jurídico noveno) también aluden a los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos.

renuncia a cumplir sus funciones, sino que se busca hacerlo de otra manera. Todo lo arriba mencionado forma parte de un bagaje compartido, presente o acechante en todos los derechos civiles españoles —sean más o menos completos— y en todos los ordenamientos de nuestro entorno jurídico del que no cabe razonablemente pensar —sino solo artificial y anómalamente en el terreno de la entelequia— que un sistema de nuestra tradición jurídica se quiera, pueda o se vaya a sustraer. Como señalaba, tal bagaje incluso puede llegar a ser reflejo de valores constitucionales estatales y europeos fundantes del ordenamiento jurídico español en su conjunto que no lleguen a admitir variabilidad de opción: piénsese por ejemplo en los más recientes avances en materia de capacidad[170] jurídica[171].

La delimitación negativa de las bases se me muestra, por tanto, con cierta sencillez: afirmar que aspectos asumidos como irrenunciables e informantes del derecho de contratos español y europeo constituyen las bases de las obligaciones contractuales supone vaciarlas de contenido y, en definitiva, hacer inútil dicho título competencial. Recuérdese que este título manifiesta en su función útil una ponderación y celo por la unidad que, en las cuestiones que atrás se mencionan, existe de modo inequívoco por unas razones de sustancia que las aparta de la problemática de la competencia.

La complejidad, o imposibilidad, se halla en realizar una delimitación positiva de las bases de las obligaciones contractuales: determinar qué reglas sobre las obligaciones en general, los contratos en general y los tipos contractuales en particular forman parte de tales bases en la medida en que, aunque expresen o en ellas subyazcan las cuestiones arriba descritas, en su concreción sí son, en cambio, susceptibles de ser moduladas para optar por una u otra respuesta en un contexto de plurilegislación civil. Yo he renunciado a tal tarea de delimitación porque no he encontrado dato normativo sobre el que apoyarme, no asumo la orientación más reciente del máximo intérprete de la Constitución en torno a la lógica base-desarrollo y habría de adentrarme en la irresoluble tensión entre unidad y pluralidad civil. Por tanto, no voy más allá de las siguientes someras notas, eso sí, persuadido por la idea de que en el ámbito de las reglas que siguen se encuentran las bases de las obligaciones contractuales conforme a esa función que busca la unidad regulatoria en el día a día del tráfico jurídico y económico.

---

170. La Sentencia 81/2020, fundamento jurídico décimo, menciona la capacidad para contratar como una de las bases de las obligaciones contractuales. Las Sentencias 264/1993, fundamento jurídico quinto, y 54/2018, fundamento jurídico noveno, se refieren a las prohibiciones de contratar.

171. Si las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica y, en consecuencia y a lo que ahora interesa, la discapacidad de un contratante no puede ser *per se* motivo de ineficacia del contrato, parece difícil que algún derecho civil español se pueda alejar de tal planteamiento. Ese es el mandato del artículo 12 de la de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad que ha asumido la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P. y VARELA CASTRO, I., "Artículo 1302", *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (directoras M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz, coordinador I. Varela Castro), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645 y ss.

Prosigo, por tanto, con el segundo nivel en el que se podrían ubicar las bases y que denomino *lo general*: un conjunto de reglas a través de las cuales se reparten los riesgos en el contrato, por mucho que no sean privativas del contrato. La idea, acaso aludida en la jurisprudencia[172], evoca un amplísimo número de reglas y expedientes jurídicos; de ahí quizás que el propio Tribunal Constitucional mencione genéricamente "los principios [*rectius* reglas[173]] desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314)"[174]. En efecto, la distribución del riesgo en el contrato se realiza a través de reglas que van desde la regulación general de las obligaciones y contratos hasta los propios tipos contractuales, pues repartir riesgos en el contrato supone ante todo una valoración de lo que se incluye dentro de la promesa o la garantía contractual que el régimen dispositivo del tipo en cuestión plasma en defecto de un pacto a determinar en su caso con apoyo en las reglas de interpretación[175]. Dejando de lado la cuestión de los tipos, la jurisprudencia ha aludido a la regulación del incumplimiento, la general o la específica del tipo contractual de que se trate, como el saneamiento[176], la exactitud de la prestación como elemento esencial del cumplimiento y la extinción de la obligación[177], el carácter de la responsabilidad de codeudores[178], el régimen de la nulidad, anulabilidad o la rescisión[179] o la figura de la alteración sobrevenida de las circunstancias pero no en general, sino

172. Alude la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto) al "problema de distribución de los riesgos derivados de la ejecución del mismo [el contrato]".

173. Hace la precisión GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, p. 15, para quien no queda claro si el Tribunal se refiere a tales reglas o solo a los principios que se infieren de ellas.

174. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

175. No hay jurisprudencia acerca de la incardinación de las reglas de interpretación de los contratos en las bases de las obligaciones contractuales.

176. Sentencias 71/1982, de 30 de noviembre (fundamento jurídico decimonoveno), 264/1993, fundamento jurídico quinto, 157/2004 (fundamento jurídico undécimo), 13/2019 (fundamento jurídico tercero) y 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

177. Sentencia 157/2021, fundamento jurídico décimo, al referirse a la dación en pago.

178. Sentencia 264/1993, fundamento jurídico quinto.

179. Con relación a esta materia, dice la Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico 6) *ad exemplum* en su delimitación de las bases: "las Comunidades Autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país". Para GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, pp. 27-28, legislar sobre las causas repercutirá sobre los conceptos. Con otra orientación, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, p. 27 entiende que el concepto de nulidad o rescisión difícilmente puede variarse por la ley, lo que sí puede ocurrir es que el régimen sea distinto.

adaptada durante la época del COVID-19 al arrendamiento de negocio[180]. También en este ámbito de lo general cabría valorar otras cuestiones abordadas por la jurisprudencia como la cesión de créditos[181], el fenómeno de las cláusulas abusivas o las condiciones generales de la contratación[182] o la prevalencia del principio espiritualista para la perfección del contrato[183].

Finalmente, en el nivel de *lo concreto* cabría valorar si las bases de las obligaciones contractuales se encuentran en la regulación de los tipos contractuales; aspecto tradicionalmente al que ha aludido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, eso sí, con resultados variables[184]. Aunque quepa hablar de grados, entiendo que admitir que la competencia exclusiva del Estado sobre las bases alcanza esta realidad podría representar el planteamiento más restrictivo de la competencia de las Autonomías sobre la materia contractual. Esta quedaría muy contraída, o eventualmente sería inexistente, si se entiende que la expansión de aquella hasta el detalle (lo concreto) supone admitir que toca también lo general, al menos cuando el tipo contractual es expresión o concreción particular de tales reglas generales.

Sea como fuere, la reciente doctrina del Tribunal Constitucional muestra unas reflexiones oscilantes, pues, si es el Estado el que debe fijar "los perfiles, esquemas o estructuras de lo que debe ser cada uno de los tipos contractuales" al que se han de ajustar las Autonomías, se advierte que no se trata de "regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual", se añade que esto es así "salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables

180. Sentencia 150/2022. Como la normativa cuestionada se trata de la aplicación de una figura general de reparto de riesgos (la alteración sobrevenida de las circunstancias) pero adaptada a un contrato en particular (el arrendamiento de negocio), el Tribunal Constitucional aborda la cuestión competencial, erróneamente a mi entender, desde la perspectiva de la posibilidad o imposibilidad de las Autonomías para regular tipos contractuales. Yo aquí no veo específicamente una cuestión de competencia para la configuración de un tipo contractual, sino otra más general dentro del reparto de riesgo en la contratación.

181. *Cfr.* las Sentencias 13/2019 (fundamento jurídico tercero) y 157/2021 (fundamento jurídico noveno) y sus distintas orientaciones.

182. Sobre las cláusulas abusivas, Sentencias 71/1982 (fundamento jurídico decimosegundo), 264/1993 (fundamento jurídico quinto), 54/2018 (fundamento jurídico octavo) y 72/2021 (fundamento jurídico quinto). Sobre las condiciones generales de la contratación, Sentencias 71/1982 (fundamento jurídico decimocuarto), 264/1993 (fundamento jurídico quinto) y 88/1986 (fundamento jurídico quinto). GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, p. 15 excluye que estas materias puedan ser consideradas bases en la medida que son especiales de unos determinados contratos y no de aplicación general en toda la contratación.

183. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

184. Sentencias 88/1986 (fundamento jurídico quinto), 264/1993 (fundamento jurídico quinto), 157/2004 (fundamento jurídico undécimo), 13/2019 (fundamento jurídico tercero), 54/2018 (fundamento jurídico sexto) y 72/2021 (fundamento jurídico sexto).

a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece"[185] y se vuelve a contrargumentar que "en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia"[186]. E influido por la lógica de base-desarrollo, como ya he explicado, el Tribunal conduce las anteriores indicaciones a una evaluación de semejanza o ajuste que la regulación autonómica del tipo contractual tiene con la estatal, sin que yo pueda en verdad comprender por qué este u otro aspecto de aquella ha de ser o no similar o cercano a esta. Creo que este método, sujeto casi a un arbitrario criterio de conveniencia, se ha visto intensificado en las ya citadas sentencias del año 2022. En su voto particular a la Sentencia 150/2022, el que fue ponente de la Sentencia 132/2019 habla de la "desnaturalización del contrato de arrendamiento" y señala que si el legislador autonómico tiene competencia para regularlo, no puede "variar su naturaleza, su finalidad, sus elementos característicos y diferenciales o los principios vertebradores de su regulación, que deben ser idénticos para todos los agentes económicos en el territorio nacional". De ahí, como decía antes, un frustrante reconocimiento de competencia por parte del Tribunal, pues, aunque amplia, se ve limitada en la elección del contenido[187].

185. Dice GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre…", *op. cit.*, pp. 31-32 que "esta salvedad merma notablemente el valor de la exclusión del carácter básico de la regulación de los tipos contractuales, pues lo lógico será que las reglas de los tipos más importantes no supongan otra cosa que concreciones de reglas generales".

186. Sentencia 132/2019 (fundamento jurídico sexto).

187. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil…", *op. cit.*, p. 80, se pregunta: ¿en qué queda la autonomía contractual para crear tipos que no responden a idéntica lógica interna? ¿De verdad que el legislador autonómico no puede crear tipos contractuales nuevos? A la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, intuyo una respuesta negativa a ambas preguntas.

5. UN APUNTE SOBRE LA CUESTIÓN COMPETENCIAL EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DEL AÑO 2023

Decía al comienzo de este trabajo que la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023 guarda silencio respecto a la cuestión competencial, a diferencia de la Propuesta de 2009. Pero lo cierto es que si la tramitación de la reforma llega a tener lugar, el legislador estatal habrá de expresar con fundamento en qué título competencial asumiría la prerrogativa de legislar; sobre cuáles de los ordenamientos civiles españoles se proyecta la reforma y de qué manera. Ante la diferencia entre ambos textos, cabe preguntarse si la Propuesta de 2023 responde *al igual* que la del 2009 a la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales, si la actividad legislativa de diferentes Comunidades Autónomas en los últimos años en materia contractual *ha de instar* a pensar de otra manera, si *en verdad acertaba* la Propuesta de 2009 cuando invocaba las bases de las obligaciones contractuales o, en definitiva, qué título ha de invocar el futuro legislador.

Con todo lo dicho hasta ahora, se comprenderá que diga que de poco vale abordar estas preguntas y no cerraré mi discurso con una bienintencionada apelación al diálogo entre los agentes eventualmente implicados para solventar tales interrogantes[188]. Pero tampoco seré catastrofista. Sin más, observo una inercia de la que será difícil salir al ser esta una cuestión que supera lo técnico y que, tras cuarenta y seis años de vigencia de la Constitución, todavía se presenta muy incipiente. Más allá de la discusión sobre el concepto, función y contenido de las bases de las obligaciones contractuales, nótese que la Sentencia 132/2019 pone sobre la mesa un debate formal previo al sustantivo: dónde están o han de estar las bases y quién debe o puede formularlas, si es que —cosa que yo no tengo clara— así ha de hacerse[189]. Y en el contexto de este debate, arrastrando la centralidad estética, retórica y de contenido que en el pasado se atribuye —no se olvide— a una ley ordinaria[190], intuyo que el Código Civil se volverá un arma arrojadiza entre quienes lo ensalcen como receptáculo de tales bases y quienes hagan lo contrario. *De lege lata*, diré lacónico que me parece normal que se busque el reflejo de una competencia estatal en una norma estatal de indubitada importancia en la materia como el Código Civil[191]. Y frente a argumentos devaluadores del texto por su antigüedad

188. Me remito al optimismo de una voz más conocedora y autorizada sobre la materia: DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil…", *op. cit.*, pp. 49 y ss.

189. Lo más reciente sobre tales cuestiones en GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial…", *op. cit.*, pp. 20 y ss.

190. Una nota al respecto en BARBA, V., *op. cit.*, p. 2.

191. *Vid.* las reflexiones de GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, enero-marzo, n.º 1, pp. 233 y ss. donde destaca (p. 237) que "en la Europa continental la posición del Derecho civil y, más en particular, del Código Civil, sigue siendo central y está más viva que nunca".

y falta de modernización[192], hay que decir que el Código no es el de 1889 o, cuando menos, no se ha quedado anclado en esa época. Su moralidad, como la de cualquier derecho civil español, ahora la marca la Constitución[193] y su letra se lee en atención a todo el bagaje doctrinal, jurisprudencial y legal vertido a nivel nacional, europeo e internacional en los últimos años[194].

Sea como fuere, y ante las intocadas y acaso intocables bases de las obligaciones contractuales, si la reforma modernizadora del libro IV del Código Civil llega a tener lugar, no se puede descartar que el legislador opte por invocar genéricamente el artículo 149.1.8.ª de la Constitución sin mención expresa a aquellas, que en la tramitación parlamentaria queden evidencias de lecturas opuestas sobre el sistema de reparto de competencias en materia contractual y que, en fin, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siga su zigzagueante curso.

192. CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *op. cit.*, p. 63.

193. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles...", *op. cit.*, p. 23.

194. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre...", *op. cit.*, pp. 16-17.

6. RECAPITULACIÓN

(i) El sistema de reparto de competencias en materia de legislación civil entre el Estado y las Comunidades Autónomas con potestad legislativa reconocida en este ámbito no se presenta definido. La ambivalente letra del artículo 149.1.8.ª de la Constitución ha permitido lecturas dispares, incluso opuestas, pero también razonables, que plasman un sistema plurilegislativo civil de mayor o menor magnitud.

Ante los conceptos vacíos del precepto que al mismo tiempo son las piezas vertebradoras del sistema, el Tribunal Constitucional ha recurrido a elementos interpretativos exógenos y mutables que han conducido a resultados variables en la aplicación de la norma, sin que se acabe de comprender el porqué de esta diferencia aplicativa. De esto, es ejemplo paradigmático el empleo del criterio de la "conexión suficiente" para rellenar el concepto de "desarrollo".

En torno al artículo 149.1.8.ª de la Constitución se aprecia una tensión entre orientaciones favorables a la unidad o la pluralidad de legislaciones civiles y legisladores competentes, ninguno de los argumentos esgrimidos resulta definitivo y la disputa se mueve más allá de lo técnico-jurídico distorsionando la aproximación al precepto.

(ii) Estas apreciaciones sobre el sistema plurilegislativo civil español, en general, son aplicables, en particular, *mutatis mutandis*, a la competencia "en todo caso" exclusiva del Estado sobre las "bases de las obligaciones contractuales". La configuración de tales bases condiciona la potestad legislativa en materia contractual de las Autonomías competentes.

Para tal configuración, el término "bases de las obligaciones contractuales" se debe confrontar con los de "conservación", "modificación" y sobre todo "desarrollo" del derecho civil autonómico. La total indefinición de los términos citados en primer y último lugar determina que la opción de contraer uno suponga la expansión del otro y viceversa, con el consiguiente resultado de inclinarse hacia un sistema de plurilegislación civil de menor o mayor calado.

(iii) Tradicionalmente, el Tribunal Constitucional no ha traído a colación las bases de las obligaciones contractuales cuando ha entrado a analizar la cuestión competencial en materia de derecho de contratos y consumo. Su intento por crear doctrina sobre tales bases se produce con las Sentencias 132/2019 y 157/2021, que respectivamente, adoptan una posición favorable a la expansión del desarrollo y la posibilidad de conservación del derecho civil autonómico en materia contractual. Se habla de "intento" de crear doctrina sobre las bases porque cabe dudar, al igual que ha sucedido respecto del término desarrollo y la conexión suficiente, si tal planteamiento perdurará o no formalmente o si materialmente conducirá o no a resultados variables.

Sea como fuere, se trata de una opción que contrae y reduce la virtualidad de las bases de las obligaciones contractuales con la consiguiente ampliación de la potestad legislativa del legislador autonómico; orientación que parece contrarrestada en atención a dos factores.

Por un lado, la irresoluble tensión entre unidad y pluralidad de legislaciones y legisladores que también se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la segunda de las sentencias citadas reserva a la competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6.ª de la Constitución) la regulación de las obligaciones surgidas de un contrato mercantil y las relaciones jurídico privadas de los empresarios.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional aplica la lógica de las competencias compartidas entre el Estado y las Autonomías, propia de ámbitos distintos al civil, y presenta un esquema de legislación básica-desarrollo con el que viene a exigir una adecuación, ajuste o respeto de la legislación autonómica a la que se considera "básica" del Estado en materia contractual. Con este razonamiento, sentencias posteriores a las citadas recurren a las bases de las obligaciones contractuales para negar la competencia del legislador autonómico cuando su regulación se aleja de lo considerado básico en la legislación estatal.

No es posible aventurar qué orientación adoptará el Tribunal Constitucional en el futuro, pues no lo permiten los criterios que utiliza para delimitar y aplicar las bases de las obligaciones contractuales en cada caso. No obstante, la lógica base-desarrollo aplicada hasta ahora parece ofrecer la siguiente imagen: la pluralidad de *legisladores diferente*s se admite ante una pluralidad de *legislaciones no tan diferente*s en materia contractual. Se trata de una situación paradójica de la que quizás deviene una doble sensación de amargor. Por un lado, la de quienes no solo creen que se ha llevado la plurilegislación demasiado lejos, sino que, al ver que se vienen a exigir unas legislaciones de contenido similar, se cuestionan de qué vale la plurilegislación en el ámbito contractual. Por otro lado, la de quienes, favorables al reconocimiento de la competencia autonómica en materia contractual, ven que esta no se acompaña por una verdadera libertad en la decisión de su contenido, pues este viene en cierta medida predeterminado por otro legislador.

(iv) En este trabajo se opta por una comprensión de las bases de las obligaciones contractuales que se distancia del planteamiento del Tribunal Constitucional. Para tal comprensión se precisa analizar el concepto, la función y el contenido de tales bases.

Se ha renunciado a analizar el *concepto* al estimarse artificioso y resultado de una falta de compromiso o entendimiento entre los agentes implicados en la elaboración del reparto de competencias entre el Estado y las Autonomías. No se ha detectado ningún elemento que ayude a clarificar el concepto "bases de las obligaciones contractuales" o anime a emprender tal tarea.

Por el contrario, el análisis de la *función* de las bases sí facilita su entendimiento. Al contrario de lo sostenido por el Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, se considera que no existen competencias compartidas en el ámbito de la legislación civil, en general, ni de la contractual, en particular. Las competencias del Estado y las Autonomías son respectivamente exclusivas en su ámbito reconocido; no es posible aplicar la lógica legislación básica-desarrollo. El hecho de que la Constitución reserve "en todo caso" determinadas competencias al Estado supone una ponderación como valor de la unidad

de legislador y legislación en esa constante tensión entre unidad y pluralidad; supone que hay cuestiones que las Autonomías en ningún caso pueden regular.

Como consecuencia, para que el *contenido* de las bases de las obligaciones contractuales se ajuste al anterior esquema no tiene sentido considerar "bases" aquellos aspectos inmanentes o tan básicos en el ámbito del derecho contractual que en realidad están presentes en todo sistema de nuestro entorno y tradición jurídica y de los que no hay o no puede haber orientaciones que admitan o traten de separarse. Aquí no hay unidad que asegurar desde el punto de vista competencial, porque ya existe desde el punto de vista sustantivo. Por eso, hacer coincidir las bases con tales materias sería tanto como vaciar del contenido esta reserva exclusiva en favor del Estado; volverla *inútil*.

Las bases de las obligaciones contractuales han de recaer sobre materias aprehensibles en la cotidianeidad del tráfico y que admitirían variabilidad de opción y regulatoria para asegurar, precisamente, una unidad regulatoria que, en otro caso, no estaría asegurada. Este planteamiento hace *útil* la reserva de este título competencial en favor del Estado.

En atención a lo anterior, se observa que una delimitación negativa de las bases de las obligaciones contractuales se presenta con mayor facilidad que su delimitación positiva. Respecto de esta segunda, al no observarse sólidos fundamentos para ello y al adoptarse una posición que se aleja de la del Tribunal Constitucional, que otorga a las bases una función y utilidad para las que no estaban pensadas, solo se ha procedido a un elemental bosquejo.

(iv) La falta de definitiva configuración de las bases de las obligaciones contractuales es una particular evidencia de la general falta de delimitación del sistema español de plurilegislación civil que, pasados cuarenta y seis años desde la entrada en vigor de la Constitución, todavía seguimos sin conocer. Nos encontramos ante una problemática enquistada tal y como posiblemente refleja el hecho de que la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos del año 2023 guarde absoluto silencio respecto a la cuestión competencial y las bases de las obligaciones contractuales a diferencia de lo que en su momento hace la Propuesta del año 2009.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de derecho civil en la STC 31/2010", *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, *(coordinadores C. Espluges Mota et al.),* Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 23-39.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I., "Reparto competencia en materia civil: conexión y bases de las obligaciones contractuales en la reciente jurisprudencia constitucional", *Cuadernos de Derecho Privado*, 2022, n.º 3, pp. 11-44.

BADOSA COLL, F., "Sentencia 31/2010, de 28 de junio", *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 332-339.

BARBA, V., "¿Es tiempo de codificar?", pendiente de publicación, 2025, pp. 1-14.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución", *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, 1986, vol. 34, segunda época, julio-diciembre, n.º 2, fasc. 77, pp. 304-331.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2020, n.º 7, pp. 3-22.

BOSCH CAPDEVILA, E., "La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2007, n.º 701, pp. 1067-1145.

CALATAYUD SIERRA, A., "Hasta dónde se puede y hasta dónde conviene", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 275.

CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 837/2014, de 29 de enero de 2015, sobre el Anteproyecto de ley de Código mercantil* [en línea], Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado , 2014. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837.

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA, *Dictamen 1/2017, de 26 de gener, sobre el Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè* [en línea], 2017. Disponible en: https://www.cge.cat/admin/uploads/docs/20171114131406-1.pdf.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles forales en la Constitución", *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, vol. LXXVIII, julio-septiembre, n.º 3, pp. 643-667.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de derecho civil", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1994, n.º 4, pp. 361-404.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 21-46.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código civil y Derecho civiles forales", *Iura Vasconiae*, 2020, n.º 17, pp. 9-56.

DURBÁN MARTÍN, I., *La España asimétrica: estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

EGEA FERNÁNDEZ, J., "Competencia en materia de Derecho civil", *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 340-345.

FOSSAS ESPADALER, E., "La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 2014, n.º 2, pp. 355-372.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código mercantil", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 2014, enero-marzo, n.º 1, pp. 7-27.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del Derecho privado en el s. XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Thomson Reuters-Civitas, 2015, pp. 61-113.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil*, 2017, vol. IV, julio-septiembre, n.º 3, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La compraventa en el Código Civil de Cataluña: la lucha entre la uniformización y la diferencia normativas", *Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña*, (coordinador Á. Serrano de Nicolás), Marcial Pons, 2018, pp. 9-32.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre: ¿Interpretación del artículo 149.1.8.ª CE asimétrica o sencillamente discriminatoria?", *Foro galego: revista xurídica*, 2018, julio-diciembre, n.º 205, pp. 9-39.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil: Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat", *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, octubre-septiembre, n.º 4, pp. 1-43.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, 2022, vol. IX, enero-marzo, n.º 1, pp. 233-245.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2024, vol. XI, abril-junio, n.º 2, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, M.ª P. y Varela Castro, I., "Artículo 1302", *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, (directoras M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz, coordinador I. Varela Castro), Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 645-668.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código mercantil: Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, octubre-noviembre, n.º 4, pp. 27-65.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: breve comentario a la STC 132/19, de 13 de noviembre de 2019", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, octubre-diciembre, n.º 5, pp. 41-89.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales", pendiente de publicación, 2025, pp. 1-30.

MESA MARRERO, C., "Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil", *InDret*, 2019, n.º 3, pp. 1-43.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El anteproyecto de Código mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, julio-septiembre, n.º 3, pp. 37-66.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución: Artículo 149.1.8.ª*, Madrid, Trivium, 1991.

VAQUER ALOY, A., "La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 47-79.

XIOL RÍOS, J. A., "Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 207-226.

EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO PARA LA APROBACIÓN DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN REFORMADA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS*[1]

JULIA AMMERMAN YEBRA
Profesora ayudante doctora de Derecho Civil
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

Este trabajo se estructura en cuatro partes y una coda. Empezará por una cuestión previa sobre la obligación, y no solo necesidad, de que se actualice el Código Civil español en materia de obligaciones y contratos. En el segundo punto se tratarán los tres diferentes cauces por los que se podría aprobar la Propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos: por el procedimiento ordinario (mediante un proyecto de ley o una proposición de ley), por decreto ley o a través de la delegación legislativa; la parte central será el análisis de esta última vía por estimarse la más adecuada para aprobar la reforma, a través de la aprobación de una ley de bases y posterior decreto legislativo. A continuación, se expondrán los controles que prevén tanto la Constitución como otras normas sobre delegación legislativa, controles que podrán provenir ya de las Cortes, ya de los Tribunales. Por último, se finalizará la contribución con una breve reflexión sobre el significado del término "bases".

PALABRAS CLAVE

Código Civil; obligaciones y contratos; procedimiento legislativo; delegación legislativa; ley de bases.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 18-3-2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del proyecto de investigación del Programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad Proyectos de Generación del Conocimiento, 2022, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado "La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00). IPs.: M.ª P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez.

THE LEGISLATIVE PROCEDURE FOR THE ENACTMENT OF THE REFORMED PROPOSAL FOR THE MODERNIZATION OF THE CIVIL CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS

ABSTRACT

This work is structured in four parts and a coda. It will start with a preliminary question on the obligation, and not only the need, to modernize the Spanish Civil Code in the field of obligations and contracts. In the second part, the three different paths by which the Reformed Proposal for the Modernization of the Civil Code on Obligations and Contracts could be approved will be discussed: by the ordinary procedure (by means of a Draft Bill or a Proposed Law), by Decree-Law or by way of legislative delegation; the central part will be the analysis of the latter procedure, as it is considered the most appropriate for approving the reformed proposal, through the approval of a law of bases and a subsequent Legislative Decree. Then, the controls provided for both by the Constitution and other rules on the legislative delegation will be presented, controls which may come either from the Courts or from the Tribunals. Finally, the contribution will end with a brief consideration of the meaning of the term "bases".

KEYWORDS

Civil Code; obligations and contracts; legislative procedure; delegated legislation; law of bases.

SUMARIO

1. La obligación de revisar y actualizar el Código Civil 219

2. Posibles cauces para aprobar la reforma del Código Civil 224

2.1. El procedimiento ordinario: demasiado lento y complejo para una reforma tan técnica 224

2.2. El decreto ley: ¿reforma de extraordinaria y urgente necesidad? 227

3. La delegación legislativa como cauce ideal para la reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos 230

3.1. La regulación constitucional de la delegación legislativa 230

3.2. La ley de bases: la delimitación mediante "criterios" y "principios" de la materia delegada 231

3.2.1. La ley de bases del Código Civil 232

3.2.2. La ley de bases de modificación del Título Preliminar del Código Civil 234

3.3. Propuesta de ley de bases contenida en la Propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos 237

4. Límites formales, prohibiciones y formas de control de la delegación legislativa 240

5. Coda: sobre el significado de la palabra "bases" 242

6. Conclusiones 244

Bibliografía 246

1. LA OBLIGACIÓN DE REVISAR Y ACTUALIZAR EL CÓDIGO CIVIL

En la exposición de motivos de la reforma del título preliminar del Código Civil se decía que "los códigos no pueden inmovilizar el fenómeno de la transformación del derecho". Una cosa es que un código dé estabilidad, acabando con las incertidumbres que los juristas ilustrados de finales del siglo XVIII denunciaban, señalando la necesidad de un metódico cuerpo de derecho para la "recta administración de justicia"; y otra que estos deban permanecer inamovibles[2].

A los códigos, por mucho que sean cuerpos sólidos y, en principio, dotados de mayor estabilidad que otro tipo de textos normativos, se le pueden aplicar las palabras de Pla referidas al derecho en general, del que dice que "no crea, ni siquiera conforma la realidad social, sino que se limita a encauzarla y servirla, referido todo ello a la circunstancia del momento histórico determinado. Esa cuarta dimensión que llamamos tiempo, también cuenta en el devenir de los actos jurídicos e impone la necesidad de constantes avances legislativos"[3].

Los autores de nuestro *velhinho* [4] Código Civil fueron conscientes de que su obra no estaba concebida para permanecer inalterable cual escultura decimonónica, sino que debía de ser revisada; y con más razón si se atiende al hecho de que, aunque se publicase en 1889 y, por tanto, con un considerable retraso respecto al modelo que seguía el *Code* francés de 1804, ello no sirvió para aprovechar —como por otro lado sí hicieron

---

2. CASTRO FERNÁNDEZ, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes, y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de estos y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia,* Madrid, Joachin Ibarra, 1765. Este autor señalaba que, después de tantos años de dedicación a la jurisprudencia y a su práctica, sentía que se hallaba en "un estado de poder sentir los desórdenes que causa en la república el desconcierto que hay en este estudio y práctica". Aunque partía de que podría pensarse que la creación de un cierto orden sobre las normas era una "imposibilidad moral", abogaba por echar mano de los ricos y antiguos materiales que nuestros legisladores y sabios antiguos nos dejaron del todo preparados, sin que apenas reste otra cosa que disponerlos en un conveniente y luminoso orden, formado de un todo metódico Cuerpo de Derecho que una en verdadero sistema todo el derecho español [...]" (pp. 3-5 del prólogo).

3. PLA PLA, A., "Presentación", *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del título preliminar del Código Civil,* publicación del ICA de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, p. 8. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E., dice muy ilustrativamente que "...el mundo de las normas no es nunca un orden sistemático cerrado y definitivo, un código que se formula una vez por todas, sino un conjunto esencialmente dinámico al que constantemente se incorporan normas nuevas a la par que otras se desenganchan y caducan...", en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial,* Madrid, Civitas, 1998, p. 38.

4. Tomo prestado del profesor Mota Pinto el calificativo y expresión de "*velhinho* [viejito] Código Civil de Alonso Martínez" que así lo calificó durante su ponencia en el congreso sobre la PMR 2023 celebrado en Lisboa los días 5 y 6 de diciembre de 2024, cuando lo comparó —sin crítica hacia su contenido, sino solo señalando la relevancia de estudiar los códigos de conformidad con el momento histórico en el que fueron promulgados— con el más moderno Código Civil portugués, que data de 1966.

los alemanes— el desarrollo de una ciencia jurídica de alto nivel que plasmase en el código los avances que se habían dado en el derecho civil español durante el siglo XIX. Por el contrario, nuestro Código Civil no alcanzó el orden social coetáneo a los tiempos en que se promulgó, ni tampoco fue el impulsor del orden jurídico-burgués existente por entonces[5].

Conscientes quizá de estos dos extremos —que los códigos no pueden permanecer inalterables en el tiempo y que el retraso en la promulgación del Código Civil español no sirvió para que fuese "todo lo moderno" que podría haber sido— el propio código, desde su promulgación en 1889, contiene una autobligación de revisión de su contenido. Tres de sus disposiciones adicionales aparecen dedicadas a ello. En la primera, se establece un primer mandato dirigido al Tribunal Supremo y a las audiencias provinciales, que anualmente deberán elevar el Ministerio de Justicia una memoria en la que recojan los puntos controvertidos, las dudas y las omisiones que pueda contener el Código Civil. Esta memoria, según dicta la disposición adicional segunda, será trasladada desde el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC[6]). Finalmente, la tercera disposición adicional establece que será la CGC la que, a la vista de los datos contenidos en la memoria, además de los "progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", formulará y elevará al Gobierno cada diez años "las reformas que convenga introducir".

Sin duda, como planteamiento teórico de revisión del código es ideal. La cuestión es que este plan decenal no consta que se haya cumplido nunca[7]. Es cierto que se han ido produciendo reformas, pero ninguna al ritmo periódico previsto[8].

Lo que sí ha hecho la sección 1.ª de la CGC —sección civil— de forma insistente, al menos en las últimas décadas, ha sido formular propuestas de modificación, o modernización, del código en diferentes materias[9]. Cuestión diferente es que todas las propuestas

5. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Introducción al derecho civil,* Barcelona, Cálamo, 2002, p. 33.

6. La Comisión General de Codificación fue creada en 1843, y de ella surgió el proyecto de Código Civil de 1851. Aunque más bien, como comenta DELGADO ECHEVERRÍA, J., lo que se creó en 1843 fue la primera Comisión de Códigos con carácter permanente, de la que dice que orienta su tarea hacia las instituciones y los textos del derecho patrio, preguntándose el autor si con ello se referían a solo el derecho patrio "castellano" o a todos los derechos españoles. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código Civil y derechos civiles forales", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Aautonómico de Vasconia*, n.º 17, 2020, p. 10.

7. En palabras de SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "Introducción", *Comentario del Código Civil,* t. I, Bosch, Barcelona, 2006, p. 49, esta revisión cada diez años del Código "ha sido incumplida absolutamente".

8. PLA PLA, A., "Presentación", *op. cit.,* p. 7, tira de ironía al justificarlo en que "quizá por aquello de que 'España es diferente', ni una sola vez se cumplió tal previsión".

9. Entre las últimas y más destacables, podemos señalar la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales.

lleguen a buen puerto y no se queden en un cajón soñando el sueño de los justos, como parece que le está sucediendo a la aquí estudiada. La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos se presentó por primera vez por la CGC en el año 2009 (en adelante, PM 2009). Hace casi ya dos años, en julio de 2023, se revisó y volvió a presentar la propuesta reformada ante el Ministerio de Justicia (en adelante, PMR 2023)[10]. No parece que nuestro legislador tenga especial interés en ella[11]. Y ello a pesar de que el contrato —su teoría general es uno de los dos títulos propuestos para modernizar el Libro IV del Código Civil— es la forma más importante de articular la cooperación entre los individuos en las sociedades complejas, tanto cuantitativa como cualitativamente[12].

Lo cierto es que las reglas sobre obligaciones y contratos nunca fueron la principal preocupación del legislador español, pues siempre aparecían otras materias "más agudas" (quizá por controvertidas) a las que se les ha dedicado mayor atención. En la exposición de motivos de la PM 2009 se señalan las cuestiones que tienen que ver con la legislación foral, los problemas de la relación entre el Estado y la Iglesia católica en materia de matrimonio, o la aproximación del derecho sucesorio del Código Civil a los derechos sucesorios de algunas regiones, sobre todo en materia de legítimas[13].

Como se hace notar tanto en el prólogo como en la exposición de motivos de la PMR 2023, el Libro IV del Código Civil apenas ha sido objeto de modificaciones desde su redacción originaria en 1889, lo cual implica que tenemos prácticamente inalterada una parte fundamental de nuestro derecho patrimonial. Además, dado que la mayoría de los países de nuestro entorno sí han ido, bien modernizando esta parte de sus códigos, bien promulgando códigos nuevos, nuestros preceptos sobre obligaciones y contratos son de los más antiguos en vigor hoy en día[14].

---

10. Sobre el desinterés del legislador en el derecho civil se ha pronunciado GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1 (enero-marzo 2022), pp. 233-245.

11. Y, en el hipotético caso de que tuviese tal interés, la situación política actual con un legislador tan fragmentado y un partido gobernante al que le cuesta encontrar suficientes apoyos parlamentarios para aprobar leyes, parece difícil que la PMR 2023 se pueda aprobar a corto plazo. También, es cierto que se trata de un tema en el que no veríamos difícil que se encontrase consenso parlamentario, dado que es una materia —la de obligaciones y contratos— bastante "neutra" en lo que a colores y posiciones políticas se refiere, a diferencia de otras, como podrían ser las relacionadas con el derecho de familia o incluso con el sistema sucesorio.

12. GÓMEZ POMAR, F., "El incumplimiento contractual en Derecho español", *InDret* 3/2007, p. 4.

13. Exposición de motivos de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009, punto II, p. 15, justificando y "perdonando" al legislador al decir que "en la actividad política cada hora tiene su afán".

14. Exposición de motivos de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023, Comisión de Codificación, sección civil, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023, p. 20.

Ello no solo implica que los tribunales, en su aplicación del código a los conflictos jurídicos, en ocasiones tengan que hacer cuasi "piruetas" para que el texto codificado no suponga un obstáculo para la solución de los conflictos, no solo con la inseguridad jurídica que pueda acarrear que dicha solución no esté plasmada en el código, sino también con lo que puede implicar la clara desventaja respecto de otros ordenamientos jurídicos en los que las normas estén adaptadas a lo que exige el tráfico económico moderno, cuya interconexión no suele entender de fronteras entre ordenamientos jurídicos, tal y como demuestran muchos de los contratos de hoy en día, los cuales presentan elementos internacionales[15]. Por eso, no estamos del todo de acuerdo con la calificación que en la PM 2009 se le daba a esta reforma, diciéndose que sería exagerado hablar de "necesidad de la reforma y, menos todavía motejar a ésta como perentoria". La justificación que los miembros de la CGC daban por aquel entonces era que, durante más de cien años, el ordenamiento jurídico-privado había sido capaz de solventar, por vía jurisprudencial y doctrinal, los conflictos planteados en esta materia. No obstante, decían que la conveniencia de modernizar el código en esta materia era indiscutible[16]. Aquí creemos que sí existe tal necesidad, y así parece desprenderse no solo de las obligaciones de revisión establecidas por el propio Código Civil en sus disposiciones adicionales, sino también de la nueva PMR 2023.

De la exposición de motivos de la PMR 2023, podemos extraer que sus autores han tomado como fuentes para la revisión de la PM de 2009, las citadas, a grandes rasgos, por los autores de nuestro Código Civil. Es decir, si de ese mandato de revisión del código en el que las tres disposiciones adicionales mandaban atender, por un lado, a lo que señalasen los magistrados del Tribunal Supremo y de las audiencias provinciales en sus memorias anuales, además de a la doctrina del Tribunal Supremo; y por otro, a los progresos realizados en otros países que pudiesen presentar alguna utilidad en el nuestro, en la PMR 2023 se apunta, con matices, a estas dos mismas fuentes, además de a una tercera que el legislador decimonónico todavía no podía conocer ni prever, como fueron los textos del moderno derecho de contratos[17]. Así, la PMR 2023 señala

15. Exposición de motivos de la PMR 2023, *op. cit.,* p. 20.

16. Exposición de motivos de la PM 2009, punto I, p. 15.

17. En la exposición de motivos de la PM 2009 el punto III, pp. 17-18, explica, de forma muy ilustrativa y breve, lo que sucedió en la sociedad durante el siglo XX y que produjo esta necesidad de cambio en la regulación legal de los contratos: "El siglo XX, en todo su cambiante y multiforme recorrido, ha conocido fenómenos a veces contradictorios que han incidido de lleno en la regulación legal de los contratos. Es el más importante, sin duda, el que se ha podido llamar la masificación y la estandarización de la materia contractual, que ha producido la conocida figura de las condiciones generales de la contratación y la búsqueda de remedios para corregir o paliar los abusos que a través de ella se pueden cometer. A consecuencia de los sucesivos períodos de crisis económicas y de bonanzas se han conocido también anómalas figuras, como la creación de relaciones contractuales por imposiciones administrativas u otras fórmulas parecidas y nuevos períodos que pueden llamarse de una nueva liberalización. Los últimos años del siglo anterior y los primeros de éste han incidido, en el fenómeno conocido tópicamente como globalización, la multiplicación de los mercados y lo que podemos llamar relaciones transfronterizas. Todo ello, unido a la existencia

que se han tomado en consideración tres fuentes: la primera, nuestra propia tradición jurídica, recogiendo las respuestas dadas en los últimos tiempos por jurisprudencia y doctrina a problemas con soluciones discutidas en el Código Civil; la segunda, los mencionados textos internacionales, algunos codificados como la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y otros de armonización a modo de *soft law*, como los Principios Europeos de Derecho de Contratos, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, el Marco Común de Referencia, la Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea, además de algunas directivas con incidencia en el derecho de obligaciones y contratos. Yla tercera, en relación con ese mandato de atender a los progresos que se hagan en países de nuestro entorno, la PMR 2023 menciona, como fuentes, los códigos civiles más cercanos a nuestra tradición jurídica, que ya han sido objeto de modernización, citando expresamente, por su importancia teórica y práctica, las reformas alemana (2000), francesa (2016) y belga (2022)[18].

Vista la necesidad de reforma del Código Civil en la materia que nos ocupa, pasamos ahora a estudiar las vías por las que tal modificación podría ser planteada.

de estructuras políticas supranacionales, ha impulsado el nacimiento de cuerpos de derecho que se ocupan de esta materia, sirviéndose de nuevos puntos de vista y de nuevos criterios".

18. Exposición de motivos de la PMR 2023, *op. cit.,* pp. 21-22.

2. POSIBLES CAUCES PARA APROBAR LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Tres son las vías que se nos presentan para encauzar la iniciativa legislativa de la PMR 2023. En primer lugar, podremos recurrir al procedimiento ordinario, regulado en los arts. 87 a 91 de la Constitución española (en adelante, CE), ya sea mediante la presentación de un proyecto de ley por el Gobierno, ya mediante una proposición de ley de los grupos parlamentarios. En segundo término, podrá acudirse al tan manido hoy decreto ley, figura estrella de los últimos gobiernos a la hora de encauzar las reformas legislativas. Regulado en el art. 86 de la CE, permite que en casos de "extraordinaria y urgente necesidad" (términos totalmente tergiversados hoy día), el Gobierno dicte disposiciones legislativas provisionales que posteriormente deben someterse a debate en el Congreso para su convalidación o derogación. Por último, la tercera vía sería la de la delegación legislativa de las Cortes Generales en el Gobierno, otorgándose dicha delegación mediante una ley de bases en el caso de los textos articulados[19], como sería este supuesto de la PMR 2023, y promulgándose posteriormente un real decreto legislativo con el texto articulado.

A continuación, expondremos con mayor detalle cada una de estas tres posibles vías.

2.1. El procedimiento ordinario: demasiado lento y complejo para una reforma tan técnica

Aunque por el título de este apartado ya se aprecia que no es la vía que estimamos más conveniente para aprobar la PMR 2023, no por ello dejaremos de dedicarle unas líneas al procedimiento que es, o debería ser, el ordinario y, por tanto, el más frecuente para la aprobación de leyes. Y es que hace tiempo que este procedimiento ha sido casi igualado en número por el que debería ser el extraordinario, el de aprobación mediante decretos leyes de la legislación parlamentaria[20].

El procedimiento ordinario aparece recogido en los arts. 87 a 91 de la CE. Según el primero de ellos, la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado (art. 87.1); a las asambleas de las comunidades autónomas (en adelante, CC.AA.) (art. 87.2) y al pueblo (art. 87.3). No obstante, en una lectura más detenida, apreciamos que

19. Si se tratase de refundir varios textos legales en uno solo no hablaríamos de ley de bases, sino que habría que dictar una ley ordinaria.

20. Según los datos que nos muestra ARAGÓN REYES, M. I, en *Uso y abuso del decreto ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional,* Madrid, Iustel, 2016, pp. 36-37, extraídos de las páginas web del Congreso y del BOE, desde la aprobación de la Constitución y hasta 2015, los decretos leyes alcanzaron la cifra del 29% de toda la legislación parlamentaria. Si nos fijamos en los últimos datos que nos da, el período de enero de 2011 a noviembre de 2015, el porcentaje se eleva al 45,2% de decretos leyes (99) frente al restante 54,8% correspondiente a leyes ordinarias (166) y a leyes orgánicas (53). De hecho, si solo se tienen en cuenta las leyes ordinarias, el porcentaje de decretos leyes alcanza la cifra de 59,6%. Teniendo en cuenta que la progresión de estos porcentajes no hizo más que aumentar en el período analizado por el autor, no nos extrañaríamos de que ahora, diez años más tarde, los decretos leyes hayan superado —incluso nos atreveríamos a decir que con creces— el porcentaje de leyes ordinarias y orgánicas aprobadas.

las palabras "iniciativa legislativa" solo están recogidas en el apartado referido al Gobierno y a las cámaras parlamentarias, mientras que para las CC.AA. se dice que podrán, bien solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley, bien remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley; respecto de los ciudadanos, se habla de "iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley"[21]. Por lo que, en puridad, la doctrina constitucionalista estima que la "iniciativa legislativa" como tal corresponde al Gobierno y al Parlamento. No obstante, las CC.AA. y los ciudadanos podrán presentar propuestas ante los sujetos que tienen atribuida esta iniciativa "plena"[22].

Por lo tanto, por un lado, el Gobierno está facultado para presentar proyectos de ley, y por otro, las cámaras podrán dar comienzo a la tramitación de los textos legislativos mediante proposiciones de ley.

En el primer caso, es el art. 88 de la CE, con su desarrollo en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, LG), el que se refiere a que será el Consejo de Ministros quien apruebe los proyectos de ley que deberán ser sometidos al Congreso, yendo acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos (art. 88 de la CE y art. 5.1 a) de la LG). También regulan el procedimiento la Ley 39/2025, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), de las que destacamos que, al igual que sucede con otros procedimientos, se les aplicarán principios establecidos con carácter general y que implican la elaboración de un Plan Anual Normativo, la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas, el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, y la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa y la evaluación *ex post* de las normas aprobadas[23]. Además, serán preceptivos para los anteproyectos de ley, además de los que pudieran resultar de la materia objeto de regulación, incluido el Dictamen del Consejo de Estado, los informes de la Secretaría General Técnica del ministerio o ministerios proponentes (art. 26 LG).

---

21. En este trabajo no nos vamos a detener en la posibilidad de que sea una comunidad autónoma la que presente una proposición de ley sobre la PMR 2023, ni tampoco que llegue al poder legislativo mediante una iniciativa ciudadana: en el primer caso, porque al tratarse de una modificación del Código Civil, entendemos que la competencia y el interés para tal modernización debe venir del Estado, como efectivamente sucede en este caso —mediante el mandato del Ministerio de Justicia a la Comisión de Codificación—; y en el segundo, porque no vemos a la ciudadanía recabando 500.000 firmas para que se modernice el Código Civil, y menos en la materia que nos ocupa —salvo que todos los juristas, incluidos profesores de derecho civil, nos movilizásemos en este sentido, involucrando a alumnos y exalumnos..., lo que tampoco creemos que pueda suceder—.

22. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "La iniciativa legislativa. Comentario al art. 87 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, p. 239 y 241.

23. Para mayor detalle, véase GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "La iniciativa legislativa...", *op. cit.,* p. 248.

Una vez que se han cumplido los trámites de consulta y audiencia públicas, se ha elevado una primera vez al Consejo de Ministros y se han emitido los informes y dictámenes preceptivos, el anteproyecto se somete a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se eleva de nuevo al Consejo de Ministros para su aprobación y remisión del proyecto de ley al Congreso de los Diputados o al Senado, acompañándolo de una exposición de motivos, así como de la documentación propia del procedimiento de elaboración al que se refiere al art. 7.b) y d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno[24].

Si ha ido al Congreso, la Mesa de este ordenará su publicación, la apertura de un plazo de presentación de enmiendas y el envío a la comisión correspondiente (art. 109 del Reglamento del Congreso). A partir de aquí comienzan diversos plazos para la presentación de enmiendas, respuesta a ellas y debates e informes, que no nos pararemos a describir, pero que pueden prolongar el procedimiento durante meses o, en muchos casos, años[25].

En el segundo caso, el de la iniciativa emanada del Parlamento, son los Reglamentos de las respectivas cámaras los que regulan cómo llegan a formularse sus actos de iniciativa: así, se atribuye a los parlamentarios —15 diputados y 25 senadores, arts. 126 del Reglamento del Congreso y 108 del Reglamento del Senado, respectivamente—, y a los grupos en que se integran, la facultad de presentar una propuesta articulada. Esta se denominará "proposición de ley", que deberá ser asumida, mediante su toma en consideración, por la respectiva cámara, pues es la única titular de la iniciativa reconocida por el art. 87 de la CE[26].

De nuevo, las proposiciones de ley deben ir acompañadas, al igual que los proyectos, de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas. En el caso del Congreso, será su Mesa la que ordenará su publicación y remisión al Gobierno para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración; y si transcurren treinta días sin que se haya negado expresamente su conformidad, se podrá incluir la proposición en el orden del día del pleno para su toma en consideración.

---

24. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "La iniciativa legislativa…", *op. cit.,* p. 250.

25. Véanse los arts. 112 a 123 del Reglamento del Congreso, accesible en: https://www.congreso.es/es/normas/reglamento-del-congreso.

26. La reforma del Código Civil sobre el régimen jurídico de los animales, llevada a cabo mediante la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, se operó por un grupo parlamentario a través de una proposición de ley muy similar a otra proposición presentada por otro grupo y a una tercera proposición de ley en 2021 proveniente, en gran parte, de un acuerdo entre múltiples partidos alcanzado en 2019. La doctrina ha señalado que el hecho de que la reforma proceda de una proposición de ley de partidos políticos, representados por el correspondiente grupo del Congreso, se trató de una situación insólita y probablemente inédita en la historia de las modificaciones del Código Civil, que hasta entonces se había reformado siempre por impulso gubernamental. AMÉRIGO ALONSO, J., "Breve digresión, a propósito de la Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico de los animales, sobre el camino hacia la modernización del Código Civil", *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal,* n.º 10, 2022, p. 8.

A partir de ahí, una vez iniciado el debate parlamentario, se abrirá un plazo de enmiendas y el procedimiento seguirá los mismos trámites previstos para los proyectos de ley (art. 126 del Reglamento del Congreso), por lo que de nuevo nos encontramos con un procedimiento que se podrá dilatar mucho en el tiempo.

Como podemos observar, el procedimiento ordinario, aunque democrático y garantista, es extremadamente lento y complejo. Como ya ha declarado la doctrina, este procedimiento casa muy mal con una reforma de naturaleza muy técnica, como es la que nos ocupa, pues ha de tener una coherencia que puede verse desvirtuada si su articulado se somete durante largos períodos de tiempo a enmiendas y transacciones entre los diferentes grupos parlamentarios[27].

No obstante, este procedimiento, en concreto la iniciativa legislativa del Gobierno mediante un proyecto de ley, parece que era la opción pensada por los que en 2009 presentaron la primera de las versiones del Proyecto de modernización de Código Civil en materia de obligaciones y contratos. En la exposición de motivos de la PM 2009, su último párrafo dice que "en virtud de todo ello, la sección 1.ª de derecho civil de la Comisión General de Codificación tiene el honor de proponer el siguiente anteproyecto de ley"[28]. Por el contrario, en la exposición de motivos de la PMR 2023 nada se dice sobre este extremo ni tampoco sobre el procedimiento legislativo para aprobarse, aunque indirectamente se pronuncie, pues, como veremos, el texto de la PMR 2023 se acompaña de una propuesta de ley de bases. Pero antes de pasar a estudiar esta opción indirectamente elegida por la CGC, veamos brevemente el segundo de los cauces que podría darse, que es el de su aprobación mediante un real decreto ley.

2.2. El decreto ley: ¿reforma de extraordinaria y urgente necesidad?

El art. 86 de la CE establece que en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos leyes. Obviamente, sin tener en encuentra la aquí tratada, estas normas no podrán afectar a determinadas materias, por lo que, en un análisis que atienda exclusivamente al contenido de la PMR 2023, su aprobación por decreto ley sería posible. No obstante, como se desprende del art. 86 de la CE, este procedimiento está reservado para casos extraordinarios en los que urja la normativa, pensado para el legislador constitucional en situaciones de crisis económica, sanitaria, o similar.

Por tanto, en este artículo se está cohonestando la potestad legislativa del Estado con la facultad del Gobierno, a quien le corresponde la potestad reglamentaria de dictar

27. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil,* vol. XI, n.º 2 (abril-junio), 2024, p. 5. Además, señala la autora que el primero de los problemas a los que se enfrentaría este procedimiento es el del escaso interés que suscita una reforma civil sobre esta temática, aún a pesar de la enorme importancia para la economía y funcionamiento del mercado que puede tener.

28. Exposición de motivos de la PM 2009, p. 44.

también disposiciones normativas con fuerza de ley. Explica la doctrina constitucionalista que los debates parlamentarios, durante la elaboración de la Constitución, no se centraron tanto sobre la conveniencia de regular la existencia o no del decreto ley —cuyo empleo había sido abusivo durante la dictadura franquista—, sino sobre su adaptación a la nueva estructura constitucional, sometiéndola a límites y controles a los que el Gobierno habría que supeditar el ejercicio de esta facultad, al objeto de impedir un uso inmoderado y discrecional de la misma[29]. Tres son las características de los decretos leyes: la primera, que surgen de una potestad originaria propia del Gobierno y no delegada, como sucederá en los decretos legislativos; la segunda, que tienen fuerza y rango de ley, por lo que su control jurisdiccional corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional; y la tercera, que son provisionales, requiriendo la convalidación parlamentaria[30].

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha definido el presupuesto habilitante de la "extraordinaria y urgente necesidad" en base a dos componentes: por un lado, la propia situación, y por otro, las medidas tomadas. Sobre la valoración de la situación para tornarla de extraordinaria y urgente, el control que ejerce el TC se basa en comprobar que en la norma hayan quedado reflejados los factores urgentes en su exposición de motivos, en su expediente de elaboración o a lo largo del debate parlamentario, debiendo concretarse en una definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, lo que no permite que se usen fórmulas genéricas o estereotipadas. En cuanto a las concretas medidas adoptadas para afrontar esta situación, se controla no tanto su mayor o menor bondad técnica, su oportunidad o su eficacia para combatir aquella, sino que la fiscalización del TC se circunscribe exclusivamente a constatar la existencia de la necesaria conexión de sentido entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas[31].

El TC ha interpretado de forma laxa la fórmula "extraordinaria y urgente", descartando que se refiera a situaciones absolutas o extremas —por tanto, rechazando equiparar las situaciones a las dadas en los estados de alarma, excepción y sitio— e identificándolas más bien con situaciones de necesidad relativa[32]. Así, ha considerado lícitos los usos

29. DUQUE VILLANUEVA, J. C., "El decreto ley. Comentario al art. 86", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid*, Boletín Oficial del Estado*, 2018, p. 220.

30. DUQUE VILLANUEVA, J. C., "El decreto ley…", *op. cit.,* p. 220.

31. DUQUE VILLANUEVA, J. C., "El decreto ley…", *op. cit.,* pp. 223-224, con cita en varias sentencias del TC.

32. De hecho, recientemente ha considerado constitucionales las medidas volcadas en el Real Decreto Ley 6/2019, para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por entender que el Gobierno había explicado correctamente la concurrencia del presupuesto habilitante de "extraordinaria y urgente necesidad". En este sentido, exponía que existen razones de peso al considerar los resultados discretos, cuando no insignificantes, alcanzados hasta ese momento por la regulación legal en la materia, la Ley Orgánica 3/2007, así como la demora que se estaba produciendo en la realización efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres, lo que exigía acción normativa inmediata. STC 18/2023, de 21 de marzo, FJ 3.

de decretos leyes, en lo que aquí nos interesa, a casos en los que se requiera una rápida respuesta ante no solo coyunturas económicas problemáticas, sino también ante la necesidad de consolidar el crecimiento de la actividad económica para adoptar medidas de política económica general fundamentadas en garantizar la permanencia en el tiempo de una preexistente fase expansiva económica[33].

Quizá sería un poco forzado justificar que la reforma que ahora comentamos sirve directamente para consolidar el crecimiento de la actividad económica. No obstante, como ya señalamos, los contratos y, por tanto, las normas que los regulan, son intrínsecos a las actividades económicas; y cuanto más fortalecido, modernizado y adaptado al tráfico económico esté nuestro ordenamiento jurídico, mejor resultará aquel. Dada la tendencia actual de "abuso" —como lo ha calificado la mejor doctrina constitucionalista[34]— de este instrumento normativo, quizá del análisis de la PMR 2023, desde su perspectiva económica —especialmente, bajo la ya consolidada rama de "análisis económico del derecho"—, surgiese una buena justificación sobre su "urgencia y necesidad" que sirviese para encauzar un posible decreto ley bajo estos laxos límites a los que el TC ha sometido su presupuesto habilitante. La ventaja sería la rapidez de su tramitación, dado que el art. 86.2 de la CE estipula que los decretos leyes deben ser sometidos inmediatamente a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocándolo en un plazo máximo de 30 días desde su promulgación, pronunciándose el Congreso sobre su convalidación o derogación (art. 151 del Reglamento del Congreso).

Así, en nuestra opinión resultaría forzado que la PMR 2023 se aprobase mediante este procedimiento de urgencia, por lo que pasamos a exponer el cauce que sí consideramos adecuado para tal reforma de nuestro Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

33. DUQUE VILLANUEVA, J. C., "El decreto ley...", *op. cit.,* p. 224, con cita en varias sentencias del TC.

34. Siguiendo al ya citado ARAGÓN REYES, M., con su expresión plasmada en el título de su libro "Uso y abuso del decreto ley...", quien entiende que el uso desmedido de los decretos leyes ha llegado a un extremo de gravedad que nuestro ordenamiento no puede soportar. *op. cit.,* p. 14.

3. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA COMO CAUCE IDEAL PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3.1. La regulación constitucional de la delegación legislativa

Son los arts. 82 a 85 de la CE los encargados de regular la delegación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico[35]. Esto significa que las Cortes hacen parcial entrega de su poder legislativo al Gobierno para que este dicte normas, los decretos legislativos, con el mismo valor que las emanadas por las Cortes[36]. Es decir, aunque el Gobierno tenga su ámbito normativo propio, que es el de dictar normas con rango reglamentario, también se le ha facultado para dictar normas con rango de ley —como ya hemos visto en el caso de los decretos leyes—, a pesar de no ser el representante primario de la voluntad popular[37]. La delegación legislativa es una auténtica delegación en sentido técnico, pues las Cortes trasladan su "potestad" de dictar normas al Gobierno, y al resultado de la delegación se le atribuye el mismo "rango" de ley que se les atribuye a las normas emanadas del Parlamento[38].

La ley de delegación ha de contener los límites del poder normativo delegado, tanto de contenido como en lo que se refiere a duración de la actividad legislativa delegada. De que el ejecutivo se mueva dentro de estos límites fijados dependerá que las normas aprobadas con rango de ley sean válidas o que, si se sale de estos, puedan declararse nulas.

La regulación ofrecida por la CE es minuciosa, estableciéndose unas condiciones, límites y controles que se deberán aplicar a todo acto de delegación. De hecho, la mejor doctrina administrativa entiende que estas situaciones de delegación no suponen una renuncia o abdicación de las Cortes, sino un mecanismo de colaboración normativa entre el parlamento y el Gobierno en la regulación de una materia o sector[39]. Creemos que esta

---

35. También las constituciones italiana, alemana, francesa o portuguesa, por citar algunas de nuestro entorno, prevén la delegación legislativa. GARCÍA ROCA, J., *Lecciones de derecho constitucional,* Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2023, p. 165.

36. El origen de la figura de la delegación legislativa en España se remonta al Estatuto Real de 1834, como nos indica VÍRGALA FORURIA, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley,* Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991, p. 11.

37. NAVARRO RUIZ, J. C., "Las normas con rango de ley emanadas del Gobierno estatal desde la aprobación de la Constitución española de 1978", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario,* n.º extra 31, 2018, p. 319. La diferencia de rango entre reglamentos y leyes es especialmente relevante en cuanto a su control, pues mientras que las primeras podrán supervisarse por el poder judicial, las segundas solo podrán controlarse y anularse por el Tribunal Constitucional.

38. VÍRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa. Los decretos legislativos. Comentario a los arts. 82, 83, 84, 85 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado,* 2018, p. 204.

39. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada... op. cit.,* p. 182.

perspectiva desde la que entender la delegación, frente al procedimiento ordinario, es fundamental para acallar las críticas que tachan esta técnica de menos democrática, pues como veremos, las condiciones, límites y controles a los que se somete esta técnica legislativa son escrupulosos.

3.2. La ley de bases: la delimitación mediante "criterios" y "principios" de la materia delegada

Históricamente, la delegación legislativa ha adoptado en España dos formas: la delegación mediante una ley de bases, si lo que se delega es la posibilidad de dictar textos articulados; o la delegación de refundición, si de lo que se trata es de refundir textos legales. La modalidad que nos interesa analizar en el caso de la PMR 2023 es la primera, que en comparación con la segunda "tiene un punto más de intensidad", dado que resultará una norma resueltamente innovadora de la realidad leal existente, no meramente sistematizadora como sucede con las leyes de refundición[40]. Estamos ante textos que suponen una verdadera creación normativa, y la doctrina estima que es una técnica especialmente indicada para regulaciones muy técnicas, como puede ser un código o una ley procesal. En estos casos, las Cortes sentarán los principios de la regulación mediante la ley de bases y, a continuación, el aparato legislativo del gobierno podrá disponer de tiempo y la necesaria especialización, plasmando con detalle en el decreto legislativo el texto articulado[41].

La concreción de unas bases será esencial, pues sin ellas estaríamos hablando de una abdicación del poder legislativo "en abstracto" a favor de la Administración, lo que sería inconstitucional. Estas bases, aún genéricas y de ulterior concreción, deberán ser explícitas. El art. 82.4 de la CE se refiere a que estas "delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio". La doctrina entiende que en la práctica los "principios y criterios" no pueden ser ni "tan vagos e indeterminados que no supongan una verdadera directiva para el delegado", ni tampoco "tan difusos y minuciosos que no dejen ningún margen de discrecionalidad". Es decir, con las bases se tendrán que poder clarificar algunos puntos controvertidos que pudieran planteársele al Gobierno en la elaboración del texto, además de señalar los intereses públicos a satisfacer por la normativa delegada. En la teoría, la doctrina distinguía entre los "principios", aquellos puntos básicos de cómo ha querido el Parlamento articular la materia; y los "criterios", aquellos intereses públicos a satisfacer y que el Gobierno debe respetar. No obstante, en la práctica, ambos conceptos se mezclan y no parecen distinguirse en las leyes de bases dictadas hasta el momento[42]. Tampoco parecen diferenciarse estos dos puntos en la propuesta de ley de bases de la PMR 2023, como comentaremos más adelante.

---

40. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada... op. cit.,* p. 181.

41. GARCÍA ROCA, J., *Lecciones... op. cit.,* p. 166.

42. VÍRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa...", *op. cit.,* p. 206.

En definitiva, la ley de bases ha de contener las directrices básicas de la norma del texto articulado a elaborar[43] —la "legislación esqueleto", como la definen los ingleses—, y esta ley también podrá venir propuesta por los grupos parlamentarios que no formen parte del Gobierno. En la década de los noventa, como nos recuerda la doctrina, fueron varias las proposiciones de leyes de bases presentadas por los grupos de la oposición, pues esta técnica era percibida como un instrumento a través del cual marcarle al Gobierno su actividad normativa[44].

Aunque, en la actualidad, lo cierto es que estamos, en general, ante una técnica legislativa de escasa utilización[45], fue la empleada para la aprobación del Código Civil en 1889 y para una de sus más importantes reformas, la de su título preliminar en 1976. Si bien ambas son preconstitucionales, varios extremos de sus leyes de bases y procedimiento de aprobación pueden sernos útiles a la hora de analizar la actual PMR 2023 y su correlativa propuesta de ley de bases.

3.2.1. La ley de bases del Código Civil

La ley de bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1888[46], se estructuró en 8 artículos a los que seguían 27 bases. El primer artículo se refiere a la autorización conferida por las Cortes al Gobierno para la aprobación del Código Civil "con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esta ley". Con "condiciones", entendemos que se refiere a lo establecido en los subsiguientes artículos, antes de dar comienzo a las propias bases, y que se refieren a cuestiones como quién llevará a cabo la redacción del código (art. 2: la Comisión de Códigos, cuya "sección de derecho civil formulará el texto del proyecto", aunque se publicará con las modificaciones que vea necesarias el Gobierno); el plazo, y posible prórroga, en el que empezará a regir el nuevo código una vez se haya trasladado su texto a las Cortes (arts. 3 y 4); la conservación del derecho foral en aquellos territorios en donde existiese, así como la posterior publicación de los apéndices del Código Civil en los que se contengan las instituciones forales (arts. 5 y 6); y la salvedad de que el código empiece a regir en Aragón e Islas Baleares, al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a sus disposiciones forales (art. 7)[47]. Por último,

---

43. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada... op. cit.,* p. 184.

44. AMÉRIGO ALONSO, J., "Breve digresión...", *op. cit.,* p. 8.

45. Según GARCÍA ROCA, J., *Lecciones... op. cit.,* p. 167, solo algo más de media docena de veces se ha usado esta técnica desde dictada la Constitución —aunque, como vemos, sí se utilizó antes para la aprobación del Código Civil y para la reforma de su título preliminar—. Entre otras, menciona que se aprobaron mediante delegación legislativa la ley de procedimiento laboral de 1989, la ley de enjuiciamiento civil del 2000 y la ley general tributaria en 2003.

46. Se publicó en la Gaceta de Madrid, n.º 143, de 22 de mayo de 1888, pp. 565-567. Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1888-3236.

47. De hecho, el art. 12 del Código Civil indicaba que los derechos forales habrían de "conservarse por ahora...", pues, según la base 6.ª, se preveía que se aprobasen en el futuro proyectos de ley que, una vez aprobados, serían los apéndices al Código Civil, que podrían tomar la forma bien de

el art. 8 se refiere a que "tanto el Gobierno como la Comisión se acomodarán en la redacción del Código Civil a las siguientes bases".

Se ha señalado que los mayores esfuerzos en la elaboración del código, y que se reflejan en la redacción de esta ley de bases, no fueron precisamente los preceptos dedicados a las obligaciones y contratos. En cambio, sí lo fueron los temas de relación entre el Código Civil con las legislaciones forales, los temas entre el Estado y la Iglesia católica en materia de matrimonio, y la aproximación del derecho sucesorio del Código Civil a los derechos sucesorios de algunas regiones —sobre todo en materia de legítimas—. Así, hay un claro contraste entre las bases referidas a estas cuestiones y las bases 19 y 20, que son las que respectivamente se refieren a las obligaciones y a los contratos[48].

La base 19 comienza estableciendo la generalidad con la que deben regularse la naturaleza y los efectos de las obligaciones, y recuerda materias que se deben regular, como la mancomunidad y la solidaridad; las obligaciones alternativas, condicionales, a plazo y con cláusula penal; los modos de extinción; y la prueba de las obligaciones. Todo ello debía hacerse armonizando el código con la ley de enjuiciamiento civil y respetando la legislación notarial y los principios generales por los que estas materias se regían.

En la base 20, refiriéndose a los contratos, se señala que son fuentes de obligaciones y que serán considerados como meros títulos para adquirir el dominio o cualquier otro derecho real, no operando la transmisión; y también señala que se fijarán las condiciones del consentimiento, la capacidad, la libertad de las partes, el objeto, la causa, la forma, la interpretación y los motivos que anulan y rescinden los contratos. Cabe destacar que en este extremo los miembros de la CGC citan que se deberán seguir "los principios consagrados por las legislaciones modernas", por lo que además del *Code Civil* francés — que la verdad en esa época ya no se podía calificar de moderno, pues había pasado casi un siglo desde su promulgación—, se estaban teniendo en cuenta el Código Civil italiano de 1865 y el Código Civil argentino de 1869[49].

"artículos bis, capítulos o secciones intercalados, incluso notas a pie de página". DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación...", *op. cit.,* p. 40.

48. Exposición de motivos de la PM 2009, punto II, pp. 15-16.

49. Según la CGC de 2009: "Es verdad que la base primera había ordenado que se tomara como punto de partida el anterior proyecto de 1851. Y eso hizo el codificador ante los preceptos de que tratamos. Recibió por esta vía, sobre todo, la regulación del Código Civil francés, aunque es cierto que con las importantes y sabias acotaciones y puntualizaciones de don Florencio García Goyena y de los demás miembros de la comisión redactora. El fondo doctrinal continuó siendo el Código Civil francés que, además, había recibido una herencia que, en parte, procedía de las escuelas del derecho natural racionalista y, en parte, de una recepción no especialmente crítica de muchas de las soluciones del derecho romano. En los momentos anteriores a la promulgación de nuestro código los autores introdujeron leves modificaciones, la mayor parte de las cuales tenían su origen en el derecho comparado, como en el Código Civil italiano de 1865, en el Código Civil argentino y en las notas con que lo enriqueció Dalmacio Vélez Sársfield, y en el llamado Anteproyecto de Laurent". Exposición de motivos de la PM 2009, punto II, pp. 16-17.

Es curiosa la reflexión que hace la CGC de 2009 sobre lo escueto de estas dos bases al decir que "el legislador de 1889 debió pensar que el derecho de contratos no era, en rigor, una materia conflictiva, y que el principio de autonomía de la voluntad podría contribuir a solucionar la mayor parte de las cuestiones". De hecho, expone que a la misma conclusión se llegó en la posterior discusión parlamentaria sobre la forma en que el gobierno —y por tanto, la CGC— había cumplido el encargo de la ley de bases, pues toda la reflexión sobre el derecho de contratos "fue más bien superficial", haciéndose "continuamente hincapié en el principio de autonomía de la voluntad"[50]. En opinión de la CGC de 2009, "de todo ello resultó una regulación que presentaba por lo menos altibajos y claroscuros y que, sin poderse decir que incurriera en contradicciones, tampoco presentaba una interna armonía. Por otra parte, esos preceptos pensados en épocas anteriores empezaron a cuadrar mal con las variaciones que en el mundo económico se estaban produciendo y se iban a producir no mucho después"[51]. De hecho, como ya sabe el lector, hoy todavía, los artículos sobre obligaciones y contratos siguen prácticamente intactos desde su redacción original y, por tanto, continúan "desafinados", con más razón, respecto del tráfico económico actual.

Por último, cabe destacar que el control del texto articulado del Código Civil por parte de las Cortes, a fin de controlar su ajuste o no con la ley de bases, forzó una segunda edición del Código Civil[52].

3.2.2. La ley de bases de modificación del Título Preliminar del Código Civil

La ley de bases de 17 de marzo de 1973 facultó que, poco más de un año después, se promulgase, mediante su correspondiente texto articulado, la reforma del título preliminar del Código Civil, publicado el 31 de mayo de 1974. Fue la primera gran reforma del Código Civil, casi un siglo después de su promulgación. Se ha dicho que supuso en el campo del derecho civil, el cometido más importante desarrollado desde la elaboración del código[53]. Lo cierto es que su importancia viene establecida debido a que, aún quedando inserto el título preliminar en un cuerpo de derecho privado como el código, su trascendencia es cuasi constitucional por razón de los principios que enumera[54].

Así, realmente, la primera de las razones principales que llevaron a modificar el Código Civil fue sentar las bases de solución de los problemas de derecho interregional que

---

50. Exposición de motivos de la PM 2009, punto II, p. 16.

51. Exposición de motivos de la PM 2009, punto II, p. 17.

52. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares...", *op. cit.,* p. 8.

53. HERNÁNDEZ GIL, A., "Génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil", *Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, Barcelona, Iltres. Colegios de Abogados y Notial de Barcelona, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, 1976, p. 7.

54. Su naturaleza "cuasi constitucional" se debe a que contiene principios como el de obligatoriedad de las leyes, su retroactividad o irretroactividad, el abuso de derecho y el fraude de ley, las consecuencias de la ignorancia del derecho, las fuentes del derecho, los estatutos reales y personales, y la existencia de un derecho interregional.

habían ido surgiendo a raíz de las compilaciones forales que se fueron aprobando tras el decreto de 23 de mayo de 1947[55] que recogía las conclusiones del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza[56]. Ello fomentó que se aprovechase la ocasión para efectuar una reestructuración del título preliminar a fin de conseguir una sincronización con las necesidades sociales de la época y una armonía y sistemática que faltaba anteriormente[57].

La preparación de un texto que recogiese estos extremos provenía del año 1962, cuando el pleno de la CGC conoció un anteproyecto de articulado, elaborado por su sección 1.ª, que siguió mejorándolo, dictando otro anteproyecto con fecha de 1965. Este segundo texto ya se consideró definitivo a los efectos de elevarlo al Ministerio de Justicia[58].

No obstante, señala la doctrina que, en este punto, se planteó un problema de técnica legislativa: entendiendo la CGC que se trataba de una materia señaladamente técnica, no veían oportuno entregar los detalles de una regulación articulada a las Cortes, "en donde acaso podría faltar la calma, el sentido del rigor y el cuidado del detalle que exige una materia tan delicada", por lo que la CGC condensó el texto articulado en unas bases. Estas bases fueron las que se elevaron al Ministro de Justicia y, este, las elevó al Gobierno, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes el 25 de octubre de 1966. Se presentaron siete enmiendas y la ponencia designada aplazó la emisión de su informe, lo que el Gobierno aceptó, produciéndose entonces un período dilatado de tiempo de espera de más de cinco años. El motivo de este retraso fue generado, precisamente, por la reticencia de las Cortes a la técnica de la aprobación de la reforma por una ley de bases, por considerarse que no les permitía ejercer el suficiente control del texto articulado, cuyo conocimiento previo no hacía posible el régimen parlamentario anterior[59].

Durante más de cinco años, la CGC siguió reelaborando el texto, aún con un destino incierto; no fue hasta el año 1972 cuando se volvió a poner en marcha, si bien muchos de los diputados seguían considerando insuficientes las bases, por lo que los miembros de la ponencia decidieron, de modo oficioso, facilitarles el texto articulado. Finalmente, las bases fueron completadas con contenido procedente del texto articulado, y tras su deliberación, fueron por fin publicadas el 21 de marzo de 1973. Por ellas se autorizaba al Gobierno, en su art. 1, para la reforma del título preliminar, dándole de plazo un año

---

55. Decreto de 23 de mayo de 1947 por el que se autoriza al Ministerio de Justicia para nombrar Comisiones de Juristas encargadas del estudio y ordenación de las Instituciones de Derecho Foral.

56. Sobre las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, véase DELGADO ECHEVERRÍA, J., "El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (hacia 1950)", *Desarrollo de la Dictadura, dictadura del desarrollo. El régimen franquista en su entorno internacional (1946-1968),* (editores S. Martín, F. Fernández-Crehuet y A. Aragoneses), Sevilla, Athenaica, 2024, esp. pp. 465 ss.

57. QUINTANA REDONDO, C., "Las fuentes del derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del título preliminar del Código Civil,* Publicación del ICA de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, pp. 9-34.

58. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.,* p. 8.

59. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit*., p. 9.

(art. 4) y facultando al Gobierno para que, en este mismo plazo de un año, presentase a las Cortes un proyecto de ley, reformando aquellos preceptos del Código Civil que, por quedar directamente afectados, debían armonizarse con el nuevo texto del título preliminar. En este extremo, veremos después que la PMR 2023 difiere en la técnica legislativa utilizada para ello.

Finalmente, la CGC comenzó a articular las bases. Aunque el mandato para todas las bases era el mismo, debiendo de "desarrollarlas y sistematizarlas", su ejecución fue notablemente diferente, dado que algunas ya se encontraban totalmente predeterminadas; otras ordenaban recoger o valorar determinadas instituciones o efectos jurídicos, sin descender al detalle de su configuración; y otras se limitaban a prevenir la pertinencia de la regulación jurídica de una materia[60].

En la exposición de motivos de la Ley de Bases 3/1973 para modificación Título Preliminar Código Civil se remarcó la "naturaleza eminentemente técnica de los conceptos ordenadores, así como el respeto que merece el conjunto orgánico del Código Civil", lo que aconsejó seguir el procedimiento de elaboración que, por aquel entonces, aparecía previsto en el art. 10 I), de la ley constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942, y que coincidía con el utilizado en la elaboración del Código Civil. Además, se quiso tener en cuenta, "siquiera sea en su espíritu", lo prevenido en la disposición adicional tercera del Código Civil sobre la necesidad de revisión decenal del código por la CGC.

En la ley de bases se recogían también cuestiones de técnica legislativa, como que "el texto articulado ha de ser desarrollado en el mismo número de artículos que el actual t*ítulo* preliminar, pero ordenándose en capítulos", entendiéndose que con esta sistemática se mejoraría el texto primigenio. Además, se le concedió al Gobierno el plazo de un año para la publicación del texto articulado y, como ya explicamos, se mandó que se

60. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.,* p. 9. En la propia exposición de motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil se justifica expresamente estas diferenciaciones en cuanto al contenido y desarrollo de las bases: "El presente texto del título preliminar tiene su punto de partida en los mandatos de la ley de bases, que fija el alcance de la reforma en cuanto a contenido, al modo de enmarcarla en el Código Civil y al tiempo de su ejecución. De estos factores, a la par orientadores y limitativos, el concerniente al fondo propiamente dicho, se contrae al desarrollo y sistematización de las bases. Si bien es cierto que estos términos expresivos del cometido general encomendado son formalmente iguales, no lo es menos que la ley predeterminante de la reforma encierra enunciaciones normativas de diferente rango en cuanto a su grado de elaboración. Mientas unas se traducen en preceptos configurados ya como tales, otras enunciaciones normativas ordenan recoger y valorar determinadas instituciones, situaciones o efectos, sin descender al detalle de su regulación, aunque marcando, con mayores o menores puntualizaciones, el criterio a seguir.

En razón de las diferencias indicadas, el texto articulado del título preliminar, respecto de algunas materias, no pasa de constituir la catalogación pertinente de las normas ya formuladas. Por el contrario, en cuanto a otras materias o a determinados aspectos de las mismas, entraña un desarrollo especificativo de las bases hasta convertirlas en preceptos ordenadores susceptibles de aplicación directa, tanto en la realización voluntaria del derecho como en su discernimiento judicial".

presentase un proyecto de ley de modificación del resto de artículos del Código Civil que quedasen afectados por la reforma del t*ítulo preliminar.* Como veremos, cuestiones técnicas como estas no aparecen en la propuesta de ley de bases realizada por la CGC para la reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos.

3.3. Propuesta de ley de bases contenida en la Propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos

La PMR 2023 contiene, una vez rematado su articulado, una propuesta de ley de bases, en la que se comienza "autorizando al Gobierno, en los términos del art. 82.1 y 2 de la Constitución española, para que realice una nueva regulación de los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, con sujeción a las bases que se establecen en los artículos siguientes".

A partir de ahí, se formulan un total de 16 bases que se corresponden con el contenido de la reforma, reservando las cinco primeras para el título I del Libro IV, sobre obligaciones, y las restantes once bases, de la sexta a la decimosexta, a las disposiciones en materia de derecho de contratos. Si atendemos a un criterio puramente cuantitativo, las primeras cinco bases se corresponden con la modificación de unos 130 artículos, los pertenecientes al mencionado título I sobre obligaciones, dejando la mayoría de las bases para las cuestiones contractuales, que se corresponden con los 97 artículos del título II. Creemos que esta correlación "inversa" entre número de artículos de cada título y bases "dedicadas a ellos" atiende a una razón material sobre el contenido tratado, ya que en la parte sobre obligaciones resulta lógico reunir en una misma base, por ejemplo, las diferentes clases de obligaciones (genéricas, alternativas, condicionales...) que en su desarrollo articulado ocupan varios artículos. En cambio, en materia contractual, la CGC ha visto necesario, y entendemos que con razón, que haya, por ejemplo, una base enteramente dedicada a la regulación de la alteración sobrevenida de las circunstancias —base octava—, actualmente no recogida en nuestro Código Civil vigente. De hecho, en alguna base se han condesado muchos preceptos novedosos que incluso justificarían una base para ellos solos —estamos pensando, sobre todo, en la base decimoquinta, en la que se dice que se "recogerán, aclararán y sistematizarán las normas sobre nulidad y anulación de los contratos", para después resumir en cinco frases más algunas cuestiones realmente novedosas, como la toma en consideración de la ventaja injusta como nuevo vicio del consentimiento—.

Creemos que, dada la importancia y novedad de esta reforma, en caso de querer las Cortes que se especificasen algo más algunos de los preceptos que se modificarán, nada obstaría a que se añadiesen algunas bases más.

Por otro lado, en la propuesta de ley de bases de la PMR 2023 no parecen diferenciarse los "criterios" y los "principios" de los que habla el art. 82.4 de la CE, pues tras el primer párrafo que faculta al Gobierno para realizar la nueva regulación, la primera base ya se corresponde, como vimos, con el primer precepto que se propone modificar: el 1088 del Código Civil. Es decir, no hay unas primeras bases en las que se diga que el Gobierno deberá tener presente como criterio, pongamos, los textos del llamado Moderno Derecho de Contratos.

Como ya comentamos, en los escasos casos de delegación legislativa mediante ley de bases con los que contamos actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, se entremezclan "principios" y "criterios", por lo que tampoco consideramos fundamental que haya esta distinción en la propuesta de ley de bases que hace ahora la CGC. Dicho esto, tampoco creemos que sobre, dado que, en puridad, la ley de bases será lo primero que deban dictar las Cortes, y quizá sea el primer contacto que muchas de sus señorías tengan con la materia. Por mucho que ya esté publicado el texto de la PMR 2023, y que en su exposición de motivos se expliquen algunos de los "intereses públicos a satisfacer por la normativa delegada" —lo que serían esos "criterios"—, veríamos correcto no solo que en la propia exposición de motivos de la ley de bases —que, entendemos, se tendrá que añadir en todo caso a la propuesta de ley de bases realizada ahora por la CGC— se explicase la génesis y sentido del articulado, sino que se utilizasen los primeros numerales de las bases, o al menos el primero, para describir qué interés público se satisface con la reforma.

De hecho, la primera base de la ley de bases del Código Civil dispone precisamente que "el código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en este el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes; recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica; y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias u extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores". Como vemos, en ella se contiene el propósito del texto que se elaborará ("...regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes..."); también establece algunas de las fuentes de las que beberá el futuro Código Civil, ya provengan de la doctrina nacional ("...recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica..."), ya de normativa española o extranjera ("...soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias u extrañas...").

Por otro lado, en la PMR 2023 no se opta por separar en otro instrumento legislativo la modificación de otros artículos del Código Civil fuera de los títulos I y II del Libro IV —recordemos que el art. 5 de la ley de bases para la reforma del título preliminar del Código Civil decía que "el Gobierno, en el mismo plazo señalado en el artículo anterior, presentará a las Cortes un proyecto de ley, reformando aquellos preceptos del Código Civil que, por quedar directamente afectados, deban armonizarse con el nuevo texto del título preliminar"—. En la PMR 2023, en cambio, al finalizar la revisión del articulado de los títulos I y II del Libro IV, se establece bajo la rúbrica "Modificación y derogación de otros artículos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria" un listado de una treintena de artículos modificados o derogados del Libro IV del Código Civil. También se añade una disposición final en la que se manda que se sustituya la expresión "buen padre de familia" por la de "persona razonable" en todos los artículos que aparezca la primera

expresión; y, por último, se establece una modificación de dos artículos de la ley hipotecaria.

Estas cuestiones se exponen en la motivación de la PMR 2023, concretamente en el punto cuarto dedicado a las orientaciones generales seguidas en esta revisión de la propuesta de modernización de 2009[61]. Así, bajo la rúbrica "Intervención mínima en otras partes del Código Civil", la CGC dice que solo han modificado los preceptos del código situados fuera de los títulos I (de las obligaciones) y II (de los contratos) del Libro IV del Código Civil, cuando no hacerlo significaría "no solo romper la coherencia interna del texto codificado, sino, incluso, ocasionar evidentes antinomias". Así, han modificado algunos artículos referidos a contratos en particular, como los de compraventa y mandato, y en menor medida los de arrendamiento, sociedad, préstamo, depósito y fianza. También mencionan las dos modificaciones de los arts. 37.4 y 149.1 de la ley hipotecaria. A continuación, disponen que no contemplan en esta PMR 2023 ninguna disposición transitoria, dado que la PMR 2023 debe entenderse como una plasmación legal de una sólida corriente jurisprudencial previa ya vigente, por lo que nada impide que se puedan aplicar preceptos de la PMR 2023 a contratos que hayan nacido con anterioridad a ella cuando esta solución sea la procedente con el derecho transitorio general. Por último, antes de entrar en la explicación de los propios títulos I y II del Libro IV, señalan que será aconsejable establecer un plazo de *vacatio legis* suficientemente amplio para permitir que las nuevas normas se conozcan y asimilen antes de aplicarse.

Creemos que es en este punto de la exposición de motivos donde cabría añadir algo sobre el procedimiento legislativo para la aprobación de esta PMR 2023. Dado que la CGC optó por añadir como anexo una propuesta de ley de bases, sería coherente que la propia Comisión explicase el porqué de esta opción[62].

61. A excepción de la modificación, por otra parte, del todo oportuna, sobre el cambio de término "buen padre de familia" por "persona razonable", de la que nada se dice en la exposición de motivos de la PMR 2023.

62. También es cierto que, de empezar a tomarse en consideración esta reforma por el Ministerio de Justicia y posterior elevación al Consejo de Ministros, la ley de bases precede en el tiempo al texto articulado, por lo que podría argumentarse que tampoco es necesaria esta mención en la exposición de motivos de la PMR 2023.

4. LÍMITES FORMALES, PROHIBICIONES Y FORMAS DE CONTROL DE LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA

En su art. 82.3, la CE establece nítidamente varios límites formales en la delegación legislativa. Por un lado, la delegación ha de ser expresa para unas materias concretas que, en ningún caso, pueden referirse a las incluidas en el art. 81 de la CE, es decir, a las que queden reservadas para su aprobación mediante ley orgánica, cuestión que no afecta a la PMR 2023 aquí estudiada.

En segundo lugar, la ley de delegación ha de fijar un plazo para su ejercicio, es decir, que la potestad de dictar la norma con rango de ley al gobierno se confiere durante un período de tiempo acotado, dado que, si no, nos encontraríamos no ante una delegación de potestad, sino ante una transferencia de la función legislativa al ejecutivo, lo que sería inconstitucional[63]. Que el plazo haya de ser concreto no significa que en todo caso deba corresponder a una fecha del calendario, sino que será también posible computarlo en días, meses o años, determinando los momentos inicial y final de ese cómputo: la fecha de entrada en vigor de la delegación legislativa tendrá importancia, pues, a partir de ese momento comienza a correr el plazo para la producción del decreto legislativo. Creemos que, habiendo voluntad política para aprobar esta reforma, este sería el menor de los problemas, ya que la PMR 2023 ya ha sido publicada por el Ministerio de Justicia y, aunque desde julio de 2023 hasta hoy sus autores ya han manifestado en alguna ocasión que hay algún precepto que necesitará de una segunda revisión, lo cierto es que el grueso del trabajo está ya hecho. No obstante, este plazo concreto, por mandato del art. 82.3 de la CE, sí que deberá constar en la ley de bases para la aprobación de la PMR 2023, que podrá ser prorrogado, siempre y cuando esta prórroga se dé a través de una ley formal de las Cortes Generales, pues la doctrina entiende que la prórroga por el propio Gobierno sería una autoprórroga que desvirtuaría el sentido de la delegación[64].

Por último, el tercer límite formal al que se somete la legislación delegada es que no cabe la subdelegación a autoridades distintas del Gobierno. De no cumplirse cualquiera de los tres límites expuestos en el art. 82.3 de la CE, se estaría cometiendo un vicio de inconstitucionalidad que determinará la nulidad del decreto legislativo[65].

Por otro lado, el art. 83 de la CE establece dos prohibiciones. La primera de ellas es totalmente lógica: que la ley de bases no puede autorizar su propia modificación, pues entonces el mandato y delimitación de las bases de la delegación realizada por las Cortes quedaría desvirtuado. La segunda, más discutible, es que las leyes de bases no podrán facultar para dictar normas de carácter retroactivo. Sobre este punto hay que decir que sí que podría caber retroactividad si se tratase de normas penales o sancionadoras de carácter favorable o ampliadoras de derechos, supuestos que debemos salvar por

63. VÍRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa…", *op. cit.,* p. 209.

64. VÍRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa…", *op. cit*., p. 210. También en GARCÍA ROCA, GARCÍA ROCA, J., *Lecciones… op. cit.,* p. 166.

65. GARCÍA ROCA, J., *Lecciones… op. cit.,* p. 166.

interpretación sistemática de este precepto con el art. 9.3 de la CE[66]. No obstante, esta cuestión es más complicada de lo que parece, como ya se ha encargado de destacar García Rubio, pues, aunque en derecho civil, se parte del principio general de irretroactividad clásico, este cuenta con notables excepciones; entre otras, destaca la autora que la PM 2023 podría aplicarse retroactivamente no solo en los puntos que ella misma señale (conforme al art. 2.3 Código Civil y con los límites del art. 9.3 de la CE), sino también a situaciones jurídicas anteriores, como, por ejemplo, cuando se trate de la modificación o revocación de los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior[67].

Finalmente, las propias leyes de delegación pueden prever mecanismos adicionales de control, como claramente establece el art. 82.6 de la CE.

Además, como normas supletorias a lo que las propias leyes de delegación puedan establecer en cada caso, el art. 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que, si dentro del mes siguiente a la publicación del texto articulado o refundido, ningún diputado o grupo parlamentario formulara objeciones, se entenderá que el Gobierno ha hecho un uso correcto de la delegación legislativa; mientras que si dentro del referido plazo, respecto al uso de la delegación, se formulara algún reparo por escrito dirigido a la Mesa del Congreso, esta lo remitirá a la correspondiente Comisión de la Cámara, que deberá emitir dictamen al respecto en el plazo que se señale.

En cuanto al control jurisdiccional que se desprende del art. 82.6 de la CE (sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales...), la doctrina lo ha calificado como "doble" control, pues, por un lado, nos encontramos con el control ejercido por el TC con base en el art. 27.2 b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LO), y por otro, con la competencia de los tribunales derivada del propio art. 82.6 de la CE. Así, el TC ha razonado que cuando los órganos judiciales duden sobre la constitucionalidad del decreto legislativo, deben plantear una cuestión de inconstitucionalidad; pero cuando adviertan que el decreto desborda los límites fijados por la ley de delegación e incurre, por tanto, en *ultra vires,* pueden no aplicarlo al caso o elevar la cuestión si la transgresión no es clara[68]. En todo caso, el control debe atender tanto a los límites formales como a los vicios sustantivos que pueda plantear el decreto legislativo.

Como podemos apreciar, los controles a los que queda sometida la delegación legislativa son suficientemente garantistas y permiten evitar un uso torticero de la delegación por parte del Gobierno, que deberá atenerse en forma, contenido y tiempo a lo establecido por las Cortes en la ley de delegación.

---

66. GARCÍA ROCA, J., *Lecciones... op. cit.,* p. 167.

67. Para mayores matices, nos remitimos a GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones...", *op. cit.* pp. 12-29.

68. La doctrina explica que la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, regula en su art. 1.1 esta competencia al atribuir a los órganos judiciales de ese orden el conocimiento de los decretos legislativos "cuando excedan los límites de la delegación". GARCÍA ROCA, J., *Lecciones... op. cit.,* p. 168.

5. CODA: SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA PALABRA "BASES"

A lo largo de este trabajo nos hemos referido en varias ocasiones a la ley de bases que deberán aprobar las Cortes para que quede delimitado el campo de actuación del Gobierno a la hora de dictar el texto articulado. Sucede que este término es coincidente con el utilizado en la Constitución en la regla del art. 149.1. 8.ª de la CE, que establece la competencia exclusiva del Estado en materia de "bases de las obligaciones contractuales". Si bien estos términos están utilizados en contextos diferentes y técnicamente son cosas distintas, por lo que *a priori* no cabría identificarlos, lo cierto es que no sería descabellado plantear si el contenido de una ley de bases sobre materia de obligaciones y contratos constituye o, más bien, puede llegar a delimitar, lo que se entiende por "bases de las obligaciones contractuales" a los efectos del art. 149.1. 8.ª de la CE. Y ello porque es el Estado quien dictará a continuación el texto articulado, y no las comunidades autónomas con derecho foral.

La PMR 2009 —que no pensaba utilizar la técnica de la ley de bases, sino que el Congreso aprobaría directamente el texto articulado del Código Civil— tomaba postura sobre esta cuestión, pues añadía "una observación de suma importancia" en el punto X de su exposición de motivos: "los preceptos contenidos en los dos primeros títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las comunidades autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8.ª del apartado 1 del art. 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia". Además, el art. 8 de la PM 2009 lo dejaba más claro, si cabe, bajo la rúbrica "Aplicación general de la reforma legal propuesta", al establecer que "la presente ley se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1. 8.ª de la CE, por lo que será de aplicación general". Por lo tanto, para los integrantes de la CGC en el año 2009, sí que podría existir esta equiparación; lo que se dictase en la ley de bases —de ser ese el procedimiento elegido, que ya vemos que el de la PM 2009 no lo era— constituiría, en su desarrollo articulado, bases de las obligaciones contractuales a los efectos del art. 149.1. 8.ª de la CE. En este sentido, aquí las bases operarían como límite —y no como punto de partida— para las comunidades autónomas con derecho foral, que no tendrían, por tanto, competencia para regular en esa materia.

No es esta la postura que ha tomado la CGC en 2023, o, al menos, no lo es de forma explícita, pues nada se dice sobre ello ni en su prólogo ni en su exposición de motivos. Podríamos pensar que este silencio implica que la Comisión no está prejuzgando nada sobre la competencia autonómica de esta materia, por lo que permitiría argumentar que, ahora, "bases", también a los efectos del art. 149.1. 8.ª de la CE, son solo las que aprueben con este nombre las Cortes. El desarrollo de las bases lo realizará el Gobierno, por lo que hace al derecho estatal, y las comunidades autónomas con derecho civil propio legislarán sobre estas materias, en el ámbito de su competencia y con respeto a estas "bases". Esta sería la opción seguramente querida por aquellas comunidades

autónomas con derecho civil propio interesadas en desarrollar estas bases o, al menos, interesadas en que no se toque lo que ya tienen y que pueda considerarse desarrollo de tales preceptos de los títulos I y II del Libro IV.

No obstante, por otro lado, el mutismo de la Comisión también podría entenderse como señal de que sus miembros no consiguieron ponerse de acuerdo sobre esta cuestión, o como que sencillamente no quisieron pronunciarse sobre ella por resultar espinosa[69] y todavía no resuelta ni por el legislador estatal ni por el máximo intérprete de la Constitución, aunque a este último, intentos no le han faltado[70]. De todas formas, sobre este tema ya ha discutido larga y tendidamente la doctrina, por lo que a ella nos remitimos[71].

69. GARCÍA RUBIO, M.ª P., considera que se trata de una cuestión "que hace tiempo que dejó de ser jurídica". GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones...", *op. cit.,* p. 3.

70. La profesora GETE-ALONSO Y CALERA, M. ª C., para el congreso celebrado el 9 y 10 de julio de 2024 en Santiago de Compostela (vid. nota 70), en un ejercicio minucioso, recopiló en su ponencia "La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales" las decisiones del TC que en los últimos años se han ido considerando como bases de las obligaciones contractuales; entre otros, los principios de los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, la dación en pago, el cumplimiento y extinción de la obligación, la regulación de la cesión de créditos, la autonomía de la voluntad y la libertad de las partes en la contratación..., y muchas cuestiones más. No obstante, la autora, tras analizar la norma del art. 149.1. 8.ª de la CE y partiendo de que no existe jerarquía entre los diferentes ordenamientos civiles presentes en el territorio español, concluyó (en síntesis) que las bases deben reducirse a mucho menos (el consentimiento en obligarse mediante contrato; el principio de autonomía privada; la ausencia de influencias, conflictos de intereses, abusos de posición o vicios en el otorgamiento del consentimiento; y las nociones de validez/invalidez, eficacia/ineficacia, nulidad, rescisión, resolución e impugnación).

71. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, n.º 3, 2017, pp. 1-33. Más recientemente, VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil,* vol. X, n.º 5, 2024, pp. 75-124. GETE ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial...", *op. cit.*

6. CONCLUSIONES

En este trabajo se han estudiado las vías por las que la PMR 2023 podría ser aprobada, centrándonos en una de ellas, la delegación legislativa, por ser la que más se acomoda al tipo de texto normativo en que consiste la PMR 2023: una renovación —ya se la denomine "modernización" o "actualización"— de los preceptos de los títulos I y II del Libro IV del Código Civil, los relativos al régimen general de las obligaciones y los contratos. Alineado con los textos comparados más modernos en la materia, se trata de un texto que supone una clara innovación en su contenido, que técnicamente es muy riguroso y para el cual un largo debate parlamentario, con sus dilatados plazos de enmiendas y sus inevitables transacciones entre grupos parlamentarios, supondría, creemos, un obstáculo para la aprobación de un articulado que debe mantenerse coherente no solo en el conjunto de la reforma propuesta, sino con el resto del preceptos del Código Civil. Por eso, entendemos que, si en el futuro se llega a tramitar —que esperemos que sí—, no se lleve a cabo por el procedimiento ordinario —ni tampoco por la tan manida y desvirtuada vía de los decretos leyes, ya que en puridad no concurre el elemento constitucional de "urgente necesidad"—, sino mediante la aprobación, por parte de las Cortes, de una ley de bases en la que se delegue esta función al Gobierno para la aprobación del decreto legislativo que contenga el texto articulado de la PMR 2023.

Es cierto que son varios los obstáculos a los que se enfrenta la PMR 2023; entre otros, el escaso interés que no solo entre los parlamentarios, sino también en la sociedad en general, provoca una reforma sobre las normas de obligaciones y contratos del Código Civil. También, podría verse como una dificultad lo comentado en la coda de este trabajo: que la PMR 2023 incida en las bases de las obligaciones contractuales, lo que podría plantear debates sobre la distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas con derecho foral, pues todavía no tenemos claro —tampoco la doctrina académica ni la jurisprudencial— qué entendemos por "bases de las obligaciones contractuales".

Dicho todo esto, no podemos desconocer que, en las sociedades democráticas actuales, el contrato es la forma más importante de articular la cooperación y las relaciones económicas entre los individuos que las componen; además, sigue siendo el vehículo fundamental para el intercambio de bienes y servicios, por lo que cualquier régimen político que respete al individuo tendrá que respetarlo, en la medida en que ayuda al desarrollo de la individualidad.

Creo que podemos volver a repetir las palabras que se le dedicaron a la labor de la Comisión de Codificación cuando se reformó el título preliminar del Código Civil en 1974, que resaltaban la digna labor de preparación y propuesta de las disposiciones oportunas. El trabajo, rigurosidad, estudio y dedicación que hay detrás de esta PMR 2023 se merece todos los calificativos buenos que podamos encontrar, con una CGC que sigue haciendo esfuerzos por mejorar el texto en este año y medio que lleva publicado[72]. Pero es que,

72. Por citar solo algunos de los seminarios y congresos que varios de los miembros de la Comisión de Codificación han celebrado o en los que han participado: Ciclo de seminarios mensuales sobre

además de ello, se trata de una reforma necesaria, pues hay veces que no son solo razones de política legislativa las que puedan llevar a cada Gobierno a promover las reformas del Código Civil, sino que también deben tenerse en cuenta razones en las que la sociedad lo demande, en este caso, por no poder continuar con un texto claramente obsoleto y totalmente alejado, tanto de muchos ordenamientos de nuestro entorno, que ya han visto actualizados sus textos en esta materia, como de la realidad económica que nos rodea.

la modernización del derecho de contratos, dirigidos por la profesora María Paz García Rubio en la Universidad de Santiago de Compostela durante el año 2024 y lo que llevamos de 2025; Congreso "La propuesta reformada para la modernización del derecho de obligaciones y contratos", Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, 9-10 julio de 2024; Jornadas sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos: diálogo entre las propuestas de 2009 y de 2023, Universidad Carlos III de Madrid, 17-18 de octubre de 2024; Journées Poitiers-Saint Jacques de Compostelle "La recodification du droit commun de l'inexécution contractuelle", Université de Poitiers (Francia), 9-10 noviembre 2024; Congreso "Direito dos contratos: perspectivas de futuro. Diálogos sobre a propuesta de modernización del Código Civil", Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 5-6 diciembre 2024.

BIBLIOGRAFÍA

AMÉRIGO ALONSO, J., "Breve digresión, a propósito de la Ley 17/2021, sobre el régimen jurídico de los animales, sobre el camino hacia la modernización del Código Civil", *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal,* n.º 10, 2022, pp. 1-13.

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional,* Madrid, Iustel, 2016.

CASTRO FERNÁNDEZ, J. F., *Discursos críticos sobre las leyes, y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de estos y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho, para la recta administración de justicia,* Madrid, Joachin Ibarra, 1765.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Codificación, Código Civil y derechos civiles forales", *Iura Vasconiae: Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, n.º 17, 2020, pp. 9-56.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés (hacia 1950)", *Desarrollo de la Dictadura, Dictadura del Desarrollo. El régimen franquista en su entorno internacional* (1946-1968), (editores S. Martín, F. Fernández-Crehuet y A. Aragoneses), Sevilla, Athenaica, 2024, pp. 447-481.

DUQUE VILLANUEVA, J. C., "El decreto ley. Comentario al art. 86 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 219-237.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial,* Madrid, Civitas, 1998.

GARCÍA ROCA, J., *Lecciones de derecho constitucional,* Cizur Menor (Navarra), Civitas-Aranzadi, 2023.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Introducción al derecho civil,* Barcelona, Cálamo, 2002.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, n.º 3, 2017, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del derecho civil. El tratamiento del derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º 1 (enero-marzo 2022), pp. 233-245.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil,* vol. XI, n.º 2 (abril-junio), 2024, pp. 1-33.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "La iniciativa legislativa. Comentario al art. 87 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,*

(directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 239-246.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "La iniciativa legislativa del gobierno. Comentario al art. 88 de la Constitución español", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 247-257.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., "Tramitación de las proposiciones de ley. Comentario al art. 89 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 258-267.

GETE ALONSO Y CALERA, M.ª C., "La cuestión competencial: algunas propuestas sobre las bases de las obligaciones contractuales", ponencia presentada en el Congreso "La propuesta reformada para la modernización del derecho de obligaciones y contratos", celebrado en Santiago de Compostela, 9 y 10 de julio 2024.

GÓMEZ POMAR, F., "El incumplimiento contractual en derecho español", *InDret* 3/2007*,* pp. 1-49.

HERNÁNDEZ GIL, A., "Génesis y aportaciones del nuevo título preliminar del Código Civil", *Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, Iltres. Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1976, pp. 7-20.

NAVARRO RUIZ, J. C., "Las normas con rango de ley emanadas del Gobierno estatal desde la aprobación de la Constitución española de 1978", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario,* n.º extra 31, 2018, pp. 317-342.

PLA PLA, A., "Presentación", *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del t*ítulo *preliminar del Código Civil,* Publicación del ICA de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, pp. 5-8.

QUINTANA REDONDO, C., "Las fuentes del derecho en el nuevo título preliminar del Código Civil", *Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del t*ítulo *preliminar del Código Civil,* Publicación del ICA de Valencia y de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, pp. 9-34.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., "Introducción", *Comentario del Código Civil,* t. I, Bosch, Barcelona, 2006.

VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil,* vol. X, n.º 5, 2024, pp. 75-124.

VÍRGALA FORURIA, E., *La delegación legislativa en la Constitución y los decretos legislativos como normas con rango incondicionado de ley*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.

VÍRGALA FORURIA, E., "La delegación legislativa. Los decretos legislativos. Comentario a los arts. 82, 83, 84, 85 de la Constitución española", *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario,* (directores M. Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer y M.ª E. Casas Baamonde), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 204-218.

ASPECTOS FORMALES O DE TÉCNICA LEGISLATIVA: EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN EL DERECHO CATALÁN. LA ELABORACIÓN DEL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA*[1]

JUDITH SOLÉ RESINA

Catedrática de Derecho Civil
Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN

Este trabajo explica el procedimiento de aprobación del Libro VI del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), relativo a las obligaciones y los contratos. Analiza los trabajos preparatorios del anteproyecto de ley del Libro VI la tramitación gubernamental del texto resultante; y su tramitación parlamentaria. Asimismo, cuestiona si el procedimiento ordinario de aprobación de las leyes en Cataluña resulta adecuado para la preparación y aprobación de un cuerpo de la complejidad técnica del CCCat.

PALABRAS CLAVE

Elaboración del Libro VI CCCat; procedimiento legislativo; trabajos preparatorios del anteproyecto de ley del Libro IV; tramitación gubernamental del anteproyecto de ley del Libro VI; tramitación parlamentaria del proyecto de ley del Libro VI.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 4-3-2025.

1. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español" (referencia PID2022-138909NB-100), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

FORMAL ASPECTS OR LEGISLATIVE TECHNIQUE: THE LEGISLATIVE PROCEDURE IN CATALAN LAW. THE ELABORATION OF BOOK VI OF THE CCCAT

ABSTRACT

This paper explains the procedure for approving Book VI of the Civil Code of Catalonia (onwards CCCat), relating to obligations and contracts. It analyzes the preparatory work of the Preliminary Draft Law of Book VI; the governmental processing of the resulting text; and its parliamentary processing. It also questions whether the ordinary procedure for the approval of laws in Catalonia is adequate for the preparation and approval of a body of the technical complexity of the CCCat.

KEY WORDS

Elaboration of Book VI CCCat; legislative procedure; preparatory work for the Draft Law of Book IV; government processing of the draft law of Book VI; Parliamentary processing of the Bill of Book VI.

SUMARIO

1. Las etapas de la codificación del derecho civil catalán 252

2. El Libro VI del CCCAT, relativo a las obligaciones y los contratos 258

2.1. Estructura y contenido del Libro VI 258

2.2. Proceso de elaboración 260

2.2.1. Los trabajos preparatorios del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña 260

2.2.2. La tramitación gubernamental 263

2.2.3. La tramitación parlamentaria 267

3. ¿Es así como debemos legislar? 269

Bibliografía 272

1. Las etapas de la codificación del derecho civil catalán

Desde los inicios del movimiento codificador español del siglo XIX, ha existido la reivindicación de la sociedad catalana de disponer de un cuerpo normativo completo propio. Como es sabido, el Código Civil español de 1889 únicamente recogía el derecho castellano, aunque la ley de bases de 1888 establecía que las provincias y territorios en los que subsistía derecho foral, en el momento de la entrada en vigor del código, lo conservarían, incorporándose a través de apéndices del Código Civil. En todo caso, solamente se llegó a aprobar el apéndice de derecho foral de Aragón (1925).

Durante los años 1931 y 1936, bajo el paraguas de la Constitución de la República y de las autonomías, se promulgaron algunas leyes autonómicas, pero tras la guerra civil las autonomías perdieron, de nuevo, su competencia legislativa. El Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946, supuso un punto de inflexión, pues del mismo resultó la necesidad de respetar los derechos propios y se decidió cambiar el sistema de apéndices por el de compilaciones que, más allá de recoger las instituciones de derecho propio, las sistematizara, teniendo en cuenta su aplicabilidad. Bajo este modelo, se aprobaron las compilaciones de Vizcaya y Álava (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973); todas ellas, salvo la de Navarra, aprobadas por leyes de carácter estatal.

Después, la Constitución española de 1978 (en adelante CE) instauró el Estado de las autonomías (art. 2 de la CE) y reconoció, de nuevo, la potestad legislativa en materia civil a las comunidades con derechos civiles forales o especiales (art. 149.1.8 de la CE). Los Estatutos de Autonomía de Cataluña de 1979 (art. 9.2) y de 2006 (art. 129) asumen dicha potestad legislativa y son fundamento del posterior desarrollo del derecho civil catalán.

Suelen distinguirse diversas etapas en la evolución del derecho civil catalán.

La primera etapa se centra en la aprobación de la Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. (en adelante CDCC) Esta ley incorpora la compilación de derecho civil de 1960, aprobada por ley estatal, al ordenamiento jurídico catalán, adaptándola a los principios constitucionales. Aunque se trataba de un cuerpo legal sistemático, era incompleto y precisaba su heterointegración con el Código Civil español como derecho supletorio.

Para avanzar en el desarrollo del derecho catalán, el Parlamento de Cataluña utiliza el instrumento de las leyes especiales como medio para actualizar un ordenamiento que, por la imposibilidad de legislar, había ido quedando obsoleto. Se aprueban la Ley 9/1987, de Sucesión Intestada; la Ley 37/1991, sobre medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción; la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufruto, Uso y Habitación; y la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura. Asimismo, se llevan a cabo codificaciones parciales, como el código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre; y el Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, aunque, en verdad, no

eran auténticos códigos, sino más bien cuerpos legales sistematizados sobre materias concretas que se completaban con otras leyes especiales (como la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja). La aprobación de todas estas leyes especiales comportaba las pertinentes derogaciones parciales y modificaciones de la compilación.

A partir de 1998, se plantea la necesidad de avanzar en la codificación hasta conseguir un CCCat completo, que eliminara la necesidad de la heterointegración mediante el derecho estatal. Con esta finalidad, el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, crea el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, integrado por el Consejo Rector, la Dirección Ejecutiva y la Comisión de Codificación, y al que se encargó la aprobación del CCCat[2].

La idea básica que preside los trabajos preparatorios del CCCat es la de conseguir un código abierto, tanto en lo que se refiere a su estructura, como a su contenido, y que se aparte, pues, de la idea de código que impera en los siglos XVIII y XIX, que se concibe como un cuerpo normativo cerrado y rígido tendente a regular la totalidad de una materia.

Se ha dicho que el CCCat, como el resto de códigos modernos, cumple con una función distinta de la de los códigos decimonónicos -con funciones constitucionales- y se encuentra más próximo a las llamadas "leyes consolidadoras". Pretende, en definitiva, ser un instrumento útil para la efectiva aplicabilidad del derecho civil de Cataluña[3].

De un lado, el contenido del CCCat tendrá que limitarse al que se corresponde a las competencias legislativas que la comunidad tiene atribuidas. De otro, ha de ser capaz de permitir su continua adaptación a las nuevas necesidades derivadas del progreso social y del desarrollo científico y tecnológico, y a las que se infieren del proceso de europeización del derecho privado. Por todo ello, ha de tener una estructura que permita ir incorporando las nuevas regulaciones, o las modificaciones de las ya existentes, sin que se resienta gravemente su sistemática.

El código se irá conformando mediante la elaboración de una sucesión de leyes seriadas que permitirá al legislador priorizar unas determinadas partes de la regulación, en función de las circunstancias sociales y las necesidades imperantes en cada momento. En este marco, la omisión de la regulación de alguna materia por parte del legislador no se podrá interpretar como una renuncia al ejercicio de las competencias que le son propias, porque podrá ir ampliando progresivamente el contenido del código.

---

2. Posteriormente, el Decreto 266/2004, de 27 de abril, de regulación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, modificó su organización, que pasó a ser del Consejo Rector, la Comisión de Codificación, la dirección y la secretaría técnica; desaparecieron las secciones de la Comisión de Codificación y se creó la Comisión Permanente, que trabajaba mediante el encargo de ponencias especiales y grupos de trabajo. Finalmente, el Decreto 395/2011, de 27 de septiembre de la Comisión de Codificación y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña volvió a reordenar estas instituciones y dotó a la Comisión de Codificación de entidad propia e independiente del Observatorio de Derecho Privado.

3. En este sentido, Vid. EGEA I FERNÁNDEZ, J., "Codificación civil y competencia legislativa de la Generalitat de Catalunya", *InDret,* n.º 8, 2003, pp. 4-5.

La idea de código abierto afecta también a la numeración de los artículos. La numeración continua de los artículos en un código dificulta su reforma, que implica la necesidad de dejar artículos vacíos o añadir números bis. Por este motivo, se opta por utilizar un sistema de numeración discontinua de los artículos: cada vez que comienza una determinada división, se enumeran nuevamente los artículos de la ley, de modo que se obtiene una numeración indiciaria o decimal donde la estructura del número proporciona información sobre la ubicación sistemática del precepto. Los artículos se marcan con dos números separados por un guion: el primero tiene tres cifras e indica el libro, el título y el capítulo en que se ubica la norma; y el segundo corresponde con la numeración continua que comienza por 1 en cada capítulo.

La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del CCCat, inicia el proceso codificador. Dispone expresamente en su preámbulo que responde básicamente a dos objetivos:

1. El primer objetivo es el de establecer la estructura del Código Civil. Pues bien, el diseño del CCCat es básicamente el siguiente (arts. del 2 al 6):

   El CCCat se estructura en seis libros y las disposiciones adicionales, transitorias y finales correspondientes (art. 2). Los seis libros son (art.3):

   a) El Libro I relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad.

   b) El Libro II, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias comprendidas en el Código de Familia y las leyes especiales de este ámbito.

   c) El Libro III, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones.

   d) El Libro IV, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de Sucesiones por Causa de Muerte y en las otras leyes especiales de este ámbito.

   e) El Libro V, relativo a los derechos reales, que contiene la propiedad y los derechos reales.

   f) El Libro VI, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, de los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento.

   En su distribución interna, los libros del CCCat se dividen en títulos, capítulos, secciones y subsecciones (art. 4).

   Las diversas leyes que han de aprobarse para completar el código se corresponderán con cada uno de los libros o partes de aquel. Todas ellas contarán con una disposición final que autorice al Gobierno, mediante decreto legislativo, a refundir las modificaciones que se deriven con las normas y las disposiciones que se mantengan sin alteración. Los decretos legislativos resultantes se incorporarán a la parte del código que les corresponda, de acuerdo con la división establecida en el artículo 3 (art. 6).

2. El segundo objetivo de la ley primera del CCCat es el de aprobar el Libro I del mismo, titulado "Disposiciones generales" y que se estructura en dos títulos:

   1) El título I, bajo el epígrafe "Disposiciones Preliminares", establece el sistema de fuentes, los medios de interpretación e integración, el principio de territorialidad, el carácter de derecho común del derecho civil catalán y los principios de preferencia y supletoriedad que han de regir en su aplicación. Se refiere también a los principios de libertad, de buena fe, de los actos propios y de equidad.

   2) El título II, bajo el epígrafe "Prescripción y caducidad", regula estas instituciones.

La presentación del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, supuso la suspensión de su aplicación hasta el 29 de octubre de 2003, momento en el que, por auto, Tribunal Constitucional resolvió levantar dicha suspensión. Hoy es plenamente aplicable y la retirada de dicho recurso elimina los problemas que habría suscitado la anulación de la ley toda vez que ya había producido efectos.

El proceso codificador continúa con la aprobación de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro V del CCCat, relativo a los derechos reales. La segunda ley del CCCat responde al objetivo de establecer la estructura y la sistemática del Libro V del código y aprobar su contenido. Refunde y modifica parcialmente la legislación aprobada por el Parlamento de Cataluña en materia de derecho de cosas y le confiere unidad interna. Se estructura en seis títulos, que establecen unas disposiciones generales sobre los bienes (título I) y regulan la posesión (título II), la adquisición y la extinción de los derechos reales (título III), el derecho de propiedad (título IV), las situaciones de comunidad (título V) y los derechos reales limitados (título VI).

Más adelante, la Ley 4/2008, de 24 de abril, aprueba el Libro III del CCCat, relativo a las personas jurídicas. Este libro consta de tres títulos: el primero contiene las disposiciones generales, el segundo se dedica a las asociaciones y el tercero a las fundaciones.

La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el Libro IV del CCCat, relativo a las sucesiones. Este libro conserva los fundamentos, el diseño institucional básico e incluso la redacción de muchos artículos del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el derecho civil de Cataluña, que deroga, pero también actualiza, un número significativo de instituciones y preceptos.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, aprueba el Libro II del CCCat, relativo a la persona y la familia, que, en la integración del derecho de la persona y la familia en el código, no trata de refundir la legislación anterior existente en estas materias, sino que opta por presentar un texto alternativo íntegro que permite contextualizar las numerosas e importantes novedades que se introducen. Incorpora la regulación de las uniones estables de pareja que se habían regulado al margen del Código de Familia.

Por Ley 13/2017, de 15 de febrero, se aprueba el Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos. Sin embargo, se trata de una primera ley del Libro VI que solamente aprueba su estructura y regula algunos contratos, por lo que actualmente el

Libro VI se encuentra incompleto. Trataremos esta cuestión con mayor detalle en el próximo apartado.

Es de señalar que, al margen del CCCat, también se han aprobado algunas leyes especiales, como la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; y Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, que han sufrido posteriores modificaciones.

Y también hay que advertir que los diversos libros del CCCat ya han sido modificados y ampliados por diversas leyes, lo que ha quedado facilitado por su carácter abierto. Así, hasta este momento:

- Ley 7/2012, del 25 de junio, de modificación del libro tercero del CCCat (simplificación administrativa de las personas jurídicas).
- Ley 5/2015, del 13 de mayo, de modificación del libro quinto del CCCat (régimen de la propiedad horizontal).
- Ley 6/2015, del 13 de mayo, de armonización del CCCat, por la que se modifican diversos preceptos de los libros primero, segundo, cuarto y quinto.
- Ley 19/2015, del 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida al libro quinto del CCCat.
- Decreto Ley 3/2015, del 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del CCCat, relativa a la creación del registro de parejas estables.
- Ley 3/2017, del 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, relativo a las obligaciones y contratos y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.
- Ley 10/2017, del 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del CCCat.
- Ley 6/2019, del 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del CCCat, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y no discriminación de las personas con discapacidad sensorial.
- Ley 9/2020, del 31 de julio, de modificación del libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado.
- Ley 14/2020, de 25 de noviembre, de modificación del libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia.
- Decreto Ley 19/2021, del 31 de agosto, por el que se adapta el CCCat a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.
- Decreto Ley 26/2021, del 30 de noviembre, de modificación del libro segundo del CCCat en relación con la violencia vicaria.

- Decreto Ley 27/2021, de 14 de diciembre, de incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del CCCat.
- Decreto Ley 28/2021, de 21 de diciembre, de modificación del libro quinto del CCCat, con el fin de incorporar la regulación de las instalaciones para la mejora de la eficacia energética o hídrica y de los sistemas de energías renovables en los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, y de modificación del Decreto Ley 10/2020, de 27 de marzo, por el que se establecen nuevas medidas extraordinarias para hacer frente al impacto sanitario, económico y social de la COVID-19 en el ámbito de las personas jurídicas de derecho privado sujetas a las disposiciones del derecho civil catalán.

En tramitación parlamentaria se encuentra el proyecto de ley de modificación del CCCat en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas[4].

4. Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 13 de noviembre de 2024.

2. El Libro VI del CCCAT, relativo a las obligaciones y los contratos

2.1. Estructura y contenido del Libro VI

Con la promulgación de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, se sustituye de forma definitiva la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

El preámbulo de la Ley 3/2017 explica que su objeto es establecer la estructura del Libro VI; aprobar la regulación de los contratos de compraventa, permuta y mandato; modificar e incorporar los contratos regulados en leyes especiales; y sustituir la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, conforme lo establecido en el artículo 3.f de la Ley 29/2002, del 30 de diciembre, primera ley del CCCat. De acuerdo con la disposición transitoria, su entrada en vigor era el 1 de enero de 2018, de modo que se aplica a los contratos concluidos a partir de dicha fecha.

Como se ha dicho, la aprobación del Libro VI del CCCat supone la culminación de la vieja aspiración de disponer de un texto legal unitario y sistematizado en el que se comprenda la mayor parte de las normas e instituciones jurídicas propias catalanas[5]. Sin embargo, no finaliza aquí la tarea codificadora, porque el Libro VI debe completarse con la regulación de los tipos contractuales que carecen de ella, las disposiciones generales y las fuentes no contractuales.

La distribución sistemática del Libro VI establece una pauta de cómo será su contenido. La previsión inicial es que contenga tres títulos, aunque no se excluye que pueda tener otros nuevos en un futuro:

- Título primero, relativo a las disposiciones generales: Se reserva a las reglas que forman las partes generales de las relaciones obligatorias y de las relaciones contractuales, teniendo en cuenta los principios que informan la contratación que afecta a los consumidores. Interesa destacar que, aunque se integran los principios informadores de esta materia, se opta por dejar fuera las normas de consumo, que seguirán contenidas en el Código de Consumo (aprobado por Ley 22/2010, de 20 de julio).
- Título segundo, relativo a los tipos contractuales: Es el que debe contener la específica regulación de cada uno de los contratos, las relaciones contractuales que estaban en la compilación sustituida y las de las leyes especiales de contratos. Este título se divide en 6 capítulos:
    - Capítulo I, contratos con finalidad de transmisión: No hay ninguna novedad en lo que respecta al sistema de adquisición de la propiedad, por lo que los contratos

5. GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. "Una primera lectura de los contratos del Libro VI del Código Civil de Cataluña", *Revista Digital. Obligaciones y Contratos*, Sepín Editorial Jurídica, 2017, n.º 16, SP/DOCT/22608, 2017.

son el título a los que debe añadirse la tradición (arts. 531-2, 521-4, 531-5 del CCCat). Se incluyen tres grandes tipos contractuales:

- Compraventa: Incorpora principios de la normativa de consumo, como los deberes de información (arts. 621-8 y 621-4 del CCCat) y la noción de conformidad (art. 621-20 a 621-23 del CCCat). La rescisión por lesión trae causa de la compilación (arts. 321 a 325 CDCC) y también la compraventa a carta de gracia (arts. 326 a 328 CDCC).
- Permuta.
- Cesión de finca o aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura: incorpora la Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura.

- Capítulo II, contratos sobre actividad ajena: Por el momento, solo se regulan, en la sección segunda, el mandato y la gestión de negocios ajenos, aunque esta última no es propiamente un contrato. Este capítulo tendrá, más adelante, una sección primera dedicada a las reglas generales del contrato de servicios.
  - Sección primera: Se reserva a las reglas generales de los contratos de servicios. Se parte de una idea de servicios en sentido amplio, que puede incluir diversos tipos contractuales; entre ellos, los contratos de obra, de prestación de información y asesoramiento, de diseño, de depósito o de mandato.
  - Mandato: El mandato propio o estricto es siempre representativo (el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante). El preámbulo dispone que la representación deberá regularse entre las disposiciones generales del Libro VI o en el Libro I.
  - Gestión de negocios ajenos.
- Capítulo III, contratos sobre objeto ajeno: Comprende tres grupos de contratos agrarios y es donde habrá que ubicar el contrato de arrendamiento de cosas. Integra la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo:
  - Contratos de cultivo: Arrendamiento rústico, aparcería y masovería.
  - Contrato de custodia del territorio.
  - Contrato de arrendamiento de pastos.
- Capítulo IV, contratos aleatorios: De momento, incorpora dos tipos de contratos:
  - Violario: Incorpora la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas.
  - Contrato de alimentos, con base en el artículo 237-14 del CCCat y el artículo 4.3 de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores.
- Capítulo V, contrato de cooperación: Regula la integración y habrá de contener también el contrato de sociedad.

  - Contrato de integración que se regulaban en la Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración.
- Capítulo VI, contratos de financiación y garantía: Por ahora, solamente regula el censal, pero podrá completarse con otros contratos como los de préstamo.
  - El censal: Integra la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas.

– Título tercero, relativo a las fuentes no contractuales: Tiene por objeto las relaciones obligatorias que nacen de un hecho no contractual. No se dota de contenido, pero habrá de contener las reglas de responsabilidad civil derivada de la producción de un daño.

2.2. Proceso de elaboración

2.2.1. Los trabajos preparatorios del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña[6]

La elaboración de los textos preparatorios de los anteproyectos de ley del CCCat, incluido el del Libro VI, se ha efectuado en la Comisión de Codificación, constituida por el Pleno y cuatro secciones, que estudian distintas materias civiles: la Sección de Familia, la Sección de Sucesiones, la Sección de Derecho Patrimonial y la Sección de Armonización; esta última trabajaba para dotar de coherencia interna al texto completo que coordinaba.

Inicialmente, las secciones prepararon anteproyectos de leyes especiales que dieron lugar a leyes que después integrarían el Código Civil, tales como la Ley 13/2000, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación; la Ley 22/2001, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente; la Ley 23/2001, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; y la Ley 5/2001, de Fundaciones.

Pero, sin duda, el resultado más destacable fue la aprobación de la Ley 29/2002, primera Ley del CCCat, que supuso el inicio de la elaboración del CCCat. Como se ha visto, esta ley establece la estructura, el contenido básico y el procedimiento de tramitación del CCCat.

A partir de este momento, la Sección de Derecho Patrimonial comienza a elaborar trabajos preparatorios de los Libros V y VI del CCCat, que consisten en la propuesta de un articulado con concordancias y comentarios a cada uno de los artículos. Los relativos al Libro VI constan en un texto inacabado, cerrado con fecha de 23 de abril de 2004, que no se llegó a publicar.

---

6. MIRAMBELL I ABANCÓ, A., "Un projecte de llei del llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes", Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona, *El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya: análisis del projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2015, pp. 19-54; y GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., *Lliçons de Dret Civil Català I. Part General de Dret Civil,* 2.ª ed., Valencia, 2018, pp. 28-30.

Con el inicio de una nueva legislatura, mediante el Decreto 266/2004, de 27 de abril, se reorganiza el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, se modifican los órganos que lo componen, que son el Consejo Rector, la Comisión de Codificación, la dirección y la secretaria técnica[7]. Desaparecen las secciones de la Comisión de Codificación y, en su lugar, se crea la Comisión Permanente, que nombra y coordina grupos de trabajo específicos. El nuevo director general del Dret i Entitats Jurídiques encarga un informe a la Sección de Derecho Patrimonial sobre la situación de los trabajos del Libro VI del CCCat, que se elabora y fecha el 26 de febrero de 2004. Este informe contiene una serie de consideraciones acerca de las dificultades de la elaboración del Libro VI: la competencia en materia de legislación civil, la necesidad social y oportunidad política y los criterios legislativos. También realiza una declaración de intenciones sobre las características que debe tener el Libro VI. En este sentido dispone que:

> "*La regulació dels contractes en el Llibre Sisè no serà ni una copia traduïda del Codi Civil Espanyol ni cercarà diferenciar-se'n per sistema. Tindrà en compte el CCE i també d'altres codis del nostre entorn cultural, sobretot els més moderns... la normativa de protecció dels consumidors de totes i cada una de les figures i, sobretot, en els principis generals que l'han d'inspirar; les darreres tendències de la doctrina científica i les solucions jurisprudencials recents i, finalment, els treballs sobre unificació del dret contractual europeu... Tot plegat ha de fer del CCC, com s'ha dit més amunt, el codi civil més modern d'Europa, fonamentat en principis clàssic del nostre dret però adaptat plenament al model de societat catalana actual, plural, emprenedora, diversa i integradora*".

Sin embargo, entre los años 2004 y 2010 se prioriza la elaboración de los otros libros del CCCat y se aprueban: el Libro V (Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto, relativo a los derechos reales); el Libro III (Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero, relativo a las personas jurídicas); el Libro IV (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto, relativo a las sucesiones); y el Libro II (Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo, relativo a la persona y la familia).

El inicio de una nueva legislatura (la IX legislatura) comporta una nueva reestructuración del Observatorio de Derecho Privado, que se aprueba por Decreto 395/2011, de 27 de septiembre, de la Comisión de Codificación de Cataluña y del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña[8]. Pasan a integrar la Comisión: el Pleno, la Comisión Permanente y las Secciones, todo bajo la coordinación de la persona titular de la dirección y con una

---

7. Decreto 266/2004, de 27 de abril, de regulación de los órganos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, publicado en el DOGC, n.º 4122, de 29 de abril de 2004.

8. El Decreto 395/2011, de 27 de septiembre, publicado en el DOGC, n.º 5974, de 29 de septiembre de 2011, dispone que "La Comisión de Codificación de Cataluña es el órgano colegiado adscrito al departamento competente en materia de derecho civil, que tiene como finalidad la elaboración de propuestas de revisión, actualización y desarrollo del derecho privado de Cataluña, en especial, del derecho civil". Y, asimismo, establece que el Observatorio de Derecho Privado es el órgano de asesoramiento y de seguimiento de las actividades de la Comisión de Codificación de Cataluña, así como de participación, y también es el órgano de relación con la Generalitat de las instituciones

secretaria técnica. Se reestablecen las secciones, que serán las encargadas de elaborar las propuestas de trabajos preparatorios de disposiciones normativas en la materia asignada. En esta ocasión, se crean seis secciones: Sección de Persona y Familia, Sección de Personas Jurídicas, Sección de Sucesiones, Sección de Derechos Reales, Sección de Obligaciones y Contratos y Sección de Harmonización. Por su parte, el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña es el órgano de asesoramiento y seguimiento de las actividades de la Comisión de Codificación de Cataluña, así como de participación; y también es el órgano de relación con la Generalitat de las instituciones vinculadas al derecho privado de Cataluña[9].

En un principio, la Sección de Obligaciones y Contratos centró sus trabajos en la propuesta de regulación de la compraventa. El 19 de noviembre de 2012, la sección presentó al Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña el primer borrador del anteproyecto de estructura del Libro VI del CCCat, del contrato de compraventa y de derogación de la Compilación. Del debate, resultó un texto fechado el 9 de enero de 2013, que fue la base de un anteproyecto posterior. A este texto se añadió un documento de incorporación de los contratos regulados en las leyes especiales vigentes y se tuvo en cuenta el documento preparado por la Sección de Derecho Patrimonial en 2004. Ya iniciada esta revisión, el 6 de marzo de 2013, se publicó el proyecto de informe sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, que plantea la modificación de la propuesta del Reglamento de 11 de octubre de 2011, que también se utilizó para la elaboración de un segundo borrador de anteproyecto. Este nuevo borrador de anteproyecto, ahora titulado "primera ley del Libro VI del CCCat", fue presentado y analizado por el Pleno de la Comisión de Codificación el día 23 de diciembre de 2013 y por el Consejo Rector del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña el 19 de febrero de 2014. La Sección de Obligaciones y Contratos introdujo en el texto las sugerencias recibidas y terminó el texto final del borrador del anteproyecto, que pasó a titularse "ley del Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos" fechado el 24 de marzo de 2014.

Interesa destacar que, en la elaboración del texto final del anteproyecto de ley del Libro VI del CCCat, participaron directamente personas representantes de todas las entidades del ámbito jurídico de Cataluña y de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, además de un número significativo de juristas de reconocido prestigio. Todas las personas y entidades que se relacionan a continuación tuvieron la oportunidad de realizar comentarios y sugerencias del texto del anteproyecto antes de que lo conociera el Govern. Sus observaciones se dirigieron a la Sección de la Comisión, que era el que decidiría si las introducía o no en el texto:

---

vinculadas al derecho privado de Cataluña. Este está inscrito al departamento competente en materia de derecho civil (art. 15).

9. GETE-ALONSO y CALERA, M.ª C., *Lliçons de Dret Civil Català I. Part General de Dret Civil, op. cit.*, pp. 28 y ss.

- Los miembros de la Sección de Obligaciones y Contratos: Cada sección tiene una presidencia, puede tener vicepresidencias y consta con un mínimo de tres vocales, todos ellos juristas de reconocido prestigio y nombrados por la persona titular del departamento competente en materia de derecho civil (art. 13 del Decreto 395/2011).
- El Pleno de la Comisión de Codificación: Compuesto por la presidencia, que ocupa la persona titular del departamento competente en materia de derecho civil; la vicepresidencia, que ocupa la persona titular de la dirección general competente en materia de derecho civil; y las vocalías, ocupadas por la persona titular de la dirección de la Comisión General de Cataluña, por la persona titular de la dirección del Gabinete Jurídico de la Generalitat (o persona en la que delegue), por las personas titulares de la presidencia y vicepresidencia de las secciones activas, y por un máximo de veinte personas del ámbito académico o profesional de reconocido prestigio por su actividad en el campo de las ciencias jurídicas (art. 5 del Decreto 395/2011).
- El Observatorio de Derecho Privado: Compuesto por la presidencia, que ocupa la persona titular del departamento competente en materia de derecho civil; la vicepresidencia, que ocupa la persona titular de la dirección general competente en materia de derecho civil; y las vocalías, ocupadas por las personas que han sido consejeras del Departamento de Justicia, la persona titular de la dirección del Gabinete Jurídico de la Generalitat, la persona titular de la presidencia de la Comisión Jurídica Asesora, la persona titular de la presidencia del Consejo de Garantías Estatutarias (o miembro en quien delegue), la persona titular de la presidencia de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, la persona titular del decanato del Colegio de Notarios de Cataluña, la persona titular del decanato autonómico de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña, la persona titular de la presidencia del Consejo de Colegios de Abogados de Cataluña, la persona titular del decanato del Colegio de Abogados de Barcelona, la persona titular de la presidencia del Consejo de Procuradores de los Tribunales de Cataluña, un o una jurista o diputado o diputada designado por cada partido político con representación parlamentaria (hasta quince miembros escogidos entre juristas o entidades de reconocido prestigio en el ámbito jurídico), la persona titular de la dirección del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada y las personas titulares de la presidencia o de las secciones de la Comisión de Codificación de Cataluña, aunque también puede formar parte un magistrado o magistrada, designado por el Consejo General del poder judicial, o el secretario técnico o secretaria técnica, que actúa como secretario o secretaria (art. 17 del Decreto 395/2011).

Una vez terminado el texto del anteproyecto de ley del Libro VI del CCCat, se inició la tramitación gubernamental del texto, previa a la tramitación parlamentaria del mismo.

2.2.2. La tramitación gubernamental

La Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, regula la iniciativa legislativa del ejecutivo catalán y el procedimiento a seguir para

elaborar los anteproyectos de ley[10]. El artículo 36 de la Ley 13/2008 se dedica a regular la iniciativa legislativa del Govern. En su primer apartado, reconoce que el Govern ejerce la iniciativa legislativa por medio de la presentación de proyectos de ley al Parlamento.

El artículo 36.2 de la Ley 13/2008 exige el requisito del acuerdo previo del Govern sobre la oportunidad de la iniciativa para poder iniciar la tramitación del anteproyecto de ley. El acuerdo del Govern de 19 de mayo de 2009, relativo a la oportunidad de las iniciativas legislativas del Govern, dispone que el acuerdo previo del Govern, al que hace referencia el artículo 36.2 de la Ley 13/2008, debe contener una memoria preliminar, que debe incluir los siguientes aspectos: objetivos de la iniciativa; motivos que la hacen necesaria; efectos que tendría la adopción de la ley sobre la normativa vigente; relación con otras iniciativas legislativas en tramitación; consecuencias de no adoptar el anteproyecto de ley; descripción y evaluación de otras opciones (no normativas y normativas) para alcanzar los objetivos que se pretenden con la ley; valoración de la afectación de la ley por la Directiva 2006/123/CE; evaluación de los efectos para los ciudadanos y para las empresas de la aplicación de la ley (reducción de cargas administrativas y simplificación administrativa); estimación de los efectos de la aplicación de la ley sobre la organización, el personal y el presupuesto de la Administración de la Generalidad; valoración de los efectos de la aplicación de la ley sobre la organización, el personal y el presupuesto de las administraciones locales de Cataluña; y análisis de la incidencia de la iniciativa en el régimen especial del municipio de Barcelona.

Además, el artículo 36.3 de la Ley 13/2008, que fue objeto de modificación por la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, establece que los anteproyectos de ley deben ir acompañados de la siguiente documentación: a) Una memoria general, con los estudios, informes y dictámenes pertinentes sobre la necesidad de la iniciativa, que contendrá, como mínimo, la adecuación de la norma a los fines que se persiguen; el marco normativo en el que se inserta; la relación de las disposiciones afectadas por el anteproyecto de ley y la mesa de vigencias y derogaciones resultantes; la competencia de la Generalidad sobre la materia, y la relación motivada de las personas y entidades a las que debe otorgarse el

10. Hay que señalar que, al tiempo de cerrar este artículo, el proyecto de ley de elaboración de disposiciones normativas decayó por finalización de la legislatura (BOPC n.º 501, de 20 de febrero de 2023). El preámbulo dispone que esta ley tiene por objeto concentrar, en una única norma, el procedimiento de elaboración de las normas con rango de ley y de los reglamentos, y que actualmente se encuentra repartida en dos normas: la Ley 13/2008, del 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno, relativa a la regulación de la iniciativa y la potestad legislativa del Govern y el ejercicio de la potestad reglamentaria; y la Ley 26/2020, de 3 de agosto, del régimen jurídico y del procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, que regula el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias en el ámbito competencial de la Administración de la Generalidad. Asimismo, el proyecto de ley busca adecuar dicho procedimiento a la normativa sobre transparencia y revisarlo para simplificarlo y adaptarlo a la tramitación electrónica o digital. Lo anterior toma en consideración a la ciudadanía, en su conjunto, como destinataria final de las disposiciones normativas, tanto en cuanto a la participación, acceso y transparencia, como en relación a la necesidad de que los textos normativos se redacten en un lenguaje simple, claro y comprensible.

trámite de audiencia o la procedencia de someter el expediente a información pública; b) Una memoria de evaluación del impacto de las medidas propuestas que debe tener el contenido que reglamentariamente se establezca. Esta memoria incluye, como mínimo, un informe de impacto presupuestario en el que se evalúa la repercusión del anteproyecto de ley en los recursos personales y materiales y en los presupuestos de la Generalidad, así como las fuentes y procedimientos de financiación, en su caso; un informe de impacto económico y social, en el que se evalúan los costes y beneficios que implica la iniciativa legislativa para sus destinatarios y para la realidad social y económica; un informe de impacto normativo, en el que se evalúa la incidencia de las medidas propuestas por la norma en términos de opciones de regulación, de simplificación administrativa y de reducción de cargas administrativas para los ciudadanos y las empresas; y, finalmente, un informe de impacto de género[11]; c) Una memoria en la que consten las consultas formuladas, las alegaciones presentadas, las razones que han llevado a estimarlas o desestimarlas y la incidencia de las consultas y alegaciones en la redacción final del anteproyecto de ley; d) Un informe emitido por los servicios jurídicos de los departamentos concernidos y demás informes que sean preceptivos de acuerdo con la normativa vigente.

El artículo 36.4 de la Ley 13/2008 regula los trámites de audiencia e información pública de carácter potestativo, aunque en la práctica, los anteproyectos de ley acostumbran a someter estos trámites[12]. Asimismo, establece que el departamento encargado de la elaboración de un anteproyecto de ley podrá someterlo a información pública o audiencia de las entidades que tengan encomendada, por ley, la defensa de intereses que podrían verse afectados por la entrada en vigor de la ley. El plazo de información o audiencia no puede ser inferior a quince días. La Sección de Codificación dará respuesta a todas las alegaciones presentadas.

El artículo 36 de la Ley 13/2008 continúa estableciendo que le corresponde al titular o la titular del departamento que ha elaborado un anteproyecto de ley, someterlo a la consideración del Govern, quien puede decidir si llevar a cabo nuevos trámites antes de aprobarlo como proyecto de ley (art. 36.5). Una vez aprobado un proyecto de ley, el Govern debe enviarlo al Parlamento, acompañado con toda la documentación anexa (art. 36.6). Si la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley caduca por finalización de la legislatura, el Govern, previos informes del secretario o secretaria general del departamento concernido y de los servicios jurídicos de la Generalidad, puede aprobar como proyecto de ley el mismo texto que ya había presentado, así como acordar presentarlo de nuevo al Parlamento, sin necesidad de más trámites (art. 36.7).

---

11. Aunque no se contempla expresamente, el trámite de la consulta interdepartamental se aplica también en los anteproyectos y se encuentra contemplado en el Acuerdo del Govern de 19 de mayo de 2009, que establece unas directrices sobre el contenido del expediente y procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, entre los que se encuentran los anteproyectos de ley.

12. El Acuerdo del Govern de 19 de mayo de 2009 dispone que únicamente pueden obviarse los trámites de audiencia e información pública si, de forma motivada, se fundamenta jurídicamente su no perceptibilidad.

La Ley 13/2008 regula también los órganos de asistencia técnica y de soporte al Govern, que son la Secretaría del Govern (art. 33) y el Consejo Técnico del Gobierno (art. 34).

La Secretaría del Gobierno se configura como un órgano de asistencia jurídica y soporte técnico al Govern y al Consejo Técnico prepara las reuniones y cumple las funciones que le atribuya el presidente o presidenta de la Generalidad. Consta de varias unidades de soporte. Una de estas unidades es la Oficina del Govern[13], que tiene entre sus funciones promover la adopción de instrucciones sobre la tramitación de las iniciativas que deben someterse al Consejo Técnico y al Govern, y velar por la corrección y calidad técnica de las mismas. De la Oficina del Govern depende el Área de Mejora de la Regulación, que se ocupa del impulso de la cultura de la calidad normativa y de prestar asistencia técnica y consultoría a los departamentos de la Administración de la Generalidad para llevar a cabo las evaluaciones de calidad normativa, y especialmente del impacto normativo[14].

Por su parte, el Consejo Técnico es un órgano colegiado de soporte para el Govern, que analiza y estudia los asuntos que deben someterse a la aprobación o consideración del Govern. Examina y delibera, entre otras cuestiones, sobre los anteproyectos de ley con carácter previo a la aprobación por parte del Govern como proyectos de ley[15]. Cuando los anteproyectos de ley sean objeto del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (que es facultativo, como ya se ha indicado), el Consejo Técnico los examina con carácter previo a la solicitud del dictamen y, después de emitido el mismo, lo examina de nuevo con relación ya únicamente a los aspectos abordados en el dictamen.

Con relación al anteproyecto de ley del Libro VI del CCCat, la tramitación gubernamental se inicia con el Acuerdo del Govern de fecha 10 de diciembre de 2013, por el que se aprueba la memoria preliminar del anteproyecto de ley del Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, y finaliza con el certificado de la vista de la iniciativa por el Consejo Técnico en sesión de 10 de febrero de 2015[16].

La Mesa del Parlamento admitió a trámite el proyecto de ley del Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, fechado el 18 de febrero de 2015, y fue

13. La Oficina del Govern se encuentra regulada en el Decreto 118/2013, de 26 de febrero, de reestructuración del Departamento de la Presidencia (arts. 24 a 27).

14. El Área de Mejora de la Regulación se encuentra regulada en los artículos 24.3 y 27 del Decreto 266/2016, de 5 de julio, de reestructuración del Departamento de la Presidencia. Un organismo paralelo en el ámbito estatal es la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, regulada por el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece su régimen de funcionamiento.

15. Así lo establece el artículo 8.1 del Reglamento del Consejo Técnico del Govern, aprobado por Decreto 413/2011, de 13 de diciembre.

16. Puede accederse al detalle de los trámites y al calendario en: https://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossier-legislatiu/sumari/contingut/index.html?p_id=42981 (consulta: 01/11/2024).

publicado en el BOPC, núm. 505, de 25 de febrero de 2015. Sin embargo, la iniciativa decae con el fin de la legislatura y es necesario retomar los trámites en la XI Legislatura.

Y entonces, de nuevo, fechado el 10 de febrero de 2016, se emitió el informe sobre la oportunidad de la aprobación y presentación al Parlamento del texto del proyecto de ley del Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques, al que siguieron el informe jurídico de la Secretaria General del Departament de Justícia y, finalmente, el certificado de la vista de la iniciativa por el *Consell Tècnic* en sesión de 16 de febrero de 2016[17].

2.2.3. La tramitación parlamentaria

La andadura del Proyecto de Ley del Libro VI del CCCat en la X Legislatura acabó precipitadamente al decaer aquella. Como ya se ha dicho, la Mesa del Parlamento admitió a trámite el proyecto fechado el 18 de febrero de 2015, y fue publicado en el BOPC, núm. 505, de 25 de febrero de 2015. Se abrió el plazo para la presentación de enmiendas a la totalidad, que se prorrogó hasta el 11 de marzo de 2015. Los grupos parlamentarios Partido Popular de Cataluña y Ciudadanos presentaron sendas enmiendas a la totalidad, que fueron rechazadas por el Pleno del Parlamento en la sesión del 18 de marzo de 2015, el mismo día que tuvo lugar el debate de la totalidad y que se abrió el plazo para la propuesta de comparecencias. Se aprobaron y se llevaron a cabo numerosas comparecencias de representantes de entidades jurídicas y de organizaciones y grupos sociales, operadores jurídicos y miembros de la comisión de codificación[18]. Más tarde, el 9 de abril de 2015 se nombró la ponencia de la Comisión de Justicia, que se encontraba integrada por una persona representante de cada uno de los grupos políticos con representación parlamentaria (Convergència i Unió, Partido de los Socialistas de Cataluña, Partido Popular de Cataluña, Iniciativa per Catalunya-Verds-Esquerra Unida-Alternativa, Ciudadanos, Grupo Mixto) y debía elaborar el informe sobre el proyecto y las enmiendas presentadas. El 4 de agosto de 2015 el proyecto decae por fin de la legislatura[19].

Ya en la XI Legislatura, el Govern volvió a presentar el proyecto de ley y la Mesa del Parlamento lo admitió de nuevo a trámite el 1 de marzo de 2016. Así, el 8 de marzo se abrió el plazo para la presentación de enmiendas a la totalidad, que se prorrogó hasta el 14 de abril. El grupo parlamentario PPC presentó enmienda a la totalidad, que fue rechazada por el Pleno del Parlamento el 20 de abril, mismo día en que tuvo lugar el

17. Puede accederse al contenido de cada uno de estos trámites en: https://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/iniciatives-legislatives/antecedents-llei/index.html?p_id=270160359&format_contingut=D&hr_contingut=PC_EXP_PROJECTES_LLEI (consulta: 01/11/2024).

18. Las comparecencias aprobadas pueden consultarse en el BOPC n.º 561, de 4 de mayo de 2015.

19. Los trámites durante la X legislatura se encuentran detallados en: https://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossier-legislatiu/sumari/contingut/index.html?p_id=42981 (consulta: 1/11/2024).

debate de totalidad y la apertura del plazo para proponer comparecencias. Se aprobaron nuevas comparecencias de organizaciones y grupos sociales, propuestas por los grupos parlamentarios, que se efectuaron a lo largo de los meses de junio y julio[20]. El 29 de julio se nombró la ponencia de la Comisión de Justicia, que debía elaborar el informe sobre el proyecto, que nuevamente se encontraba integrada por una persona representante de cada uno de los grupos políticos con representación parlamentaria (Partido de los Socialistas de Cataluña, Candidatura de Unitat Popular, Crida Constituent, Junts pel Si, Ciudadanos, Si que es pot, Partido Popular de Cataluña). El plazo para la presentación de enmiendas al articulado se prorrogó hasta el 17 de octubre de 2016[21]. Finalmente, las enmiendas presentadas al texto del articulado fueron 211 y el informe de la ponencia se publicó el 1 de diciembre de 2016 con las recomendaciones correspondientes. Seguidamente se elaboró y publicó el dictamen de la Comisión de Justicia, en el que se considera el informe de la ponencia y las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios. A petición de una décima parte de los diputados del Parlamento de Cataluña, se solicitó dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias, que fue publicado el 1 de febrero de 2017[22]. La aprobación por el Pleno, que requirió 65 votaciones de enmiendas del articulado, tuvo lugar el día 8 de febrero de 2017, y su publicación en el BOPC fue el día 15 de febrero de ese mismo año. La Ley 3/2017, del 15 de febrero, del libro sexto del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, se publicó en el DOGC el 22 de febrero de 2017 y entró en vigor el 1 de enero de 2018 [23].

20. Pueden consultarse en el BOPC, n.º 146, de 2 de junio de 2016.

21. Las enmiendas al articulado se encuentran publicadas en el BOPC, n.º 239, de 29 de octubre de 2016.

22. El dictamen del Consejo de Garantías Estatuarias sobre el proyecto de Libro VI del CCCat se encuentra publicado en el BOPC, n.º 318, de 1 de febrero de 2017.

23. Los trámites parlamentarios durante la XI Legislatura se encuentran detallados en: https://www.parlament.cat/web/documentacio/recursos-documentals/dossier-legislatiu/sumari/index.html?p_id=DOSSIER_LEG_46 (consulta: 1/06/2024).

3. ¿ES ASÍ COMO DEBEMOS LEGISLAR?

El procedimiento seguido para la aprobación de la Ley 3/2017 es, como el seguido para la aprobación del resto de leyes que conforman el CCCat, el procedimiento ordinario de aprobación de las leyes en Cataluña. Como es sabido, el procedimiento ordinario se basa en la presentación de un proyecto de ley por parte del Govern, como es el caso, o de una proposición de ley a la cámara por parte de un grupo parlamentario para su tramitación.

No puede dejar de cuestionarse aquí si esta forma de tramitación resulta adecuada para la preparación y aprobación de las leyes que, aunque por partes o libros, configuran un cuerpo de la complejidad técnica del CCCat. En este sentido y con relación a la modificación del Código Civil español para la modernización en materia de obligaciones y contratos, explica García-Rubio[24], que "el ordinario es un procedimiento escasamente compatible con una reforma de naturaleza muy técnica, que ha de tener coherencia, tanto orgánica con el resto del código, como funcional respecto de todo el ordenamiento jurídico, coherencias cuyo respeto corre serio peligro de utilizar un procedimiento demasiado sujeto a vaivenes políticos".

Tampoco puede obviarse, como apunta la citada autora, el poco interés que la mayoría de las materias de derecho civil suscitan a los y las parlamentarios, quienes no siempre comprenden su significado e importancia, aunque este es un problema estructural del sistema[25].

Centrándonos en el ámbito de Cataluña, partimos de la base de que la potestad legislativa reside en el Parlamento de Cataluña (art. 55 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en adelante EAC) que puede tramitar y aprobar las iniciativas legislativas en el Pleno o mediante delegación a las comisiones parlamentarias permanentes (art. 62 del EAC). El Parlamento también puede delegar al Govern la potestad de dictar normas con rango de ley (decretos legislativos). Dicha delegación debe ser expresa, mediante ley, para una materia concreta y con la determinación de un plazo para hacer uso de la misma; además, debe fijar las bases a las que debe ajustarse el Govern en el ejercicio de la delegación. Las leyes de delegación también pueden establecer un régimen de control especial para los decretos legislativos (art. 63 del EAC). Al margen queda el procedimiento por el que el Govern puede dictar disposiciones legislativas mediante decretos leyes,

24. GARCÍA-RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil,* 2024, vol. XI, n.º 2, pp. 4-5, defiende que el procedimiento que mejor garantizaría la aprobación de dicha reforma es el previsto en el artículo 82 de la CE, de la delegación legislativa del Parlamento en el Gobierno para que dicte un real decreto legislativo para el desarrollo de una previa ley de bases elaborada en el Parlamento, lo que no obsta para que se prevean fórmulas de control *ex post* que puedan comportar la revisión del texto articulado (art. 82.6 de la CE).

25. GARCÍA-RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil*, 2022, n.º 1, pp. 242-243.

puesto que se limita a los casos de una necesidad extraordinaria y urgente (art. 64 del EAC), entre los que no pueden contarse la aprobación de los libros del CCCat.

Las leyes que conforman el CCCat han sido tramitadas, todas ellas, mediante el procedimiento ordinario de proyecto de ley, lo que ha comportado, como se ha visto, largas tramitaciones parlamentarias —en el caso del Libro VI, dos años, pues se inicia el 18 de febrero de 2015 y finaliza el 8 de febrero de 2017, con un cambio de legislatura de por medio—.

No es claro que la vía del decreto legislativo pudiera acortar los plazos, pues el Parlamento habría tenido que elaborar la ley de bases a desarrollar por el texto articulado y plantear un sistema de control *ex post* del mismo que, dada la trascendencia de la norma, probablemente comportaría la oportunidad del planteamiento de enmiendas por parte de los grupos parlamentarios.

En todo caso, los términos o plazos de la tramitación parlamentaria pueden parecer consecuencia inevitable del funcionamiento del sistema democrático, sin perjuicio de que siempre caben cambios para la mayor eficiencia.

En otro orden de ideas, cabe pensar sobre la eficiencia del resto de fases de la preparación de las leyes, esto es, la fase del procedimiento de elaboración del anteproyecto de ley y de la tramitación gubernamental en el caso de los proyectos de ley –nos centramos en el ámbito catalán– a iniciativa del Govern.

Como se ha visto, la Comisión de Codificación de Cataluña dedicó más de dos años a la elaboración de un primer borrador del anteproyecto de ley del Libro VI del CCCat (2012/2013) y, después, la tramitación gubernamental del mismo requirió un tiempo de dos años más (hasta febrero de 2016), si bien es cierto que entre tanto hubo un cambio de gobierno. Estos plazos —cuatro años de preparación antes del comienzo de la tramitación parlamentaria— son, en mi opinión, si cabe, de más difícil justificación que los de la tramitación parlamentaria.

Sin duda, la tramitación gubernamental podría agilizarse con el establecimiento de unos plazos más precisos para la emisión de los dictámenes, informes, memorias, certificados, etc., de los distintos órganos que participan en el proceso. Pienso que habría de reconsiderarse la necesidad y utilidad de cada uno de ellos y, en todo caso, disponer un término razonable para su presentación (fine). Hay que evitar que la tramitación gubernamental se demore en demasía.

En último lugar, me referiré a la fase de la elaboración del anteproyecto que, en el caso de Cataluña, por encargo del Govern, se desarrolla en el seno de la Comisión de Codificación. Con relación a los tiempos y a la forma en que se desarrolla, hay mucho margen de mejora.

Ninguna objeción en cuanto a la organización y composición de la comisión, que no constituye un hándicap para los buenos resultados, sino todo lo contrario. En la comisión participan juristas de reconocido prestigio y sobrada experiencia y valía, y las subcomisiones permiten la distribución por materias para una mayor especialización.

Cuestión distinta es la forma y condiciones en que se lleva cabo la labor más importante de todo el proceso de elaboración de la ley, precisamente su gestación y nacimiento. Este trabajo se lleva a cabo en reuniones periódicas de discusión y debate que los miembros de la comisión deben preparar con informes, comentarios y enmiendas. Se plantea como una actividad que viene a añadirse al quehacer profesional de todos ellos y que se basa fundamentalmente en su voluntarismo, generosidad y vocación. Son todas ellas grandes virtudes que, sin embargo, no deberían constituir los cimientos de la producción legislativa de un país.

Un cambio que sin duda ayudaría a recortar los tiempos del proceso de preparación de los textos legislativos pasaría por posibilitar que quienes, en cada momento, participan en estos trabajos preparatorios, siempre que su ocupación habitual lo permita, se declaren en situación de servicios especiales para dedicarse de forma completa a esta tarea.

A mi entender, es preciso que se reconsidere la importancia y el valor de la labor de legislar y se aborden las reformas necesarias para que este trabajo se desarrolle en unas condiciones óptimas para la consecución de normas de alto nivel técnico-legislativo en los plazos que requieren las sociedades modernas.

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. *Derecho de obligaciones y contratos de Cataluña,* (coordinadoras M.ª C. Gete-Alonso y Calera y J. Solé Resina), Barcelona, 2021.

CAPELLERAS GONZÁLEZ, A., "El marc legal de l'elaboració dels avantprojectes de llei a Catalunya: una mirada a la legislació catalana i a la legislació estatal de recent aprovació", *Activitat Parlamentària,* 2008, n.º 29, pp. 23-63.

CARRASCO PERERA, Á., "La codificación civil catalana. Competencia y optimización", *La codificación del derecho civil de Cataluña*, (director C. E. Florensa i Tomàs), Barcelona, Marcial Pons, 2011, pp. 29-46.

EGEA FERNÁNDEZ, J., "Codificación civil y competencia legislativa de la Generalitat de Catalunya", *InDret,* n.º 8, 2003.

GARCÍA-RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil,* 2004, vol. XI, n.º 2, pp. 4-5.

GARCÍA-RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil,* 2022, vol. IX, n.º 1, pp. 233-245.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. y SOLÉ RESINA, J., *Lliçons de Dret Civil Català I. Part General de Dret Civil*, 2.ª ed., València, 2018.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "El llibre VI del Codi Civil de Catalunya o la substitució definitiva de la compilació de dret civil de Catalunya. Els contractes", *Revista Jurídica de Catalunya,* 2018, vol. 117, pp. 585-618.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: Ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán: Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. 7, n.º 5, págs. 41-89.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Una primera lectura de los contratos del Libro VI del Código Civil de Cataluña, *Revista Digital. Obligaciones y Contratos.* Sepín Editorial Jurídica*,* 2017, n.º 16, SP/DOCT/22608, 2017.

MIRAMBELL I ABANCÓ, A., "Un projecte de llei del llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes", *El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya: análisis del projecte de llei, Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa* (coordinador, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, Universitat de Girona), Girona, 2015, p. 19-54.

OLLÉ I FAVARÓ, J. C., "Antoni Mirambell i Abancó: la importancia de la codificació a Catalunya", *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, (director Ferran Badosa Coll), Barcelona, 2022, p. 69-74.

PUIG I FERRIOL, L., "La configuración del dret civil català des de la constitución de Felip II de l'any 1599 fins al Codi Civil de Catalunya", *La codificación del derecho civil de Cataluña*, (director Carles Enric Florensa i Tomàs), Barcelona, 2011, pp. 15-28.

SALVADOR CODERCH, P., "Técnica legislativa y teorías de la regulación", *InDret,* n.º 208, 2004.

LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN REVISADA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: SU ARMONIZACIÓN CON LA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS CON CONSUMIDORES*[1]

ANTONIA NIETO ALONSO
Catedrática de Derecho Civil
Universidade de Santiago de Compostela

Mon seul code par sa simplicité a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m'ont précédé (Napoléon I)

Comte de Las Cases,
Mémorial de Sainte Hélène

Las reglas de contratación, como derivadas de la necesidad de los cambios de cosas y servicios, forman el elemento, no diré invariable, porque no quiero negarle su carácter progresivo, pero sí permanente de la ciencia del Derecho.

Manuel Alonso Martínez,
El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 24/03/2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) —Investigadores principales: M.ª Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez—.

RESUMEN

La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 continúa con la opción del legislador español de regular fuera del Código Civil el derecho de consumo. Ahora bien, la Propuesta supone un importante cambio respecto de la situación actual de los contratos con consumidores, ya que, aunque no contenga este tipo de normas, incorpora una plausible regulación por medio del oportuno recurso a las técnicas legislativas de la supletoriedad y de la remisión. El presente estudio se ocupa de clarificar las referidas técnicas y de la correspondencia entre la contratación civil y la de consumo.

PALABRAS CLAVE

Contratación civil; contratos con consumidores; bases de las obligaciones contractuales; técnica legislativa de la supletoriedad; técnica legislativa de la remisión.

THE PROPOSAL FOR THE REVISED MODERNIZATION OF THE CIVIL CODE IN TERMS OF OBLIGATIONS AND CONTRACTS: ITS HARMONIZATION WITH THE REGULATION ON CONTRACTS WITH CONSUMERS

ABSTRACT

The proposal to modernize the Civil Code on obligations and contracts of 2023 continues with the option of the Spanish legislator to regulate consumer rights outside the Civil Code. Now, the Proposal represents an important change with respect to the current situation of contracts with consumers since, although it does not contain this type of rules, it incorporates a plausible regulation through the appropriate resort to the legislative techniques of supplementary and remission. The present study is concerned with clarifying the techniques and the correspondence between civil contracting and consumer contracting.

KEYWORDS

Civil contracts; consumer contracts; bases of contractual obligations; legislative technique of supplementary; legislative technique of remission.

SUMARIO

1. Introducción 278

2. La adscripción de los contratos con consumidores al ámbito competencial civil y las bases de las obligaciones contractuales (Exart. 149.1. 8.ª CE) en la PMR de 2023 287

3. La aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores 293

4. La remisión externa y dinámica a la legislación especial en las relaciones de consumo 296

   4.1. La técnica de la remisión en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos 299

   4.2. El carácter especialmente reforzado de la remisión en los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas 300

5. Conclusiones 303

Bibliografía 305

1. INTRODUCCIÓN

El profesor Díez-Picazo, en el año 2006, reconocía que el estado del derecho de obligaciones aconseja alguna reforma que lo ponga en consonancia con los últimos retos europeos y añadía que siempre le había parecido que "[...] el Derecho de obligaciones que se insertó en el Código Civil, no fue la parte más cuidada de él". Puntualiza el autor que en el trecho que va desde el artículo 1088 al artículo 1314, el Código Civil se limitó a seguir las pautas del Proyecto de García Goyena de 1851 y, por esa vía, del Código Civil francés, con algunas señaladas excepciones. Recuerda que esa base de partida resultó a veces modificada, tomando de aquí y de allá algunas cosas del Código Civil italiano de 1865 o del argentino, por ejemplo: "Se produjo, así, un amasijo, que, a veces, no resulta fácil de descifrar"[2].

Ya Alonso Martínez, al referirse a la redacción originaria del Código Civil de 1889, observó que la Comisión Codificadora de aquel entonces consagró únicamente sus dos últimas sesiones a tratar de las obligaciones y contratos, por eso el insigne jurista concluye con que se hizo ("leal es confesarlo") "con ligereza y apresuramiento"[3].

Pues bien, en el año 2023, cumpliendo la encomienda del Ministerio de Justicia, se procedió por la Comisión General de Codificación a revisar la Propuesta de modernización de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil español, en materia de obligaciones y contratos[4]. Se trata de la revisión de la Propuesta elaborada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009 (en adelante, PM 2009).

Conviene recordar, con la Exposición de motivos de esta Propuesta, versión revisada de 2023, que el contenido de esta parte del Código ha permanecido prácticamente inalterado desde su publicación en 1889 y así sigue su regulación vigente. Esto significa que el Código Civil español es, en este momento, uno de los más antiguos de nuestro entorno en la materia que nos ocupa, puesto que la práctica totalidad de los países europeos y muchos otros de tradición codificadora, o bien cuentan con códigos más modernos que el nuestro, o han procedido a la modernización de sus viejos textos en sede de obligaciones y contratos (los casos más significativos, Alemania en 2000 y Francia en 2016-2018 o Bélgica en 2022).

La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (en adelante, PMR) continúa con la opción del legislador español de regular fuera del Código Civil el derecho de consumo[5]. Ahora bien, la Propuesta supone un importante

---

2. DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006, pp. 11-12.

3. ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, edición Madrid, Plus-Ultra, 1940-1949 (primera edición: 1884-1885), p. 307.

4. Publicada por el Ministerio de Justicia el 31 de julio de 2023.

5. No es la primera vez que el Código civil deja fuera de su cuerpo normativo la regulación detallada de determinadas materias, en particular, de propiedades especiales, para remitir su regulación

cambio respecto de la situación actual de los contratos con consumidores, ya que, aunque no contenga este tipo de normas, incorpora una plausible regulación por medio del oportuno recurso a las técnicas legislativas de la supletoriedad y de la remisión.

El presente estudio se ocupa de clarificar las referidas técnicas, de supletoriedad y de remisión, y de realizar un análisis lo más exhaustivo posible de su juego en la PMR.

Este criterio de la PMR, de regular fuera del Código Civil el derecho de consumo, hace necesaria la revisión de la orientación seguida anteriormente por la PM 2009, que contenía algunas normas sustantivas referidas a las relaciones contractuales de consumo. La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, en el Título II, "De los contratos", por ejemplo, regulaba las condiciones generales de los contratos (arts. 1261 a 1264), la Propuesta Revisada de 2023, sin establecer normas tan detalladas al respecto de las condiciones generales, únicamente les dedica dos artículos, los artículos 1266 y 1267 PMR, referidos respectivamente al concepto de condiciones generales y cláusulas no negociadas y a establecer una remisión reforzada a la legislación especial; por otra parte, si la actual Propuesta revisada de 2023 no se refiere a ellos, la Propuesta de 2009 sí regulaba los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (arts. 1265 y 1266) y mientras la Propuesta de 2009 dedica un extenso artículo a regular los contratos a distancia (el art. 1267), la PMR de 2023, simplemente se refiere de pasada a los contratos celebrados a distancia en que intervenga un consumidor o usuario al regular el lugar de celebración del contrato (art. 1255.3).

La profesora García Rubio justifica esa inclusión en la PM 2009 de disposiciones sustantivas relativas a contratos con consumidores en que el grado de desarrollo del derecho de consumo y de las normas contenidas en la legislación de consumidores y usuarios en materia de contratos con consumidores era mucho menor que lo es en 2023[6]. Recuerda la autora que la opción por la denominada "solución pequeña"[7] tomada

---

completa a la legislación especial. Así ocurre por ejemplo con el artículo 342 CC, con relación a los llamados "bienes del Patrimonio Real" —hoy la Ley que rige el patrimonio real es la Ley 23/1982, de 16 de junio, sobre Patrimonio Nacional (cfr., además, el art. 132.3.º CE)—; artículos 412 y 425 CC, que se remiten a la Ley especial de aguas; artículo 427 CC, que se remite a la Ley especial de minería; o el artículo 429 CC, con remisión a la Ley de propiedad intelectual.

6. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta Reformada de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, n.º 2, 2024, p. 9.

7. En otro trabajo, García Rubio explica que la "solución pequeña" —también se le denomina "solución menor": *Kleine Lösung*—, es la que se refiere a la inserción de las nuevas normas en la regulación especial de protección al consumidor, dejando intocada la normativa general sobre el contrato de compraventa; ello conlleva la necesaria convivencia de, al menos, dos sistemas diferenciados. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La Directiva 1999/44: Caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", *Garantías en la venta de bienes de consumo*, (editor Javier Lete Achirica), Santiago de Compostela, Universidades de Santiago de Compostela, Servizio de Publicacións e Intercambio Científico, 2004, pp. 314-315.

en su día por el legislador español al elaborar una ley especial en materia de protección de los consumidores y usuarios se ha ido consolidando y reforzando progresivamente, con la publicación del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios —RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre—[8].

A tal texto se han ido incorporando, por medio de reformas sucesivas, normas de transposición de Directivas en materia de contratos con consumidores. Por esa razón García Rubio observa atinadamente que insertar los contratos con consumidores en el Código Civil tendría al menos dos consecuencias indeseables: la de alargarlo excesivamente y la de someterlo a la presión de su continua revisión a instancias de la Unión Europea, con el consiguiente peligro, además, para la coherencia interna del texto codificado. Concluye en el mismo trabajo la autora que dado el ambiente social y jurídico gobernado por el caos, "es más necesario que nunca poner orden y recoger en un cuerpo legal de especial *auctoritas* y tradición vertebradora las normas generales más señeras o estructurales del sistema, como son las que afectan a los aspectos generales de las obligaciones y contratos, que es precisamente lo que pretende la PMR de 2023"[9]. A tal respecto, destaco la opinión de Lamarca, que, al estudiar los "Límites de la armonización del derecho privado en Europa mediante directivas", considera que la progresiva armonización del derecho privado en Europa mediante directivas "no puede suponer que el derecho privado de los Estados miembros esté sometido a una revisión y actualización constantes y que no goce de un mínimo de estabilidad"[10]. También, Pérez Escolar aprecia que "[...] la constante evolución del derecho europeo repercute en la inestabilidad de los derechos nacionales, que necesariamente habrán de ir adaptándose a los cambios con independencia de cuál sea el instrumento normativo en el que tengan cobijado su derecho de contratos y, particularmente, las normas sobre contratación con consumidores: el Código Civil, un código de consumo (o similar) o leyes especiales"[11].

Sin embargo, para Llamas Pombo, el ideal" al que, desde su punto de vista, debería aspirarse, sería el de "dar entrada en el Código Civil a la contratación de consumo o,

---

8. Por oposición a lo que se hizo, por ejemplo, en Alemania, donde se optó por insertar en el *BGB* en materia de compraventa el sistema procedente de las Directivas de consumo, lo que entonces se calificó como *Große Lösung* (o "solución mayor"). Como observa García Rubio, en realidad, la solución inicial española fue más bien "pequeñísima", al promulgar una Ley *ad hoc* exclusiva para el contrato de compraventa de bienes de consumo con la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo —Ley 23/2003, de 10 de julio—, que prácticamente no tocaba ni el Código Civil ni la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la inserción posterior de su régimen en el TRLGDCU es la "solución pequeña".

9. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta Reformada de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *op. cit*., pp. 9 y 31.

10. LAMARCA I MARQUÈS, A., "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret*. *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2002, p. 9.

11. PÉREZ ESCOLAR, M., "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?", *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 82, mayo 2010, Editorial Wolters Kluwer —Legalteca—, p. 17.

aún mejor, a la contratación asimétrica". Afirmación que realiza después de considerar que una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de la teoría general del contrato, sino que "es imprescindible reconocer la existencia de una bifurcación en la misma, para separar: (i) de un lado, aquellos principios medulares aplicables a la contratación entre particulares y, a menudo, entre empresarios (o sea, la contratación entre "iguales"); (ii) y de otro, la contratación asimétrica, en la que uno de los sujetos vinculados puede considerarse como "contratante débil", ya por tratarse de un consumidor o usuario, ya por ser una pequeña o mediana empresa, o cualquier otro sujeto en situación de vulnerabilidad"[12].

Desde la perspectiva del derecho alemán, al referirse a la Ley de modernización del derecho de obligaciones en Alemania, que se publicó en septiembre del año 2000, Zimmermann observa que "[...], sin duda, el elemento del proceso de reforma que más ha cambiado el aspecto del *BGB* es la incorporación de un número significativo de leyes especiales en materia de protección del consumidor". El profesor alemán valora positivamente la decisión de incorporar las leyes especiales de consumo en el *BGB*, ya que, a la hora de tratar con la protección del consumidor, de entre las tres soluciones posibles —legislación especial, promulgación de un código independiente, incorporación del derecho de consumo en el Código Civil—, le parece preferible la tercera: "tanto el derecho contractual general como el derecho contractual de consumo sirven a la misma finalidad". Concluye Zimmermann con este argumento tan gráfico: "[...] la decisión de incorporar el derecho contractual de consumo en el *BGB* ha convertido a éste en un solar para un edificio en permanente construcción. Pero, entonces, a lo mejor es que un moderno código de derecho privado debe parecerse antes a un solar que albergue un edificio en construcción, en el que se oiga el bullicio de mecánicos y artesanos, que a un museo, en el cual solo se pueden oír las voces quedas de ocasionales grupos de turistas"[13].

Estimo que la solución por la que se ha optado en la PMR es la más pertinente, en especial, dado el carácter cambiante de la legislación especial de los contratos con consumidores, no en vano, Antonio Pau en el Prólogo a la PMR ya admite que los redactores de la Propuesta han dejado fuera el tratamiento de los contratos con consumidores, porque se trata de contratos "más sujetos a modificaciones"[14]. A propósito de esta cuestión, convengo, con Rojo Fernández del Río, en que "Desde la perspectiva

---

12. LLAMAS POMBO, E., "Una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de la teoría general del contrato" —Entrevista a Eugenio Llamas Pombo por Ana M. Gómez Mejías—, *Diario La Ley* [en línea] (consultado: 177-2024). También publicada en *Actualidad Civil* [en línea], n.º 7 (consultado 40-7-2024) —Editorial La Ley—.

13. ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* —traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas—, Bacelona, Bosch, 2008, en especial, pp. XXV-XXVI, 239, 262, 264-266.

14. PAU, A., "Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación", a la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2023, p. 16.

de la estabilidad, son malas leyes las que se modifican incesantemente, una y otra vez", añadiendo que "Una ley atrapada en la dinámica de las sucesivas reformas corre el riesgo cierto de la incoherencia"[15].

Al carácter más o menos estable de las normas de contratación ya se refirió en su día Alonso Martínez, al señalar que "Las reglas de contratación, como derivadas de la necesidad de los cambios de cosas y servicios, forman el elemento, no diré invariable, porque no quiero negarle su carácter progresivo, pero sí permanente de la ciencia del Derecho"[16]. Por otra parte, Díez-Picazo, paralelamente, reconoce el carácter independiente de las normas de los contratos con consumidores, al afirmar que no puede discutirse, que, en materia de contratos, "la figura de los contratos de consumidores o contratos con consumidores posee hoy unos perfiles muy acusados que obligan a estudiarla separadamente"[17].

En todo caso, considero que la PMR no aísla completamente en compartimentos absolutamente estancos, las normas generales de contratación reguladas en el Código Civil y la contratación de consumo, por haber optado por un sistema que combina de forma óptima las técnicas legislativas de la remisión y de la supletoriedad, como se observa a lo largo de este trabajo y que permiten un beneficio recíproco para las dos formas de contratación.

Finalmente, obsérvese cómo la legislación especial en materia de contratos con consumidores (en particular, el TRLGDCU) es precursora en la regulación de determinadas instituciones que ahora son codificadas por la PMR (2023), como ejemplos destacados pueden citarse, la vinculación por la confianza, a través de la publicidad (exart. 1225 PMR)[18]; el derecho de desistimiento (exart. 1232 PMR)[19] o bien la regulación de los denominados deberes precontractuales (arts. 1241-1243 PMR)[20], como el deber precontractual de informar (art. 1243 PMR).

De entre tales supuestos, en los que la legislación de consumo es precursora de algunas respuestas de la Propuesta de 2023, seguramente tendrá una especial trascendencia

---

15. ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Á., "Las malas leyes", *De iure mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, (coordinador J. A. García Cruces), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 169-201 (en especial, p. 187).

16. ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, *op. cit.*, p. 309.

17. DÍEZ-PICAZO, L., "¿Una nueva doctrina general del contrato?", *ADC*, t. XLVI, fasc. IV, 1993, p. 1710.

18. En la base Sexta de la Propuesta de la Ley de Bases de la PMR, se dispone que "[...]. Se establecerá la regla de la vinculación por la confianza".

19. Como dispone la base Sexta, de la Propuesta de Ley de Bases de la PMR, "[...]. Se expresará la regla de la fuerza vinculante del contrato y se introducirá la posibilidad de excepcionarla a través del derecho de desistimiento de origen contractual o legal".

20. La base Décima de la Propuesta de Ley de Bases de la PMR prevé que "[...]. Se establecerán también normas sobre determinados acuerdos precontractuales".

la positivización de la regla de la vinculación por la confianza, singularmente a través de la publicidad (art. 1225.2 PMR), sin perjuicio de que, como se verá, la jurisprudencia ya reconocía la regla de la vinculación por la confianza como una derivación del principio de la buena fe contractual (exart. 1258 CC [STS 14 junio 1976 y STS 27 enero 1977])[21]. Por consiguiente, me refiero a esta regla de forma especial, aunque se trata de un estudio que considero bien merece ser tratado de forma autónoma y que un análisis riguroso de esta cuestión excedería de la pretensión de este trabajo; pero quiero dejarlo siquiera apuntado.

La regla de la vinculación por la confianza, hoy positivizada en la PMR (art. 1225), puede tener su origen en el derecho romano, como observa d' ORS, "La *fides* es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealtad a la palabra dada"[22]. Sin necesidad del recurso a esta nueva norma (el art. 1225.2 PMR), ya el profesor Morales consideró que la doctrina de la incorporación de la publicidad al contrato es una manifestación de la responsabilidad por la confianza, fundada en el principio de buena fe y canalizada a través del sistema de responsabilidad contractual[23].

Con apelación al principio de la buena fe para resolver el caso, en el orden jurisdiccional civil si hay un fallo que resulta paradigmático en el reconocimiento de la fuerza vinculante de la publicidad, con fundamento en el principio de buena fe (exartículo 1258 CC), es la STS (Civil) de 27 de enero de 1977[24]. Convengo con Miquel González en reconocer

---

21. No en vano, don Federico de Castro observó la conexión del "criterio de la confianza" con el principio de la buena fe, en la valoración de la declaración de voluntad: "La valoración de la declaración de voluntad se ha enfocado de manera más realista cuando, en conexión o no al criterio de la confianza (*Vertrauesprinzip*), se ha destacado la importancia que para ella tiene el principio de la buena fe". CASTRO Y BRAVO, F. de, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, —reimpresión, 1991—, p. 60.

22. ORS, Á. d', *Derecho Privado Romano*, (décima edición revisada por Javier d'ORS), Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 2004, § 32. Aclara el insigne jurista que, distinta es la "*bona fides*", por ejemplo, la que se refiere a "la lealtad recíproca de las dos partes de un contrato", la "*bona fide*s contractual", § 32 y § 452, *op. cit*.

23. MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", *ADC*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, p. 987.

24. En el caso enjuiciado, el demandante compra a la empresa demandada un piso en fase de construcción. Entre el recurrente y la empresa demandada se firma, bajo la forma de un contrato de adhesión, previamente impreso por la empresa constructora, un contrato preliminar para la adquisición del piso y "se detallaban muy someramente las características y derechos de servicios comunes de los adquirentes de cada piso, los cuales se atenían, [...] a los folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora". El juzgado de primera instancia condena a la constructora "a corregir las deficiencias específicas existentes en el piso del actor, enumerando como tales la insonorización y el aire acondicionado". En la segunda instancia se mantiene la condena. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación. Sostiene que la empresa constructora ha quedado vinculada por su propaganda, bajo la que ha contratado el comprador, lo justifica en estos términos: "[...] siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico, como dice la instancia, que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos

que esta STS de 1977 es un buen ejemplo de aplicación del artículo 1258 CC y de desarrollo judicial del derecho en cumplimiento de la cláusula general de este artículo: "La buena fe exige que lo anunciado en folletos de publicidad integre el contrato *si el vendedor no advierte al comprador antes de la firma del contrato que no formará parte de su prestación*" —la cursiva es añadida—[25]. Por lo demás, a mi juicio, interesa, en especial, ese aspecto de la vinculación por la confianza que genera la publicidad, debido a lo decisiva que resulta la publicidad en la determinación del consentimiento contractual. Como destacó GHESTIN, los documentos publicitarios "están destinados a determinar el consentimiento de aquellos a los que van dirigidos"[26].

---

de propaganda de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el artículo 1258 del Código civil, al creerlos, con todo fundamento vinculantes para la empresa [...]". Destaco el comentario a esta Sentencia por LASARTE ÁLVAREZ, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)", *RDP*, enero, 1980, pp. 50-78. Si bien, aunque no con el alcance que ha tenido la STS (Civil) de 1977, la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo atribuye fuerza vinculante a la publicidad fue la STS (Civil) de 14 de junio de 1976, en la que se resuelve un caso de venta de una máquina que no da el rendimiento que le asigna la publicidad de la vendedora. El comprador, en su demanda reconvencional, pide la sustitución de la máquina por otra que dé el rendimiento anunciado. En la segunda instancia, la Audiencia condena a la vendedora a realizar la sustitución de la máquina, condicionada al pago por el comprador del resto del precio adeudado. La vendedora interpone recurso de casación, por inaplicación del artículo 1281 CC, pues no ha entregado una máquina distinta de la vendida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto, porque "el incumplimiento del contrato por parte del vendedor, no lo funda la Sala de instancia en que haya sido servido un modelo distinto, sino en que, aun tratándose del mismo modelo, no da el rendimiento que se anunciaba en la propaganda [...] que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor [...], oferta por la que se ha guiado el comprador; sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder; ya que aquel se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados publicitariamente en la oferta, sin duda con el ánimo de captación a través de la propaganda; oferta que no ha sido cumplida". Al comentar esta sentencia de 1976, Morales Moreno reconoce que el Tribunal Supremo "valora la confianza que crea la publicidad en el comprador". MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", *op. cit*., pp. 1030-1031.

25. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.ª, "Reflexiones sobre la buena fe y los contratos *Estudios de Derecho de Contratos*, (director A. M. Morales Moreno, coordinador, E. V. Blanco Martínez), Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2022, p. 668. Nótese que el TRLGDCU exonera de su obligación al empresario, entre otras, en la siguiente hipótesis: "Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada" —art. 115 ter.1, letra d). 2.º TRLGDCU—.

26. GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat* (3.ª edición), París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 1993, p. 369. Opinión también mantenida por CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo, 1994, p. 151.

Como se anticipó, el principio de vinculación por la confianza, que se extiende por imperativo del apartado segundo del artículo 1225 PMR a las declaraciones efectuadas a través de la publicidad, no es precepto pionero, ya que tiene su norma precursora en la legislación de consumo. En efecto, se ocupó de esta cuestión el artículo 8 de la antigua Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 (Ley 26/1984, de 19 de julio). Trasunto del artículo 8 de la Ley de 1984 es el artículo 61 TRLGDCU que, con la rúbrica "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato", de manera muy amplia reconoce la exigibilidad de los contenidos publicitarios por los consumidores y manda que se tenga en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato[27]. La norma es una concreción del derecho básico de los consumidores y usuarios a "La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios [...]" —art. 8.1, letra d) TRLGDCU—[28].

En fin, un fallo especialmente significativo, que aúna las reglas de la vinculación por la confianza con la prohibición de ir contra los propios actos, en definitiva, manifestaciones del principio de buena fe y que, en suma, refuerza la doctrina que reconoce a la publicidad como fuente de integración del contrato, fue la significativa STS (Civil) 561/2021, de 23 de julio, que sigue la doctrina de la STS (Civil) 167/2020, de 11 de marzo[29]. En ambos fallos del Tribunal Supremo, sin citar expresamente el principio de la vinculación por la confianza, a través de la publicidad, en la resolución del caso, aparece implícito, por ejemplo, al referirse a la "*exigibilidad por el consumidor final de las prestaciones*

27. Adviértase que este artículo 61 TRLGDCU se refiere a una integración especial, a saber, la integración en el contrato de la oferta, promoción y publicidad, porque el principio general de integración de los contratos con los consumidores y usuarios se establece en el artículo 65 TRLGDCU, que con la rúbrica general "Integración del contrato", dispone que "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".

28. Como acabo de adelantar, el análisis de esta cuestión requiere un estudio autónomo, que dejo para mejor ocasión. Estudio que deberá responder a varias cuestiones, como: la exoneración de responsabilidad y la exclusión de la regla de la vinculación por la confianza en los casos en los que se aprecie "*dolus bonus*" y ausencia de buena fe en el adquirente de los bienes o servicios; la prevalencia de las cláusulas más beneficiosas del contrato sobre el contenido de la publicidad (exart. 61.3 TRLGDCU); la inaplicación de la regla de la integración del contrato conforme a la publicidad si existe desajuste entre la publicidad y el documento final del contrato; o las declaraciones publicitarias de terceros no contratantes, es decir, la vinculación por la publicidad de tercero —cfr., los arts. 61.2 y 115 ter.1, letra d) TRLGDCU—, que comporta la superación de la rigidez en la aplicación del principio de la relatividad del contrato (art. 1257.1 CC y art. 1235 PMR) —como ocurrió en los casos enjuiciados por las STS (Civil) 167/2020, de 11 de marzo y STS (Civil) 561/2021, de 23 de julio—. Obsérvese, por lo demás, que el artículo 1298 de la PMR de 2023, con la rúbrica "Anulación por causa de tercero", regula la anulación del contrato cuando la violencia o intimidación "se hubiesen empleado por un tercero" (art. 1298.1) y cuando el error, el dolo o la desventaja injusta "provengan de la actuación de un tercero" (art. 1298.2).

29. Ambas sentencias (STS [Civil]167/2020 y 561/2021), con doctrina reiterada, resuelven supuestos que abordan la procedencia de la responsabilidad en sendos casos "Dieselgate", el fraude que consistió en la instalación en vehículos de un programa informático diseñado para alterar las mediciones de las emisiones de gases contaminantes.

ofertadas en la publicidad del producto, que generalmente ha sido realizada por el propio fabricante y que integran el contrato de compraventa por el que el consumidor adquiere el vehículo" —la cursiva es añadida—, o cuando para resolver sobre la responsabilidad del fabricante —que había reconocido extraprocesalmente de forma expresa su responsabilidad mediante carta remitida en su día a los adquirentes de vehículos afectados por el dispositivo ilícito, lo que constituye un acto propio—, tiene en cuenta la creación de "una situación de confianza o expectativa razonable que no se puede luego ignorar".

2. LA ADSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES AL ÁMBITO COMPETENCIAL CIVIL Y LAS BASES DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (EXART. 149.1. 8.ª CE) EN LA PMR DE 2023

Llegados a este punto del estudio, importa recordar que la Propuesta de modernización del Código Civil de 2023 se dicta, aunque esta Propuesta no lo diga[30], en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1. 8.ª de la Constitución española de 1978, en general, en materia de "legislación civil" y, en particular, en las denominadas "bases de las obligaciones contractuales"[31], por lo que respecta a la legislación propiamente civil (Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, contenidos en la Propuesta); pero, también, por lo que atañe a los contratos entre empresarios y consumidores y usuarios.

En efecto, en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (Títulos I y II del Libro IV del Código Civil), confluyen normas en sentido estricto de contratación civil, con la legislación especial que regula las relaciones entre empresarios y consumidores y usuarios (contratos con consumidores y usuarios), ya que esta última está incorporada, de alguna manera a la Propuesta de 2023, bien, a través de la técnica legislativa de la supletoriedad de las reglas del Título II (arts. 1218 a 1314 PMR), respecto de los contratos con consumidores y usuarios (exart. 1218.3 PMR), bien, por medio de la técnica de la remisión a la legislación especial, en singular, por medio de los artículos 1225.3 y 1266 PMR. Así, el artículo 1225 PMR, al regular la regla de la vinculación por la confianza, incluso, a través de la publicidad, se remite en su apartado 3 a la legislación especial en las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios y el artículo 1266 PMR dispone una remisión reforzada a la legislación especial, en los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas.

Convendría tratar de resolver la cuestión de si la legislación especial de consumo forma parte de la reserva exclusiva a favor del Estado a la que se refiere el artículo 149.1. 8.ª CE, porque lo que ya es incuestionable es que, cuando menos, las normas que regulan la contratación civil propiamente dicha forman parte de la primera reserva a la que se refiere la Constitución: "legislación civil" e, incluso, de la segunda reserva: "En todo caso, [...], bases de las obligaciones contractuales, [...]". Más discutida fue la pertenencia

30. Como después se verá, en la Propuesta de modernización del Código Civil de 2009, que en el 2023 se revisa, sí se traía a colación, al artículo 149.1. 8.ª CE, para entender que la Propuesta se dictaba en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el citado precepto (Exposición de motivos, apartado X y artículo octavo de la Propuesta de 2009).

31. A tenor del artículo 149.1. 8.ª CE, "*El Estado tiene competencia exclusiva* sobre las siguientes materias: [...]. 8.ª *Legislación civil*, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. *En todo caso*, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, *bases de las obligaciones contractuales*, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial" —la cursiva es añadida—.

de la legislación especial de consumo al ámbito del derecho civil o, en su caso, del derecho mercantil. Así es, no fue cuestión pacífica, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, en especial, del Tribunal Constitucional. Puede decirse, como se concretará, a lo largo de las siguientes líneas, que, sobre todo, a raíz de la STC 132/2019, de 13 de noviembre (FJ 6) —doctrina constitucional reiterada por las STC 157/2021, de 16 de septiembre y STC 120/2024, de 8 de octubre—, se toma postura por la inclusión de los contratos con consumidores en el ámbito de la competencia civil, en concreto, en las "bases de las obligaciones contractuales" del artículo 149.1.8.ª CE y no del artículo 149.1.6.ª ("Legislación mercantil"), ya que hasta ese momento, se solía apelar por el Tribunal Constitucional a ambos títulos competenciales, tanto al artículo 149.1.6.ª CE como al artículo 149.1.8.ª CE.

Además, procede precisar si unas y otras normas, las estrictamente civiles de la Propuesta de 2023 y las de la legislación especial, singularmente, las que regulan los contratos con consumidores y usuarios, forman parte integrante de la segunda reserva del artículo 149.1. 8.ª CE, es decir, si deben estar incluidas entre aquellas normas de *competencia exclusiva* del Estado "en todo caso" y, en concreto, si se encuadran en las denominadas "bases de las obligaciones contractuales", que únicamente el legislador estatal puede regular y, además, cumple determinar si la ubicación de dicha legislación básica se halla en el Código Civil español.

A partir de tales premisas, estimo que, en primer lugar, conviene desentrañar qué se entiende por "bases de las obligaciones contractuales", materia objeto de reserva exclusiva a favor del Estado (exart. 149.1. 8.ª CE), tarea compleja, ante la reticencia a la respuesta de la doctrina y, sobre todo, del intérprete de la Constitución, hasta hace relativamente poco.

El Tribunal Constitucional, después de más de cuatro décadas de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, por vez primera, a través de la STC 132/2019, de 13 de noviembre[32], dedica por completo un fundamento jurídico, el Sexto, a pergeñar qué se entiende por "bases de las obligaciones contractuales" (exart. 149.1. 8.ª CE), con la siguiente rúbrica "La noción de 'bases de las obligaciones contractuales' del art. 149.1. 8.ª CE y la ausencia de la dimensión formal de las bases". Al estudiar este fallo del Tribunal Constitucional, García Rubio remarca el mérito de esta sentencia, porque "hace un esfuerzo" por averiguar lo que ha de entenderse por bases de las obligaciones

32. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, cuyo ponente fue don Juan Antonio Xiol Ríos, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat. (en especial, FJ 6). Doctrina constitucional reiterada por las STC 157/2021, de 16 de septiembre, sentencia del Pleno, de la que fue ponente doña Encarnación Roca Trías, en el recurso de inconstitucionalidad contra varias leyes de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (FJ 9, apartado c) y STC 120/2024, de 8 de octubre, del Pleno, en la que fue ponente doña M.ª Luisa Segoviano Astaburuaga, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda (FJ 5).

contractuales y destaca como aspecto positivo de esta STC 132/2019, "que se haya atrevido a adentrarse en la farragosa tarea de interpretar el término 'bases de las obligaciones contractuales'"[33].

Pues bien, la STC 132/2019 aclara en qué consiste la reserva exclusiva de la legislación básica a favor del Estado y su finalidad, al disponer que "Las bases de las obligaciones contractuales a las que se refiere el art. 149.1. 8.ª CE no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas. La razón de tal afirmación es clara: la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional" (FJ 6).

Recientemente, Varela Castro se pronuncia sobre lo que ha de entenderse por "bases de las obligaciones contractuales" y concluye que "Las bases de las obligaciones contractuales han de recaer sobre materias aprehensibles en la cotidianeidad del tráfico y que admitirían variabilidad de opción y regulatoria para asegurar, precisamente, una unidad regulatoria que, en otro caso, no estaría asegurada. Este planteamiento hace *útil* la reserva de este título competencial en favor del Estado". Afirmaciones que realiza el autor, después de reflexionar atinadamente que "El hecho de que la Constitución reserve 'en todo caso' determinadas competencias al Estado, supone una ponderación como valor de la unidad de legislador y legislación en esa constante tensión entre unidad y pluralidad; supone que hay cuestiones que las Autonomías en ningún caso pueden regular[34].

Aprovecha la ocasión este fallo del Tribunal Constitucional (STC 132/2019) para realizar una enumeración y concretar lo que puede considerarse como legislación básica en materia de contratos "[...] la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores" (FJ 6).

---

33. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat.", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 4, 2019, en especial, pp. 5 y 40.

34. VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho civil*, vol. X, n.º 5, 2024, p. 120.

Esa enumeración que realiza la STC 132/2019, es enjuiciada por el magistrado don Alfredo Montoya Melgar en su voto particular a esta sentencia del Tribunal Constitucional al puntualizar que la anterior enumeración debiera haberse completado con mayor contenido positivo —no solo con la referencia a principios—, pues también se encuentran en los títulos I y II del Libro IV del CC relevantes concreciones de ellos, como son las clases de obligaciones, sus modos extintivos, la novación y sus tipos, la cesión y, con relación a los contratos, la prueba, su documentación pública o privada, la representación o las reglas de interpretación, entre otras: "como en extenso ha analizado la Comisión General de Codificación en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos realizada en el año 2009".

Finalmente, aclara la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019 que "En definitiva, hemos de afirmar que cuando el art. 149.1.8 CE reserva al Estado la fijación de las bases de las obligaciones contractuales no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional"[35].

Otra cuestión que interesa resolver es la de la ubicación idónea de las referidas "bases de las obligaciones contractuales", que son reserva exclusiva del legislador estatal (exart. 149.1. 8.ª CE). Para la STC 132/2019, tal legislación básica se sitúa en el Código Civil español: "El legislador estatal no ha declarado formalmente las bases de las obligaciones contractuales, pues estas obligaciones se encuentran reguladas en el Código Civil estatal que es una norma preconstitucional [...]. [...], aun cuando el legislador civil estatal no ha identificado lo que deba entenderse por legislación básica en materia de contratos, puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314) [...]" (FJ 6)[36]. La doctrina no ha permanecido al margen de esta cuestión, así, en un estudio detallado de la tan citada STC 132/2019, Blanco Martínez, al estudiar la "Naturaleza de las bases de las obligaciones contractuales y su ubicación en el Código Civil", reconoce que el fallo del Tribunal Constitucional admite que la normativa contractual básica bebe inferirse de las normas recogidas en el Código Civil[37]. Por su parte, García Rubio extiende más allá del Código Civil el alcance de las "bases de las obligaciones contractuales", al opinar que las bases de las obligaciones contractuales han de buscarse, "además de en el

35. Cfr., el FJ 6 de esta STC 132/2019; el FJ 9, letra c) de la STC 157/2021, de 16 de septiembre, y el FJ 5 de la STC 120/2024, de 8 de octubre.

36. Doctrina constitucional que debe considerarse ya consolidada, al ser reproducida también por las sentencias del Pleno: STC 157/2021, de 16 de septiembre (FJ 9, apartado c) y STC 120/2024, de 8 de octubre (FJ 5).

37. BLANCO MARTÍNEZ, E. V., "Una lectura constitucional del derecho de contratos (La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código Civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)", *ADC*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, en especial, con la rúbrica "Compraventa de consumo como contrato civil", pp. 883-885.

texto codificado, en los principios de la Constitución, en los textos internacionales y europeos en la materia y en la jurisprudencia que durante trece décadas viene interpretando sus normas"[38].

La adscripción clara de los contratos con consumidores en el ámbito competencial de la legislación civil es otro de los valores que deben destacarse de la citada STC 132/2019, de 13 de noviembre. En este sentido, por una parte, la STC 132/2019, al enumerar lo que debe entenderse por "legislación básica" y, por ende, incluirse en el concepto de "bases de las obligaciones contractuales" (exart. 149.1. 8.ª CE), no descuida la referencia expresa a "la defensa de los consumidores" (FJ 6); pero, sobre todo, esa asignación que realiza la sentencia de los contratos de consumo al ámbito de la legislación civil, se infiere claramente, con cita del artículo 51 CE, del Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia del Tribunal Constitucional al considerar que "Conviene puntualizar sobre las normas autonómicas relativas al contrato de compraventa de consumo que, *aun cuando resulta indiscutible que el art. 51 de la CE no puede conceptuarse como norma competencial*, es preciso reconocer que las normas que integran el estatuto del consumidor pueden gozar de naturaleza civil, mercantil, e incluso administrativa y procesal. *Sin embargo, también hay que señalar que en el caso del contrato de compraventa ha de primar su carácter civil*, pues dirigiendo la atención hacia el consumidor, que es el principal sujeto y protagonista de la protección que dispensa el mandato constitucional, su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su profesión u oficio" —la cursiva es añadida—.

La doctrina, al comentar esta sentencia del Tribunal Constitucional, entre los aspectos que considera más positivos, está la inclusión expresa en sede de legislación civil de los contratos entre empresarios y consumidores[39] y defienden, con claridad, la pertenencia al derecho civil de ese tipo de contratos, celebrados entre los profesionales o empresarios y los consumidores: "cuestión discutida por un sector de la doctrina mercantil en nuestro país"[40]. Aspecto este de la asignación al ámbito de la reserva exclusiva al legislador estatal de los contratos con consumidores que no descuida la Propuesta de 2023, tanto, al disponer como supletorias las reglas generales del Título II (*De los contratos* [arts. 1218 a 1314]), del Libro IV del Código Civil, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación (art. 1218.3 PMR), como cuando utiliza la técnica legislativa de la remisión a la legislación especial —entre la que debe entenderse incluida la de consumo— (exarts. 1225.3 y 1266 PMR).

---

38. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre materia civil. Comentario a la STC 132/2019…", *op. cit.*, p. 40.

39. Ampliamente, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre materia civil. Comentario a la STC 132/2019…", *op. cit.*, pp. 5 y 40.

40. BLANCO MARTÍNEZ, E. V., *op. cit.*, p. 861 y 862.

Debe resaltarse que la PMR de 2023 guarda un absoluto mutismo sobre el alcance del tan citado artículo 149.1. 8.ª CE en la Propuesta. Frente a tal omisión, la Propuesta de 2009, sí se pronuncia al respecto[41]. Así, la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009, en su apartado X, precisa que "Hay que añadir una observación de suma importancia: los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las comunidades autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8.ª del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esa naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia".

Por otra parte, y ya con carácter general, el artículo octavo de la referida Propuesta de 2009, con la rúbrica "Aplicación general de la reforma legal propuesta", dispone que "La presente ley se dicta en el ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1. 8.º de la Constitución, por lo que será de aplicación general".

Recapitulando, a mi juicio, con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional, acerca de lo que debe entenderse por "bases de las obligaciones contractuales", objeto de la segunda reserva del artículo 149.1. 8.ª CE a favor del legislador estatal, en particular, cuando se entiende por la STC 132/2019, de 13 de noviembre[42], que "Las bases, [...], deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos [...] y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual [...]" (FJ 6) y que "La noción de bases, [...], alude a los principios o elementos estructurales de una determinada materia que deben ser comunes a todo el Estado [...]" (FJ 7), estimo que se compadece bien con tal concepto la nueva redacción de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1088 a 1314), que la Propuesta de 2023 perfiló con esmero. No en vano, la citada STC 132/2019 —y las que reiteran su doctrina, también citadas, STC 157/2021 y STC 120/2024—, al referirse a la "legislación básica", [las "bases de las obligaciones contractuales"], entiende que: "puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del Libro IV CC (arts. 1088 a 1314)". Por lo demás, en ese elenco de preceptos, en concreto, en el Título II (*De los contratos*, arts. 1218 a 1314), también se ubican, a mi juicio, las bases de los contratos con consumidores o usuarios.

41. Varela Castro justifica tal silencio de la Propuesta de 2023, en que se trata de "una problemática enquistada". VARELA CASTRO, I., *op. cit.*, p. 120.

42. Cuya doctrina es reproducida por las STC 157/2021, de 16 de septiembre (FJ 9) y STC 120/2024, de 8 de octubre (FJ 5).

3. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL A LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES

Como se ha adelantado en el apartado anterior, opción de la PMR fue la de dejar fuera del texto codificado el tratamiento de los contratos con consumidores, con todo, las relaciones contractuales con los consumidores o usuarios están presentes en la PMR, y, en consecuencia, en el Código Civil, por ejemplo, a través de las técnicas legislativas de la supletoriedad y de la remisión.

En la Exposición de motivos de la PMR, entre las *orientaciones generales* seguidas en la Propuesta, en el punto 2, rubricado "Tratamiento de los contratos con consumidores", después de reconocer que el legislador español optó, hace tiempo, por regular fuera del Código Civil el derecho de consumo, aclara que "No obstante, sí se incluye de modo expreso la regla que consagra la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código".

Además, en la Propuesta de Ley de Bases que hace la PMR, en la Base Sexta, se dispone que "[...] se establecerá el carácter supletorio de las reglas aplicables a los contratos, incluidos los celebrados con consumidores y usuarios; [...]". Se ha observado por la doctrina que la supletoriedad de las normas civiles en los contratos con consumidores "es un mecanismo que busca proporcionar mayor seguridad jurídica a las partes involucradas en estas relaciones contractuales"[43].

Dentro del ordenamiento jurídico español, para lo que importa a este trabajo, nos encontramos con los contratos civiles *stricto sensu*, por una parte, y, por otra, los contratos con consumidores; García Rubio estudia la supletoriedad como regla que establece las relaciones entre materias de un mismo ordenamiento. En principio, admite, con razón, que la norma general que asume esa función es el artículo 4.3 del Código Civil cuando dice que "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes". Explica la autora que esta relación estructural se justifica en principio con base en la relación entre el derecho especial y el derecho general, de modo que cuando falte una norma en el sector especial de que se trate y la solución jurídica no pueda encontrarse acudiendo a la integración dentro del mismo sector, la norma aplicable será la del derecho común o general[44].

---

43. En este sentido, FIERRO RODRÍGUEZ, D., "Comentario de urgencia a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023", *Diario La Ley* [en línea], n.º 10347, Sección Tribuna (consultado: 13-9-2023).

44. GARCÍA RUBIO, M. P., "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil", , *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coordinadores J. M. González Porras y F. P. Méndez González), t. I, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, al estudiar "La supletoriedad como regla que establece las relaciones entre materias de un mismo ordenamiento", pp. 1945-1953 (en especial, pp. 1945-1947).

El precepto que, en la Propuesta de 2023, con toda claridad, acoge la técnica legislativa de la supletoriedad es el artículo 1218.3 PMR, que dispone la supletoriedad del Título II (*De los Contratos*, arts. 1218 a 1314) del Libro IV del Código Civil (*De las obligaciones y contratos*) a los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación. No se trata de una norma superflua o redundante con el artículo 4.3 CC, sino que comporta la insistencia en que normas de la Ley sustantiva civil se aplican a los contratos con consumidores en tanto no se opongan a sus reglas especiales, lo que presupone que normas tan decisivas que recogen principios generales, como la libertad contractual (art. 1219 PMR) y la buena fe (art. 1220 PMR)[45], adquieren mayor virtualidad al alcanzar no solo a los contratos civiles *stricto sensu*, sino también a los contratos con consumidores o usuarios.

El artículo 1218.3 PMR, como puede observarse, establece la supletoriedad del Título II del Libro IV Código Civil en los contratos con consumidores "siempre que sus normas [las del Código Civil] no se opongan a las reglas especiales [de los contratos con consumidores] que les sean de aplicación".

Ahora bien, además, del carácter general y supletorio del Código Civil, existen disposiciones concretas que expresamente excluyen la aplicación de principios reconocidos en el Código Civil, por ejemplo, el artículo 1111.1 último inciso PMR que excluye la presunción de solidaridad pasiva, solidaridad de deudores, cuando los deudores han actuado como consumidores o usuarios. Justifica tal exclusión la Exposición de motivos de la PMR, con referencia al artículo 1111.1, porque "[...], ni la presunción de solidaridad ni esta última regla de responsabilidad solidaria se aplican si los deudores han actuado como consumidores y usuarios, lo que *no deja de ser expresión de su especial tutela y protección"* (la cursiva es mía). Recuérdese el principio *pro consumatore*, principio cardinal de la tutela del consumidor[46]. En tal sentido, también, el artículo 1837 PMR

45. Con la rúbrica "Libertad contractual", el artículo 1219 PMR dispone que "1. Cada persona es libre de contratar y de elegir a la otra u otras partes contratantes con los límites impuestos por el principio de no discriminación. 2. Las partes podrán establecer del modo que tengan por conveniente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a las normas imperativas o a los principios básicos del ordenamiento jurídico". Por otra parte, a tenor del artículo 1220 PMR, con la rúbrica "Buena fe", "Los contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de conformidad con las exigencias de la buena fe".

46. Principio *pro consumatore*, establecido por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, principio consagrado en el artículo 51 CE. En este sentido, la Ley 7/1998, 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación —que, precisamente, tiene por objeto la transposición de tal Directiva 93/13/CEE—, en el artículo 6, rubricado "Reglas de interpretación", dispone en su apartado 2 que "Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente [...]", Ley 7/1998, que en su Disposición adicional primera, de modificación de la Ley 26/1984, 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el apartado Dos modificó su artículo 10, que para lo que aquí importa, disponía que "En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor" (art. 10.2). Actualmente, el TRLGDCU, al regular los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, dispone en su artículo 80.2 que "Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre

excluye de la presunción de solidaridad pasiva en materia de fianza, siendo varios los fiadores que garantizan conjuntamente a un mismo deudor y por una misma deuda, porque esa regla, la de la solidaridad pasiva, no se aplicará si los deudores son consumidores o usuarios y el acreedor es un empresario. Asimismo, al regular el lugar de celebración del contrato, el artículo 1255, en su apartado 3, dispone una previsión especial para el contrato celebrado a distancia "en que intervenga un consumidor o usuario": que se entenderá celebrado en el lugar donde este tenga su residencia habitual, su establecimiento o su domicilio.

Por lo demás, aunque el artículo 1266 PMR establece una *remisión* reforzada a la legislación especial, el precepto reserva un inciso final para realizar una firme apuesta por la *técnica de la supletoriedad*, al disponer que "En lo no previsto en la legislación especial, se aplicarán las normas de este título". Es decir, se aplicarán supletoriamente las normas del Título II "*De los contratos*" (arts. 1218 a 1314 PMR).

el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor". Recuérdese que la regla *in dubio contra proferentem* o *contra stipulatorem*, está positivizada por el artículo 1288 CC (trasunto de tal norma del Código Civil es el art. 1273.3 PMR).

4. LA REMISIÓN EXTERNA Y DINÁMICA A LA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

En la praxis legislativa de cualquier país, el uso de las remisiones es extraordinariamente frecuente. Como reconoce uno de los mejores estudiosos de esta técnica legislativa, Salvador Coderch, la técnica de la remisión supone una regulación por referencia, *per relationem*, a otra regulación: hay remisión cuando un texto legal (la llamada "norma de remisión") —en el caso que se estudia, la PMR y, en consecuencia, el Código Civil— se refiere a otra u otras disposiciones —en el caso que se analiza, la legislación que atañe a los contratos con consumidores o usuarios—, de forma tal que su contenido deba considerarse como parte de la normativa que incluye la norma de remisión. Es decir, el contenido del objeto de la remisión [la legislación especial en materia de contratos con consumidores] se integra en la norma de remisión [es decir, en el Código Civil], *se incorpora* a la norma de remisión, por así decirlo. Por su parte, en el derecho supletorio no hay "incorporación" del contenido normativo de la norma supletoria [el Código Civil, en el caso que se estudia] a la que se hace la llamada [la normativa de consumo], es decir, que el Código Civil, como derecho supletorio, nunca pasa a integrarse en la legislación especial de consumo. Explica el citado autor, al analizar las funciones de la técnica de la remisión, que tiene una primera finalidad absolutamente intuitiva, la economía legislativa: evita las repeticiones inútiles y mantiene dentro de unos límites la longitud de la ley. A la economía, dice, se suma la función de poner de manifiesto y reforzar la *sistemática externa de las leyes y del ordenamiento*. Evitando mezclar reglas de contenido heterogéneo en una misma ley[47]. Si bien, en este caso, se hace la remisión dentro del mismo ordenamiento jurídico español de una normativa, la del Código Civil, a otra normativa, la de la legislación especial de consumo; también se habla de remisión, incluso con mayor razón, cuando la remisión de hace a otro ordenamiento distinto, por ejemplo, del estatal al autonómico o viceversa.

En la rúbrica de este estudio se califica la remisión como "externa" y "dinámica". Califico la remisión como "externa" porque se hace de un texto legal (la PMR, y, en consecuencia, el Código Civil) a otro distinto (la legislación especial en materia de consumo); y se sostiene que es una remisión "dinámica", porque, aunque no se dice nada expresamente, así ha de presumirse; como afirma Salvador Coderch, el carácter estático de la remisión requiere cierta expresividad[48].

---

47. SALVADOR CODERCH, P., *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 224, 225 y 229. Sobre estas cuestiones, ampliamente, cfr., además, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil", *op. cit*., p. 1943. También se refiere a la "economía normativa", como función de las remisiones, la RDGDyEJ Cataluña 955/2007, de 20 de marzo, FD Segundo (apartado 2.5).

48. Aclara el autor que "Determinar cuándo una remisión es estática y cuándo dinámica es una cuestión de interpretación, pero no se presume, en caso de duda, el carácter estático de la misma". SALVADOR CODERCH, P., *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, *op. cit*., en especial, pp. 234-235.

La remisión es "estática" cuando se entiende hecha a un texto legal en la redacción que este tiene en el momento de entrada en vigor de la norma de remisión (en este caso, el Código Civil), de forma que ulteriores cambios en la redacción de la norma objeto de remisión (la legislación de consumo) se consideran irrelevantes; la remisión es "dinámica" cuando se entiende realizada a la redacción vigente en cada momento del texto legal objeto de remisión[49]. Precisamente, sigue esta doctrina la RDGDyEJ Cataluña 955/2007, de 20 de marzo, que encabeza el FD Segundo con la rúbrica "Las remisiones de carácter estático exigen de una cierta expresividad", al tiempo que realiza una importante precisión, a saber, "Como señala la técnica legislativa, hay remisión cuando un texto legal, o norma de remisión, hace referencia a otra disposición de manera que hay que considerar a esta última como parte integrante de la primera. Sin embargo, para que haya una remisión en sentido propio hace falta un acto normativo específico, expreso y concreto que incluya de manera precisa, clara y determinada el objeto de la remisión" (apartado 2.1) y añade, "[...] cuando el legislador ha querido que la remisión fuera estática, lo ha establecido de una manera expresa" (apartado 2.4). Como establece el *Manual de elaboración de las normas de la Generalidad de Cataluña*, publicado por el Departamento de Gobernación el 22 de junio de 1992, para unificar la práctica en la elaboración de proyectos normativos, hay que indicar de forma precisa y clara si la remisión es estática o dinámica y subraya que "sobre todo hay que indicarlo en el primer caso" (apartado 2.5).

A mi juicio, en el caso que se estudia, la remisión dinámica es la más pertinente, dados los vaivenes que experimenta la regulación que afecta al derecho de consumo, normalmente debidos a la legislación motorizada o en cascada proveniente de la Unión Europea, por ejemplo[50].

En este trabajo me refiero especialmente al empleo de la técnica legislativa de la remisión de la PMR (en definitiva, del Código Civil) a la legislación especial; sin embargo, no puede eludirse la referencia a la remisión a la inversa, es decir, de la legislación especial, en particular, de la legislación de consumo, al Código Civil. Así, la ley especial en materia de contratos con condiciones generales de la contratación, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, por una parte, al regular las "Reglas de interpretación", en el artículo 6, su apartado 3 y sin perjuicio de lo que el artículo establece, se dispone una remisión a "las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos". Por otra parte, cuando la Ley 7/1998, regula la no incorporación al contrato y la nulidad de determinadas condiciones generales, en especial, los efectos, el artículo 10.2 dispone que "La parte del contrato afectada por la nulidad

49. SALVADOR CODERCH, P., "La disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas", *ADC*, t. XXXVI, fasc. IV, 1984, pp. 984-985.

50. En este sentido, se ha reconocido que debe buscarse "más la flexibilidad de la solución dinámica que la rigidez de la remisión estática" —RDGDyEJ de Cataluña 955/2007, de 20 de marzo—.

se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo"[51].

Es sabido que el actual artículo 1258 CC, tiene dos partes bien diferenciadas, una, relativa a la perfección del contrato por el consentimiento y la segunda parte, norma de integración; en la PMR esas dos partes se recogen en dos preceptos distintos, el artículo 1222, con la rúbrica "Perfección del contrato por el consentimiento" y el artículo 1231, intitulado "Integración del contrato", en consecuencia, la remisión que el artículo 10.2 de la Ley 7/1998 al artículo 1258 CC, habrá de entenderse hecha, una vez aprobada definitivamente la Propuesta, a los artículos 1222 y 1231.

En efecto, el actual artículo 1258 CC, se desdobla en la PMR en dos preceptos diferentes, lo que sirve, a mi juicio, para acentuar la relevancia de los principios que incorpora. Así, la primera parte del artículo 1258 CC, sobre la perfección del contrato, se ubica sistemáticamente ahora en el artículo 1222 PMR, con la rúbrica "Perfección del contrato por el consentimiento". La segunda parte del artículo 1258 CC, en relación con la integración del contrato, ahora, en un precepto *ad hoc*, el artículo 1231 PMR, que intitulado "Integración del contrato", dispone que "Los contratos obligan no solo 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 ley". Nótese cómo tanto el artículo 1222, como el artículo 1231, forman parte del elenco de las "Disposiciones generales" (del Capítulo I), del Título II (*De los contratos*), del Libro IV de la PMR y, en consecuencia, del Código Civil, lo que no es cuestión baladí, ya que el artículo 1218.3 PMR, dispone que esas reglas generales, contenidas en el citado título II, son aplicables a todos los contratos "incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación".

Obsérvese que, también, en el Preámbulo del TRLGDCU se hace una remisión al Código Civil, en su apartado II, con referencia expresa a "las reglas de interpretación e integración del Código Civil" y con cita concreta del artículo 1258 CC[52], de nuevo, tras la aprobación de la PMR, habrá de entenderse la remisión hecha a los artículos 1222 y 1231 PMR.

---

51. Adviértase que realmente no es la integración en virtud del artículo 1258 CC la consecuencia que, como regla general, debe producirse a resultas de la declaración de una cláusula como abusiva en los contratos de consumo, ya que la regla general es la no integración si el contrato puede subsistir sin dicha cláusula (argumento arts. 10.1 LCGC y 83. 1.º TRLGDCU). Ya la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en su artículo 6.1 dispone que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos: "si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

52. En efecto, se refiere el Preámbulo del TRLGDCU (apartado II) a "*la integración del contrato* conforme a la buena fe objetiva, *según las reglas de interpretación e integración del Código Civil* y las exigencias de la leal competencia" y concluye que "Se refuerza así la posición contractual del consumidor *y se establece con claridad en la norma de interpretación que del artículo 1258 del Código Civil* mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada" —la cursiva es añadida—.

Además, a lo largo del TRLGDCU se aprecian diversos casos concretos de remisión al Código Civil, a saber, al definir lo que se entiende por "producto", "[...] todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil" (art. 6); al proclamar la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario y declarar que la renuncia a tales derechos es nula: "siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil" (art. 10); al disponer las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, porque "Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil" (art. 74.1); o al referirse a la prescripción de la acción y señalar que "La interrupción de la prescripción se rige por lo establecido en el Código Civil" (art. 143.2). En suma, la ley especial se remite a la Ley sustantiva civil en aspectos muy concretos en los que, probablemente, se reconoce implícitamente que se trata de normas básicas que requieren su mantenimiento en la ley especial, a través de la técnica legislativa de la remisión al articulado del Código Civil, de suerte que, el contenido del objeto de la remisión [las disposiciones concretas del Código Civil] se integra en la norma de remisión [es decir, la legislación especial], *se incorpora* a la norma de remisión.

Sin perjuicio de excluir la aplicación del Código Civil en determinados supuestos, ya que "[...]. En la determinación de la indemnización por mora del empresario no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, [...]" (art. 19.1. 3.º) y al declarar la incompatibilidad de acciones: "El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil" (art. 116.1.º).

4.1. La técnica de la remisión en la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos

La PMR (2023), en la Exposición de motivos, apartado 2, al referirse al "Tratamiento de los contratos con consumidores", observa que la opción del legislador español de decidirse desde hace tiempo por regular fuera del Código Civil el derecho de consumo, criterio que sigue la PMR, ha hecho necesaria la revisión de la orientación seguida anteriormente por la Propuesta de modernización de 2009, que contenía algunas normas sustantivas referidas a las relaciones contractuales de consumo: "La versión revisada [de 2023] no contiene este tipo de normas, aunque en algunos casos se *remite* a ellas; son normas que se hallan recogidas en la legislación especial, ya muy densa y muy marcada por la necesidad de continua actualización" —la cursiva es mía—.

Por lo que concierne a esta técnica de la remisión, cumple destacar, por ejemplo, la genuina norma de remisión a la legislación especial para las relaciones entre empresarios y consumidores, recogida por el artículo 1225.3 PMR, al regular la regla de la "vinculación por la confianza"[53], que dispone una remisión externa y dinámica a la legislación especial

53. En la PMR se recoge, entre las disposiciones generales, la regla sobre la vinculación contractual por la confianza, basada en las exigencias del principio de buena fe, que se refiere a las manifestaciones

para las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios, lo que significa, como es sabido, que el contenido del objeto de remisión —la legislación especial en materia de consumo— se integra en la norma de remisión, el artículo 1225.3 PMR y, por ende, en el Código Civil: se *incorpora* al Código Civil.

De nuevo, en relación con la técnica de la remisión a la legislación especial de consumo, en materia de contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas, la PMR contiene una remisión que se puede calificar de reforzada, cuestión de la que se ocupa el apartado siguiente de este estudio.

4.2. El carácter especialmente reforzado de la remisión en los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas

La integración o no de las condiciones generales de la contratación en los códigos civiles modernos o reformados ha recibido soluciones diversas[54]. En el caso de la PMR se pronuncia sobre este particular en la propia Exposición de motivos, describiendo exhaustivamente el *statu quo* de la cuestión, que por su especial interés se reproduce, al disponer que:

> Las condiciones generales de los contratos están fuera del Código Civil desde que se produjo su regulación expresa en el Derecho español, a finales del siglo pasado. La PMR opta por suplir esta omisión, tomando en consideración la enorme importancia de este tipo de contratación y la naturaleza civil de los contratos que las utilizan, cuando no ligan a dos empresarios entre sí. Sin embargo, se ha considerado que la introducción de una regulación exhaustiva de esta materia en el texto codificado podría ser perturbadora por varias razones, entre las que destaca que dicha regulación necesariamente debe estar muy ligada a los constantes pronunciamientos de la jurisprudencia europea y española. Ello implica que las

anteriores a la celebración de un contrato, hechas por una parte contratante, que la vinculan si, conforme a las exigencias de la buena fe, han provocado en la otra parte una "justificada confianza acerca de ellas", previsión que, conforme al párrafo segundo del citado artículo 1225 PMR, se aplicará a las declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad u otras manifestaciones públicas. Como se reitera en la base Sexta de la Propuesta de Ley de Bases de la PMR: "En las disposiciones generales sobre el contrato, se dará una noción basada en la intención de vincularse y en el acuerdo suficiente; [...]. Se establecerá una regla de vinculación por la confianza".

54. Así, por ejemplo, se incorpora la regulación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil neerlandés y en el *BGB* tras la Ley de Modernización de 2002. En cambio, el Código Civil de Rumanía de 2011 dejó fuera de su sede la regulación, que permaneció en leyes especiales. Caso singular es el francés, que tiene normas sobre cláusulas abusivas en sus Códigos de Comercio y de Consumo, lo que no ha impedido que se introduzca su regulación en el *Code civil* tras la reforma de 2016-2018, al menos en el artículo 1110 que contrapone el contrato negociado al contrato de adhesión y en el artículo 1171 que circunscribe el control de contenido a los contratos de adhesión y en ellos a cualquier cláusula "*non negociable determinée à l' avance par l' une des parties",* que cuando crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato es reputada como no escrita; añade además que la apreciación del desequilibrio significativo no puede referirse ni al objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la prestación.

> normas destinadas a disciplinar las cuestiones surgidas en torno a la utilización de los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas han de ser, necesariamente, reglamentistas y fluidas, en la medida en que se dirigen a resolver los innumerables y, con frecuencia, novedosos problemas que va destilando la práctica. En consecuencia, se ha optado por introducir un artículo, ubicado en el Capítulo III de esta PMR, que proporciona el encuadre de las condiciones generales de la contratación y otras cláusulas no negociadas en el marco del Código Civil, mediante una definición de estas. Por añadidura, el artículo siguiente efectúa una remisión a la legislación especial, mencionando aquellas cuestiones cuya regulación se considera imprescindible en la materia, cuáles son los controles legales dirigidos a asegurar la incorporación, transparencia y contenido no abusivo de las condiciones generales y las cláusulas no negociadas, las reglas particulares de interpretación de los contratos que las contengan y los efectos de la declaración de no incorporación o abusividad, además de su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y espacial; asimismo, se hace una mención expresa a la aplicación supletoria a este tipo de contratos de las normas del Título Segundo del Libro IV del Código Civil.

El artículo 1266 PMR, con la rúbrica "Remisión a la legislación especial", dispone que "Los controles legales dirigidos a asegurar la incorporación, transparencia y contenido no abusivo de las condiciones generales y las cláusulas no negociadas, las reglas particulares de interpretación de los contratos que las contengan y los efectos de la declaración de no incorporación o abusividad, quedarán sometidos a la legislación especial, que también establecerá su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y espacial. En lo no previsto en la legislación especial, se aplicarán las normas de este título". Valoro positivamente este precepto que, por una parte, utiliza la *técnica de la remisión* a la legislación especial en numerosos aspectos que no pueden ser sustraídos a la legislación especial relativa a contratos con condiciones generales de la contratación, por su especial especificación y envergadura y que, por otra parte, en su último inciso, mantiene la *regla de la supletoriedad* de las normas del Título II (arts. 1218 a 1314 PMR de 2023), en lo no previsto en la legislación especial.

Al analizar el párrafo antes trascrito de la Exposición de motivos de la PMR, García Rubio observa que es "suficientemente explícito" para comprender qué se ha pretendido hacer con los artículos 1265 y 1266 PMR, apartándose de su precedente de 2009 que sí contenía una regulación sustantiva sobre condiciones generales de la contratación, aunque fuera, con toda probabilidad, incompleta. Apunta, además, la autora, con la que convengo, que el efecto práctico de los dos preceptos citados, al atraer para el Código Civil la regulación de las condiciones generales de la contratación, significa que, en realidad, estamos cambiando también algunos efectos sustantivos y uno de esos efectos le parece claro: "que las normas supletorias para los contratos con condiciones generales en las cuestiones no reguladas en la legislación especial sobre estas son, en primer término, las del Código Civil"[55].

---

55. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta Reformada de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *op. cit.*, p. 11.

En fin, el citado artículo 1266 de la PMR, dispone, a mi juicio, una *remisión reforzada* a la legislación de consumo, la califico de "reforzada" por la concreción de los muchos aspectos de las condiciones generales de la contratación que cita expresamente como objeto de remisión a la legislación especial. La norma se encuadra, dentro del Libro IV, en el Título II (*De los contratos*), Capítulo III (*Los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas*), Capítulo que únicamente abarca dos normas (los artículos 1265 y 1266), el artículo 1265 que define, aunque no regule, las condiciones generales de la contratación[56] y el artículo 1266 que dispone, como se ha señalado, una remisión reforzada a la legislación especial, si bien, el último inciso de este artículo 1266 PMR, como también se ha anticipado, consagra la *supletoriedad* de las normas de tal título (Título II: *De los contratos*, arts. 1218 a 1314), en lo no previsto en la legislación especial (relativa a los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas).

56. El artículo 1265 PMR, con la rúbrica "Concepto de condiciones generales y de cláusulas no negociadas", dispone que "1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría material, de su apariencia externa, de su extensión o de cualquier otra circunstancia, redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. 2. Se considerará que una cláusula contractual no ha sido negociada individualmente si ha sido impuesta por una de las partes y la otra no ha tenido una oportunidad real de influir en su contenido. 3. A la parte que alegue que una cláusula ha sido negociada individualmente, le corresponderá la carga de probarlo".

5. CONCLUSIONES

1. La Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, versión revisada de 2023 (PMR) continúa con la opción del legislador español de regular fuera del Código Civil el derecho de consumo. Ahora bien, la Propuesta supone un importante cambio respecto de la situación actual de los contratos con consumidores, ya que, aunque no contenga este tipo de normas, incorpora una plausible regulación por medio del oportuno recurso a las técnicas legislativas de la supletoriedad y de la remisión.

A mi juicio, la solución por la que se ha optado en la Propuesta de 2023 es la más pertinente, en especial, dado el carácter cambiante de la legislación especial de los contratos con consumidores, más sujetos a modificaciones.

2. La PMR no aísla completamente en compartimentos absolutamente estancos, las normas generales de contratación reguladas en el Código Civil y la contratación de consumo, por haber optado por un sistema que articula de forma óptima las técnicas legislativas de la remisión y de la supletoriedad.

Por consiguiente, estimo que la combinación de tales técnicas legislativas permite un beneficio recíproco para las dos formas de contratación. En efecto, opción de la PMR fue la de dejar fuera del texto codificado el tratamiento de los contratos con consumidores, con todo, las relaciones contractuales con los consumidores o usuarios están presentes en la PMR, y, en consecuencia, en el Código Civil, singularmente, a través de las técnicas legislativas de la supletoriedad y de la remisión.

3. La Propuesta de modernización del Código Civil de 2023 se dicta, aunque esta Propuesta no lo diga y guarde un absoluto mutismo sobre el alcance del artículo 149.1. 8.ª de la Constitución española de 1978 —como sí lo hacía la Propuesta de 2009, que ahora se revisa— en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1. 8.ª de la Constitución, en general, en materia de legislación civil" y, en singular, en las denominadas "bases de las obligaciones contractuales" tanto por lo que respecta a la legislación propiamente civil (Títulos I y II del Libro IV del Código Civil, contenidos en la Propuesta); pero, también, por lo que atañe a los contratos entre empresarios y consumidores y usuarios.

4. Estimo que la redacción de los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1088 a 1314), que la Propuesta de 2023 perfila con esmero, se compadece bien con lo que el Tribunal Constitucional entiende por "bases de las obligaciones contractuales" (exart. 149.1. 8.ª CE). Así, en este sentido, destaca la doctrina del Tribunal Constitucional, acerca de lo que debe entenderse por "bases de las obligaciones contractuales", objeto de la segunda reserva del artículo 149.1. 8.ª CE a favor del legislador estatal, en particular, cuando se entiende por la STC 132/2019, de 13 de noviembre que "Las bases, [...], deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos [...] y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual [...]" (FJ 6) y que "La noción de bases, [...], alude a los principios o elementos estructurales de una determinada materia que deben ser comunes a todo el Estado [...]" (FJ 7).

5. La técnica legislativa de la supletoriedad la acoge con claridad en la Propuesta de 2023 el artículo 1218.3 PMR, que dispone la supletoriedad del Título II (*De los Contratos*, arts. 1218 a 1314) del Libro IV del Código Civil (*De las obligaciones y contratos*) a los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación.

6. Una genuina norma de remisión a la legislación especial para las relaciones entre empresarios y consumidores, es recogida por el artículo 1225.3 PMR, al regular la regla de la "vinculación por la confianza" que dispone una remisión externa y dinámica a la legislación especial para las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios, lo que significa, como es sabido, que el contenido del objeto de remisión —la legislación especial en materia de consumo— se integra en la norma de remisión, el artículo 1225.3 PMR y, por ende, en el Código Civil: se *incorpora* al Código Civil.

7. En especial, el artículo 1266 de la PMR, dispone, a mi juicio, una *remisión reforzada* a la legislación de consumo; "remisión reforzada" por la concreción de los muchos aspectos de las condiciones generales de la contratación que cita expresamente como objeto de remisión a la legislación especial. Estimo que se justifica esta remisión tan fortalecida en el afán de conservar las reglas cardinales de los contratos con condiciones generales de la contratación que, necesariamente, deben respetarse; pero, al mismo tiempo, en el inciso final del precepto, por intermedio de la técnica de la supletoriedad, introduce en los contratos con condiciones generales principios bien relevantes de la PMR de 2023, incluidos en el Título II (*De los contratos*, arts. 1218 a 1314 PMR), reglas supletorias a las que podrá recurrirse en los contratos con condiciones generales por esta vía de la supletoriedad, en lo no previsto en la citada legislación especial (exart. 1266 *in fine* PMR).

8. Por lo demás, en el presente estudio se realiza un breve excurso para evidenciar que la legislación especial en materia de contratos con consumidores (en particular, el TRLGDCU) es precursora en la regulación de determinadas instituciones que ahora son codificadas por la PMR (2023). De entre tales supuestos, en los que la legislación de consumo es precursora de algunas respuestas de la Propuesta de 2023, seguramente, tendrá una especial trascendencia la positivización de la regla de la vinculación por la confianza, singularmente, a través de la publicidad (art. 1225.2 PMR); aunque la jurisprudencia civil ya reconocía la regla de la vinculación por la confianza como una derivación del principio de la buena fe contractual (exart. 1258 CC —STS 14 junio 1976 y STS 27 enero 1977—). En efecto, artículo 1225.2 PMR, con relación a la vinculación por las declaraciones efectuadas a través de la publicidad, no es precepto pionero, ya que tiene su norma precursora en la legislación de consumo, que se ocupó de esta cuestión en el artículo 8 de la antigua Ley de Consumidores y Usuarios de 1984. Trasunto del artículo 8 de la Ley de 1984 es el artículo 61 TRLGDCU que, con la rúbrica "Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato", de manera muy amplia reconoce la exigibilidad de los contenidos publicitarios por los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, edición Plus-Ultra, Madrid, 1940-1949 —primera edición: 1884-1885—.

BLANCO MARTÍNEZ, E. V., "Una lectura constitucional del derecho de contratos (La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de noviembre, sobre el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos)", *ADC*, t. LXXIII, fasc. II, 2020, pp. 851-910.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, 1994.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, (reimpresión, 1991).

DÍEZ-PICAZO, L., "¿Una nueva doctrina general del contrato?", *ADC*, t. XLVI, fasc. IV, 1993, pp. 1705-1717.

DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a la obra de MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006, pp. 11-16.

FIERRO RODRÍGUEZ, D., "Comentario de urgencia a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023", *Diario La Ley* [en línea], n.º 10347, Sección Tribuna (consultado: 13-9-2023).

GARCÍA RUBIO, M.ª P., *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1991.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La Directiva 1999/44: Caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, (editor Javier Lete Achirica), Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2004. pp. 313-323.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, (coordinadores J. M. González Porras y F. P. Méndez González), Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 1939-1953.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat.", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, n.º 4, 2019, pp. 1-43.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Revisada del Código civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, n.º 2, 2024, pp. 1-33.

GHESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat* (3.ª edición), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E. J. A., 1993.

LAMARCA I MARQUÈS, A., "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2002, pp. 1-9.

LASARTE ÁLVAREZ, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)", *RDP*, enero, 1980, pp. 50-78.

LLAMAS POMBO, E., "Una concepción moderna del contrato no permite ya seguir hablando de la teoría general del contrato" —Entrevista a Eugenio Llamas Pombo por Ana M. Gómez Mejías—, *Diario La Ley* [en línea] (consultado:17-7-2024). También publicada en *Actualidad Civil*, n.º 7 (consultado: 30-7-2024) —Editorial La Ley—.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.ª, "Reflexiones sobre la buena fe y los contratos", *Estudios de Derecho de Contratos*, (director A. M. Morales Moreno, coordinador, E. V. Blanco Martínez), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 645-670.

MORALES MORENO, A. M., *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Civitas, 2006.

MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", *ADC*, t. LXXIII, fasc. III, 2020, pp. 983-1065.

ORS, Á. d', *Derecho Privado Romano*, (décima edición revisada por Javier d'ORS), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2004.

PAU, A., "Prólogo del presidente de la Sección Primera de Derecho civil de la Comisión General de Codificación", a la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2023, pp. 15-17.

PÉREZ ESCOLAR, M., "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un Código de consumidores?", *Práctica de Derecho de Daños*, n.º 82, mayo 2010, Editorial Wolters Kluwer —Legalteca—, pp. 1-31.

ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, Á., "Las malas leyes", , *De iure mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, (coordinador J. A. García Cruces), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 169-201.

SALVADOR CODERCH, P., "La disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas", *ADC*, t. XXXVI, fasc. IV, 1984, pp. 975-1006.

SALVADOR CODERCH, P., *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, Bosch, 1986.

VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho civil*, vol. X, n.º 5, 2024, pp. 75-124.

ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* —traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas—, Barcelona, Bosch, 2008.

LA (RELATIVA) NOVEDAD DE ALGUNAS FIGURAS RECOGIDAS EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE CONSUMIDORES*[1]

CAROLINA MESA MARRERO
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

La Propuesta revisada de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 deja fuera del texto las normas referidas a las relaciones contractuales de consumo que se recogían en la Propuesta anterior de 2009. No obstante, la Propuesta revisada regula determinadas figuras que, si bien parecen novedosas, se encuentran desde hace tiempo en la legislación especial de consumo. El presente trabajo se centra en analizar dichas figuras a fin de identificar en qué supuestos se generalizan las reglas que ya estaban presentes en el derecho de consumo, y valorar si pueden o no plantearse problemas de coordinación.

PALABRAS CLAVE

Derecho de consumo; deber precontractual de información; derecho de desistimiento; vinculación por la confianza; incumplimiento del contrato; remedios frente al incumplimiento contractual.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 10-3-2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad de Generación del Conocimiento, 2022, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado *La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español* (referencia PID2022-138909NB-I00), IPs.: M.ª Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez.

THE (RELATIVE) NOVELTY OF SOME FIGURES INCLUDED IN THE PROPOSAL FOR THE MODERNISATION OF THE CIVIL CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS ON THE BASES OF SPECIAL CONSUMER LEGISLATION

ABSTRACT

The revised Proposal for the Modernisation of the Civil Code on obligations and contracts of 2023 leaves out of the text the rules on consumer contractual relations that were included in the previous Proposal of 2009. However, the revised Proposal introduces certain figures which, although they appear to be novel, were included in consumer law. This paper focuses on analyzing these figures in order to identify in which cases the rules that were already present in consumer law are generalized, and to assess whether or not coordination problems may arise.

KEY WORDS

Consumer law; precontractual duty to inform; right of withdrawal; bonding by trust; breach of contract; remedies for contractual non-performance.

SUMARIO

1. Planteamiento 310

2. El deber precontractual de informar 316

3. La vinculación por la confianza 321

4. El derecho de desistimiento y la denuncia en los contratos por tiempo indefinido 325

4.1. El derecho de desistimiento 325

4.2. La denuncia en los contratos por tiempo indefinido 329

5. Algunas notas sobre el incumplimiento y la regulación de los remedios en la PMCC 334

5.1. El concepto unitario y neutral de incumplimiento 334

5.2. Aspectos generales sobre los remedios ante el incumplimiento 336

5.2.1. La pretensión de cumplimiento 337

5.2.2. La reducción del precio 338

5.2.3. La suspensión del cumplimiento de la propia prestación 339

5.2.4. La resolución de la relación contractual 341

5.2.5. La indemnización de daños y perjuicios 344

6. Valoración final 346

Bibliografía 348

1. PLANTEAMIENTO

La Propuesta revisada de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada por el Ministerio de Justicia el 31 de julio de 2023 (en adelante, PMCC), nace con el objetivo de actualizar esta parte del Código y adecuar sus normas a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, cada vez más complejas y cambiantes. En esta labor de actualización, tal y como señala la Exposición de motivos, se parte de una Propuesta anterior de 2009 —elaborada también por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación— y se acogen las orientaciones de los textos del moderno derecho de contratos y las reformas más recientes en los ordenamientos de países de nuestro entorno.[2]

Entre las muchas novedades que introduce la PMCC, cabe destacar que se dejan fuera del texto las normas sobre las relaciones contractuales entre empresarios y consumidores que se encuentran desde hace tiempo en la legislación especial, ya muy abundante y en constante proceso de actualización. El aumento de las normas en materia de contratos de consumo, principalmente en las últimas décadas, se debe a la influencia del derecho procedente de la Unión Europea que busca un mayor nivel de armonización de los derechos nacionales para proteger eficazmente a los consumidores[3]. Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico una buena parte de las disposiciones legales que regulan las relaciones contractuales de consumo se integran en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, aprobado por RDL

2. La Exposición de motivos de la Propuesta revisada subraya que "el Código Civil español es, en este momento, uno de los más antiguos de nuestro entorno en la materia que nos ocupa, puesto que la práctica totalidad de los países europeos y muchos otros de tradición codificadora, o bien cuentan con Códigos más modernos que el nuestro, o han procedido a la modernización de sus viejos textos en sede de obligaciones y contratos (los casos más significativos son Alemania en 2000, Francia en 2016-2018 o Bélgica en 2022). Esta situación nos coloca en una clara desventaja en relación con esos otros ordenamientos cuyas normas se adecúan mucho mejor que las nuestras a las modernas exigencias del tráfico económico y jurídico, y están en consonancia con las líneas marcadas por el Derecho uniforme y europeo, lo que no sucede en nuestro caso". Además, "cabe añadir que la letra del Código Civil español está cada vez más distanciada de la propia evolución jurisprudencial que, por un lado, en muchas ocasiones tiene que realizar enormes esfuerzos para que el texto codificado no se convierta en un obstáculo para la solución de los conflictos planteados y, por otro, no siempre resulta suficientemente clara y estable".

3. En este sentido, cabe recordar el gran impacto que tuvo la Directiva —ya derogada— 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, fundamentalmente porque incorporaba nociones como la conformidad de los bienes entregados con el contrato y el sistema de remedios a disposición del comprador. Asimismo, cabe destacar la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, que regula, entre otros derechos, los relativos a la información precontractual y el derecho de desistimiento; la Directiva (UE) 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican varias normas europeas, y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

1/2007, de 16 de noviembre (en lo sucesivo, TRLGDCU)[4], aunque no todas las leyes especiales se han incorporado a la refundición[5].

El desarrollo de la normativa específica sobre contratos con consumidores en nuestro ordenamiento explica que este tipo de reglas queden al margen de la PMCC[6]. Conviene recordar que la Propuesta de 2009 adoptaba en este punto un planteamiento diferente, basado en la integración parcial de las reglas especiales de consumo procedentes de las directivas europeas en materia de protección de los consumidores[7]. En particular, se incorporaban las normas sobre las condiciones generales de la contratación, los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles, los contratos a distancia y la contratación electrónica[8], mientras que el resto de las normas civiles de consumo se mantenían en el citado TRLGDCU o en otras leyes especiales. Esta opción de la Propuesta anterior seguía el modelo de integración adoptado por el legislador alemán

4. Dicho texto ha sido modificado en distintas ocasiones debido a la necesaria tarea de transposición de las directivas en esta materia; en los últimos años, cabe mencionar los cambios introducidos por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

5. Sobre el alcance de la refundición, CARRASCO PERERA, A., "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2008, pp. 2215-2225, afirma que "la decisión de refundir algunos textos legales del Derecho de consumo y dejar otros fuera de la refundición es en gran parte arbitraria".

6. Como apunta GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *RDC*, vol. XI, n.º 2, 2024, p. 9, "hoy se cuentan por decenas los artículos sobre la materia contenidos en el TRLGDCU, los cuales precisamente por esta labor de transposición continua, están sometidos a una presión reformadora constante e intensa. Insertarlos en el Código Civil tendría al menos dos consecuencias indeseables: la de alargarlo excesivamente y la de someterlo a esa presión por su continua revisión a instancias de la Unión Europea, con el consiguiente peligro, además para la coherencia interna del texto codificado".

7. Para explicar la decisión adoptada en esta materia, la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009 señalaba que "puede el legislador adoptar dos posibles posturas. De acuerdo con la primera, todas las normas relativas al Derecho de consumo, cualquiera que sea su procedencia, y cualquiera que fuera su trascendencia, como pertenecientes a un Derecho especial, deben subsistir en leyes especiales y el Código civil todo lo más que puede hacer es realizar una somera remisión a tales normas [...]. La segunda posibilidad es recoger por lo menos el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales que tienen su origen en directivas europeas y que han sido luego incorporadas a leyes españolas, realizando la remisión solo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor [...]".

8. Respecto a esta opción de integrar la regulación de determinados contratos con consumidores, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrman), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 21-22, critica "el excesivo reglamentismo de este tipo de normas", y considera que "no se ha sabido, como en la reforma de 2001 del BGB, reducir las normas de los contratos de consumo a reglas más básicas, incluso más abstractas, recogiendo la esencia de las normas comunitarias de protección de los consumidores, dejando para la normativa especial las reglas más especiales (con ello se evita una excesiva reglamentación del Código Civil".

en la reforma del derecho de obligaciones de 2002[9], aunque dicho modelo ha generado problemas como consecuencia de la aprobación de nuevas directivas en materia de consumo que afectan a los principios generales del sistema codificado[10].

Así las cosas, el tratamiento de los contratos con consumidores en la PMCC plantea de nuevo el debate acerca de si es o no una opción adecuada la integración de este tipo de normas en el Código Civil[11]; se trata de un tema controvertido que no tiene una solución uniforme entre los países de nuestro entorno[12]. Aunque hay razones a favor y

9. Recientemente, como señala SCHULZE, R., "El Código civil en la era digital: tradición e innovación en el Derecho alemán de obligaciones", *RDC*, vol. 11, n.º 4, 2024, pp. 198 y ss., para la transposición de las llamadas "Directivas gemelas" —Directiva (UE) 2019/770 y Directiva (UE) 2019/771— relativas a los contratos de compraventa de bienes y a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, "el legislador alemán ha seguido un planteamiento que ya sirvió como base para la reforma del derecho de obligaciones alemán en 2002. Un elemento central de la reforma de 2002 fue la integración del Derecho contractual de consumo en el derecho de obligaciones del BGB. Esta integración facilitó el uso de las disposiciones de las directivas europeas sobre contratos de consumo como modelo para principios, términos y normas que no debían ser decisivos únicamente para el Derecho de consumo en el nuevo Derecho de obligaciones alemán".

10. En efecto, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida", *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, (directores, M.ª D. Gramunt Fontbuena y C. Florensa Tomás), Madrid, Dykinson, 2017, p. 55, señala que el modelo seguido por el legislador alemán para la integración de las directivas de consumo en el BGB ha desembocado "no solo en una cierta inestabilidad del propio sistema codificado, obligado a continuas reformas, sino incluso en una situación que podemos calificar de bifronte, precisamente como consecuencia de los efectos producidos por la jurisprudencia dimanante del TJUE; ello es así porque dicha jurisprudencia, aunque únicamente es dictada en materia de relaciones con consumidores, está destinada a repercutir con variantes diversas en todo el BGB, precisamente por la opción generalizadora tomada por él".

11. En los últimos años, ante la proliferación de leyes especiales en materia de consumo, la doctrina se viene planteando su encaje en el ordenamiento jurídico privado; en particular, el debate gira en torno a una posible integración de este tipo de normas en el Código Civil o, en su caso, a su sistematización en un Código de consumo. Al respecto, *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿Una simple entelequia jurídica o algo más?", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, (director A. Cabanillas Sánchez), Madrid, Civitas, 2002, pp. 137-152; CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del Derecho de consumo: ¿Refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)", *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, (coordinadora M.ª R. Llácer Matacás), Madrid, Dykinson, 2015, pp. 91-135; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Codificar el Derecho de consumo...", *op. cit.*, pp. 43-61.

12. Así, en Francia, Italia, Luxemburgo o Austria, han optado por un modelo de Código de consumo propio; mientras que Holanda, Alemania, la República Checa o Hungría, han seguido el modelo de la integración del derecho contractual de consumo en los códigos generales. Sobre esta diversidad de modelos en el derecho comparado, *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S., *Ibidem*, pp. 91-135; GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem*, pp. 52-54.

en contra de dicho modelo[13], sin duda son más evidentes los obstáculos para la integración del derecho contractual de consumo, los cuales se intensifican a medida que este último se acrecienta[14]. Además, la doctrina suele destacar que las normas de protección de consumidores son reglas generalmente imperativas que se caracterizan por su automatismo, de modo que no permiten matices o excepciones —a diferencia de las normas de derecho común— por lo que resulta difícil lograr su encaje en un texto como el Código Civil que tiene una configuración "más flexible y dispositiva"[15]. Por otro lado, se afirma que la propia noción de consumidor[16] supone un "obstáculo estructural para la integración", en la medida en que dicha categoría delimita el ámbito de aplicación de un conjunto de normas cuya *ratio* es la protección efectiva de los consumidores, y por tanto conforman "un derecho especial, de privilegio, no es derecho común"[17].

En suma, las razones expuestas confirman que la integración de las normas contractuales de consumo en el Código Civil resulta hoy día una opción claramente inviable, y por ello

13. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., *Ibidem*, pp. 127-129., destaca, entre otros argumentos a favor de la integración, que "[S]erviría para recuperar el CC como centro del ordenamiento jurídico privado [...]; se lograría una mejor sistematización y una mayor interacción entre el Derecho común y los Derechos especiales (...); acentuaría la condición del consumidor como persona y no solo como sujeto del mercado [...]". También se apuntan razones en contra de este modelo, entre otras, "[l]a diversa axiología de ambos cuerpos normativos [...]. El origen comunitario de la mayor parte de las normas de consumo [...] también puede constituir una rémora". Sobre este debate, PASQUAU LIAÑO, M., "Protección de los consumidores y Código civil: ¿Integración o distinción?", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. ALBIEZ DOHRMANN), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 489-508, señala que "existen razones poderosas de política legislativa a favor del modelo de integración, relativas tanto a la eficacia de la protección jurídica de los consumidores como a la coherencia sistemática del ordenamiento", pero también "existen importantes obstáculos de técnica jurídica que hacen que lo que en sí mismo constituiría un planteamiento correcto, se muestre inconveniente por ser, quizás, mayores las desventajas que las ventajas".

14. En opinión de PASQUAU LIAÑO, M., *Ibidem*, p. 489, "la fuerza de resistencia de las consideraciones de técnica legislativa es mayor que el empuje de las razones de política legislativa, y por ello habrá que buscar fórmulas alternativas de integración sistemática que no pasen por la inclusión en el Código Civil de apartados relativos a la protección de los consumidores". En este sentido, el autor destaca (pp. 494-502), como principales obstáculos de técnica legislativa para la integración, la rigidez de las normas de protección de consumidores y sobre todo la noción de consumidor. En la misma línea, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización...", *op. cit.*, p. 9.

15. Como señala PASQUAU LIAÑO, M., *Ibidem*, pp. 495-496.

16. Recuérdese que "son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión" (artículo 3.1 TRLGDCU); el citado precepto considera también consumidores, a efectos de esta norma, "a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial".

17. Así lo expresa PASQUAU LIAÑO, M., Protección de los consumidores...", *op. cit.*, p. 497-499.

queda descartada en la PMCC[18]. No obstante, sí se recoge de modo expreso la regla que consagra la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, "subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código", como puntualiza la Exposición de motivos. Esta regla se recoge en el artículo 1218.3 PMCC en los siguientes términos: "[E]l presente título contiene las reglas generales aplicables a todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que sus normas no se opongan a las reglas especiales que les sean de aplicación"[19].

Con todo, el planteamiento de la PMCC no impide que se incorporen algunas reglas específicas y figuras *ad hoc* que, si bien parecen novedosas desde la perspectiva estrictamente del Código Civil, en realidad ya estaban recogidas en nuestro sistema, concretamente en el derecho de consumo, porque este sector normativo sí está actualizado de acuerdo con los principios del moderno derecho de contratos, lo que no sucede en el derecho civil común. Como se ha anticipado, el aludido proceso de actualización deriva fundamentalmente de la transposición de numerosas directivas en materia de protección de los consumidores, y también de la influencia de destacados textos internacionales en materia de obligaciones y contratos, particularmente, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías —que forma parte de nuestro derecho interno— y los Principios *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales, así como de otros instrumentos que contienen principios o reglas modelo en este ámbito normativo, entre los que destacan los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) y el Marco Común de Referencia (DCFR).

Así pues, se incluyen en la Propuesta de Modernización ciertas figuras y reglas que ya están admitidas en los textos del moderno derecho de contratos, y en el marco de nuestro ordenamiento jurídico se han incorporado antes a la legislación especial de consumo, particularmente al TRLGDCU. Este nuevo enfoque no implica que se hayan trasvasado del ámbito de los contratos con consumidores al derecho civil común determinadas normas; de lo que se trata es de integrar en el Código Civil figuras o instituciones concretas que, como ya apunté, siguen las orientaciones del actual derecho de contratos uniforme e internacional y no son, por tanto, normas específicas de protección de consumidores, sino susceptibles de generalización.

---

18. En este sentido, la Exposición de motivos señala que "[E]l legislador español optó hace tiempo por regular fuera del Código Civil el derecho de consumo. Este criterio de la PMCC ha hecho necesaria la revisión de la orientación seguida anteriormente por la PM 2009 que contenía algunas normas sustantivas referidas a las relaciones contractuales de consumo. La versión revisada no contiene este tipo de normas, aunque en algunos casos se remite a ellas [...]".

19. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares ...", *op. cit.*, pp. 8-9, destaca que el precepto citado refuerza lo que con carácter general dispone el artículo 4.3 CC, si bien eso no lo convierte "en un precepto meramente redundante, porque tiene una virtualidad añadida: la de insertar en el marco del Código Civil, y por tanto entre los contratos civiles, aquellos que vinculan a un empresario y un consumidor".

En las páginas que siguen pretendo ofrecer una visión general de estas reglas y figuras incorporadas a la Propuesta revisada de Modernización del Código Civil de 2023, a fin de identificar en qué supuestos se generalizan las reglas que ya estaban presentes en el derecho de consumo, y valorar si pueden o no plantearse problemas de coordinación. A tal fin, y tomando en consideración las fases principales en la vida de un contrato, abordaré en primer lugar el deber precontractual de informar; en segundo término, la vinculación por la confianza, el derecho de desistimiento y la denuncia en los contratos por tiempo indefinido; y, por último, los aspectos más novedosos en relación con el incumplimiento y la disciplina de los remedios que tiene a su disposición el contratante perjudicado por el incumplimiento.

2. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

Entre las novedades incluidas en el Título II del Libro IV dedicado a los contratos, concretamente en el Capítulo II sobre la formación del contrato, los artículos 1241 a 1243 PMCC se ocupan de los deberes precontractuales y, específicamente, regulan el deber de lealtad en el desarrollo de las negociaciones, de confidencialidad y de información. Conviene recordar que los deberes precontractuales derivan del más genérico deber de comportarse con arreglo a la buena fe, que implica una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena[20]. Ha de destacarse que el artículo 1220 PMCC consagra la función de la buena fe en todas las etapas de la vida de un contrato[21].

En el marco de los deberes precontractuales tienen especial trascendencia los deberes de información, como demuestra su atención creciente en los textos del moderno derecho de contratos y el aumento de reglas que imponen este tipo de deberes[22]. En el ámbito de nuestro ordenamiento, han de destacarse las disposiciones del derecho de consumo que se ocupan del deber precontractual de información, en línea con la regulación de la Unión Europea para la protección de los consumidores[23]; así, el artículo 60 TRLGDCU, regla general en la contratación con consumidores, y el artículo 97 y siguientes del mismo texto legal regulan la información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil[24]. En estos casos, los deberes de información

---

20. Sobre la buena fe exigida en la fase precontractual, la jurisprudencia reitera que este principio debe entenderse en sentido objetivo y supone el cumplimiento de las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra y a la conducta seguida; entre otras muchas, SSTS (Sala Primera) de 10 de junio de 2010 (Roj 3047/2010); 15 de octubre de 2011 (Roj 6635/2011), y 14 de marzo de 2017 (Roj 2669/2017).

21. El artículo 1220 PMCC establece que "[L]os contratos deben ser negociados, celebrados y ejecutados de conformidad con las exigencias de la buena fe".

22. Así, los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL) contemplan los deberes precontractuales de información en la regulación del error y del dolo; por su parte, el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR) dedica varias reglas que se ocupan específicamente de la obligación de informar. Sobre el deber de suministrar información durante la fase precontractual, *vid*. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios", *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, (coordinadora M.ª R. Llácer Matacás), Madrid, 2015, pp. 153-163; BASOZABAL ARRUE, S., "En torno a las obligaciones precontractuales de información", *ADC*, fasc. II, 2009, pp. 674-682.

23. Entre las directivas que regulan los deberes de información, cabe mencionar la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (modificada por la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre), que regula la información que el comerciante debe suministrar al consumidor en los contratos celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles; y la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

24. Además, el artículo 97 *bis* TRLGDCU establece requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea, y los artículos 98 y 99 del mismo texto legal disponen determinados requisitos formales de los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento.

se imponen a una sola de las partes frente a la otra, dado que esta última se encuentra en una situación de desventaja informativa, de modo que su función es corregir la asimetría informativa que suele existir en los contratos celebrados con consumidores[25]. Pero hay muchas otras situaciones en las que los deberes precontractuales de información derivan del deber genérico de comportarse conforme a la buena fe y determinan la necesaria reciprocidad informativa[26]; mientras que, en otras, no estrictamente ligadas a las relaciones empresario-consumidor, solo corresponden al primero[27].

En cualquiera de las situaciones descritas, la cuestión esencial es identificar las consecuencias jurídicas que derivan de un eventual incumplimiento de los deberes de información impuestos en la etapa previa a la celebración del contrato. En este sentido, el artículo 1243 PMCC establece que "[S]i una parte no transmite a la otra la información precontractual exigida por la ley o por la buena fe o le transmite una información incorrecta en la que la otra pueda confiar, la parte perjudicada tiene derecho a anular el contrato y a exigir indemnización de daños"[28]. Por consiguiente, la infracción del deber de información —por una deficiente o ausente información— implica en general la facultad de anulación del contrato, en concreto por error (artículo 1293 PMCC); este es uno de los remedios precontractuales que tiene a su disposición la parte contratante perjudicada[29], al que se

---

25. En este "escenario de los deberes unilaterales", —como expresa GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La información precontractual...", *op. cit*., p. 156, "se pone de relieve la importación del cumplimiento del deber de información como mecanismo de remoción de la desigualdad entre empresario y consumidor, por hipótesis, existente en el punto de partida, puesto que aquel es un profesional que conoce el producto que coloca en el mercado, mientras que este ni lo es, ni tiene por qué conocer en profundidad el producto. De lo que se trata es de garantizar el acceso por parte del consumidor o contratante más débil a la información que la otra parte posee o puede adquirir con mayor facilidad, precisamente por su prevalente posición para hacerlo".

26. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem.*, p. 155.

27. Así, por ejemplo, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece una regulación detallada de la fase precontractual y, especialmente, del deber de información previa que recae sobre los prestamistas y los intermediarios de crédito inmobiliario. En su Exposición de motivos señala que esta ley mejora el actual marco existente de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de los servicios bancarios, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

También cabe mencionar la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, que recoge en sus artículos 200 a 202 los deberes de información impuestos a las empresas que presten servicios y actividades de inversión.

28. A estos efectos, el citado artículo 1243 PMCC se remite a lo previsto en las Secciones Segunda y Cuarta del Capítulo VII de este título, esto es, a las disposiciones relativas a la anulabilidad de los contratos (artículos 1292 a 1301) y a las reglas sobre la indemnización (artículos 1303 a 1309).

29. La posibilidad de anular el contrato, en los casos de error o dolo, caducará a los dos años (*ex* art. 1299.1 PMCC), y ese plazo empezará a computarse, según dispone el apartado segundo del mismo precepto, "desde que el legitimado para anular el contrato hubiese conocido o debido conocer la causa de la anulabilidad".

añade el derecho a exigir indemnización de daños[30]. La anulación del contrato por error requiere que concurran los requisitos para admitir su eficacia invalidante, esto es, que se trate de un error esencial, imputable a la otra parte contratante y excusable[31]. En este punto ha de destacarse que el incumplimiento del deber de informar establecido por la ley "hace presumible la existencia y excusabilidad del error, salvo prueba en contrario" (artículo 1293.4 PMCC); se establece así una presunción *iuris tantum* que protege el interés de la parte que ha padecido el error, y solo quedaría desvirtuada si pudiera acreditarse que conocía o debía conocer la información empleando una diligencia media[32].

Como antes se expuso, la parte contratante que padezca un error provocado por la información incorrecta transmitida o por la falta de información exigida por la ley o por la buena fe tiene derecho a anular el contrato y también está legitimada para reclamar la indemnización por los daños causados (artículo 1243 PMCC). En estos casos, cabe la posibilidad de "acumular el ejercicio de ambos remedios o ejercitar únicamente uno de ellos" (artículo 1308 PMCC)[33]. Además, la opción de reclamar indemnización en caso

30. En cuanto a los remedios precontractuales, la anulación y la indemnización de daños, *vid.* MORALES MORENO, A. M., "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo", *Derecho Privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 400 y ss.

31. Según establece el artículo 1293.2 PMCC, el error es esencial "si es de tal entidad que una persona razonable, en la misma situación que la parte contratante en error, no hubiera contratado o lo hubiera hecho en términos sustancialmente diferentes". En segundo lugar, el error es imputable a la otra parte contratante, tal y como dispone el artículo 1293.1 PMCC, cuando: "1.º. Ha sido provocado por la información incorrecta transmitida, susceptible de provocar confianza, aunque la otra parte que la transmite no tenga intención de engañar. 2.º. La otra parte contratante hubiera conocido o debido conocer el error y fuese contrario a la buena fe mantener en él a quien lo ha padecido. 3.º. La otra parte contratante hubiera incumplido los deberes de información impuestos por la ley o por la buena fe". Finalmente, el requisito de la excusabilidad del error se contempla en el citado artículo 1293 PMCC, apartado tercero, al disponer que "Los contratos no serán anulables por error cuando este sea inexcusable o cuando la parte que lo padeció hubiera debido soportar el riesgo de dicho error, de acuerdo con el contrato o con la ley".

32. Sobre esta cuestión se pronuncia la STS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 2023 (Roj 5452/2023), que recoge numerosas resoluciones acerca del incumplimiento de los deberes de información impuestos por la legislación del mercado de valores, y declara que el déficit informativo "no determina por sí mismo la existencia del error en el consentimiento, pero sí permite presumirlo"; y esa presunción de la existencia del error vicio quedaría desvirtuada si pudiera concluirse que la demandante ya conocía, o debía conocer empleando la diligencia exigible, el contenido de la información preterida antes de contratar los productos litigiosos".

33. En la misma línea, los PECL admiten la compatibilidad entre ambos remedios (anulación e indemnización); como señala MORALES MORENO, A. M., "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? [...],", *op. cit*., pp. 410-411, caben otras opciones: "la utilización exclusiva del remedio de la anulación, sin indemnización (aun siendo esta procedente), por renunciar a ella el legitimado; y, por fin, la utilización exclusiva de la indemnización, aun siendo (o habiendo sido) procedente de la anulación, porque se permite al legitimado utilizar la indemnización y no la anulación".

de error imputable a la otra parte contratante se admite "tanto si el error es esencial y permite la anulación del contrato como si no tiene carácter esencial" (artículo 1303 PMCC).

A mayor abundamiento, el artículo 1309 PMCC admite la compatibilidad entre los citados remedios precontractuales (anulación e indemnización) y los remedios fundados en el incumplimiento del contrato, en la línea seguida por los principales textos normativos del moderno Derecho de contratos[34], y reconoce que la parte legitimada "puede elegir entre unos u otros". Sobre esta cuestión, conviene recordar que, hasta ahora, la doctrina del Tribunal Supremo acerca de las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información, especialmente en relación con la comercialización de productos financieros, ha seguido un criterio diferente, pues si bien admite que la infracción de estos deberes puede dar lugar a la anulabilidad del contrato por error o, en su caso, a una acción de indemnización, se ha descartado la posibilidad de ejercitar los remedios derivados del incumplimiento contractual, específicamente la acción de resolución del contrato[35].

Respecto al tratamiento de la información precontractual en los contratos con consumidores, cabe recordar que el TRLGDCU regula el contenido y alcance de los deberes de información que recaen sobre el empresario, pero no establece una regla general sobre las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento; el único remedio específico para los supuestos de omisión de información precontractual se recoge en el artículo 65 TRLGDCU al disponer que "[L]os 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"[36]. En

---

34. Así, en los PECL (art. 4:119) y en el DCFR (II-7:216), se sigue el criterio favorable a la compatibilidad entre los remedios derivados de la anulación del contrato por vicios del consentimiento y los del incumplimiento contractual; también se contemplaba esta regla en los CESL; por el contrario, la regla de los Principios Unidroit, para el caso de error, excluye el remedio de la anulación si los hechos permiten utilizar los remedios del incumplimiento (art. 3.7).

35. En este sentido, *vid.* SSTS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 2023 (Roj 5452/2023), 6 de mayo de 2019 (Roj 1442/2019), y 13 de septiembre de 2017 (Roj 3247/2017), entre otras.

36. CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 65 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*", (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, p. 580, señala que "la integración contractual que consagra tiene un doble ámbito: uno general [...], que supone la traslación del art. 1258 CC al genuino ámbito de los contratos de consumo [...] y otro especial, con el inciso [...] también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante". El autor destaca que este inciso final del precepto "vuelve su mirada a los arts. 60 y 61 TR", [...]. De esta forma, la tutela del consumidor se refuerza, pues no solo tiene derecho a exigir como parte del programa contractual los contenidos publicitarios (art. 61), sino también aquellos contenidos informativos que debían haberse suministrado antes de celebrar el contrato y que ni siquiera se incluyeron en la oferta ni en la publicidad, de manera que el contrato se entenderá modificado *ope legis* para adecuarlo a los contenidos que cierta doctrina y jurisprudencia llaman contenido natural del contrato, no excluible, en perjuicio del consumidor, por medio del silencio precontractual y contractual promovido por el empresario». Respecto a la integración contractual prevista en esta norma, BASOZABAL ARRUE, X., "En torno a las obligaciones

consecuencia, ante la inexistencia de una regla general que, en el ámbito del derecho de consumo, contemple las consecuencias por la infracción del deber precontractual de información, estos supuestos se regirán por el derecho común aplicable a los contratos, tal y como establece el 59.2 TRLGDCU[37]. De modo que, de llegar a buen puerto la Propuesta de 2023, procedería aplicar la regla general prevista en el artículo 1243 PMCC, según la cual el contratante perjudicado porque la otra parte no ha facilitado la información exigible o le ha transmitido una información incorrecta tiene a su disposición los remedios precontractuales del derecho común, o sea, la anulación del contrato —por error y, en su caso, por dolo, cuando concurran las condiciones para ello— y el de la indemnización de daños.

precontractuales de información", *op. cit.,* p. 711, considera que "[S]e trata, sin duda, de una apuesta arriesgada, que exige una elaboración muy meditada de las sentencias en las que vaya a hacerse uso de esta potestad. La aplicación del artículo 65 TRLGDCU requerirá la elaboración jurisprudencial de tipos, en los que los tribunales deberán proponer pautas de integración contractual sacadas del mercado, pautas que, por el dinamismo de este, deberán ser convenientemente revisadas. [...]. En todo caso, cuando se ponga de relieve que no se hubiese contratado de haber conocido la información, parece lógico que quede abierta la posibilidad de perseguir el interés en no haber contratado".

37. Según establece esta norma del TRLGDCU, "[L]os contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos".

3. LA VINCULACIÓN POR LA CONFIANZA

La Propuesta revisada prevé, entre las disposiciones generales del contrato, una regla sobre la vinculación contractual por la confianza que deriva de las exigencias del principio de buena fe. En este sentido, como regla principal, el artículo 1225.1 PMCC reconoce el valor vinculante de las manifestaciones efectuadas por una parte contratante en el período anterior a la celebración de un contrato "si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra parte una justificada confianza acerca de ellas" (art. 1225.1 PMCC)[38]. La vinculación generada por las declaraciones previas de un contratante se fundamenta en la protección del destinatario que ha confiado razonablemente en esas manifestaciones, de modo que la confianza —valorada conforme al principio de buena fe— se perfila como fuente de la reglamentación contractual[39].

Asimismo, conforme a lo dispuesto en el segundo apartado del citado artículo 1225 PMCC, la regla sobre la vinculación por la confianza "se aplicará también a las declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad u otras manifestaciones"[40]. La norma admite la eficacia vinculante de la publicidad, incorporando una reiterada jurisprudencia sobre la integración del contrato con el contenido de la información publicitaria, cuyo fundamento en el Código vigente reside precisamente en la protección de la confianza conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 1258 CC)[41].

Además de su aplicación más general por la jurisprudencia[42], la regla de incorporación de la publicidad al contrato se acoge expresamente en el ámbito del derecho de consumo,

---

38. Una regla similar se recoge en los PECL [artículo 6:101] y el DCFR [art. 9:102 (1)].

39. DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2015, pp. 311 y ss.

40. Cabe señalar que la Propuesta de 2009 admitía también el valor vinculante de las declaraciones publicitarias, si bien con algunos matices y excepciones que no recoge la PMCC. El artículo 1276 de dicho texto establecía lo siguiente: "Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta". Además, el precepto contemplaba también la vinculación, en ciertos casos, por las afirmaciones o declaraciones de un tercero, "siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, este no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos".

41. Sobre el desarrollo jurisprudencial de la regla de incorporación de la publicidad al contenido del contrato, *vid.* MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", *ADC*, fasc. III, 2020, pp. 983-1065.

42. Las primeras sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) que acogen la incorporación de la publicidad al contrato son de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977; al respecto, *vid.* MORALES MORENO, A. M., *Ibidem*, pp. 1030-1032. Esta doctrina se reitera en las SSTS de 23 de mayo de 2003 (Roj 3485/2003), y 12 de julio de 2011 (Roj 4850/2011). Asimismo, en las sentencias sobre el denominado "Caso *Dieselgate*", de 11 de marzo de 2020 (Roj 735/2020), y de 23 de julio de 2021 (Roj 3068/2021); sobre esta última sentencia, *vid.* RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Análisis del *Dieselgate*

concretamente en el artículo 61 TRLGDCU, y en relación con las compraventas de consumo en el artículo 115 *ter* del mismo texto legal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 61.2 TRLGDCU, "[E]l contenido de la oferta, promoción o publicidad [...] serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido [...]"[43]; se ordena, por tanto, la integración del contrato con los contenidos de la publicidad puesto que habrán generado una justificada confianza en el consumidor. En caso de que el contrato incluya cláusulas más beneficiosas para el consumidor, el artículo 61.3 TRLGDCU dispone que "estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad", pero no indica si lo acordado por las partes prevalece también cuando se trata de cláusulas menos favorables que las ofrecidas en la publicidad[44]. Por otra parte, el artículo 115 *ter*.1, d) TRLGDCU recoge entre los requisitos objetivos para la conformidad de los bienes, los contenidos o servicios digitales, que estos presenten las cualidades y otras características "que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar [...] teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas [...], incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado". Por consiguiente, la norma impone la vinculación contractual tanto por las declaraciones públicas realizadas por el empresario antes de la celebración del contrato como por las que provengan de otras personas —por ejemplo, el representante del

desde el Derecho civil (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio", *ADC*, fasc. II (abril-junio), pp. 635-724).

43. En cuanto a los presupuestos de la integración de la publicidad, CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 61 TRLGDCU", en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*", (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, p. 522, señala la "existencia de laguna contractual", ya que "el primer y único presupuesto expresamente establecido en ese precepto es que tales contenidos serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado [...]".

44. Esta cuestión ha dado lugar a interpretaciones dispares en el seno de la doctrina; para algunos autores, no sería admisible que el contrato incluya cláusulas que contradicen, en perjuicio del consumidor, lo ofertado en la publicidad, mientras que otros defienden la eficacia de ese tipo de cláusulas menos favorables que lo anunciado al entender que lo acordado por las partes debe prevalecer sobre la publicidad. Respecto a este debate doctrinal, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 61 TRLGDCU", *op. cit*., pp. 522-527; DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato*, *op. cit.,* pp. 238-242.

empresario o el productor— ya que provocan confianza en el consumidor o usuario[45], salvo si concurre alguno de los supuestos que establece el mismo precepto[46].

Por su parte, la regla incorporada a la PMCC prevé la integración del contrato mediante las declaraciones publicitarias u otras manifestaciones públicas que hubiera realizado un contratante frente a la otra parte. En definitiva, la Propuesta revisada generaliza una regla que deriva de un principio general del derecho contractual y que, por tanto, no es exclusiva a las relaciones de consumo[47].

No obstante, en el marco de las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios, el artículo 1225.3 PMCC prevé la remisión a la legislación especial de consumo[48]. Esta norma de remisión es coherente con la existencia de normas de carácter especial en los contratos celebrados con consumidores y por tanto son de aplicación prioritaria en esta materia, si bien todo lo que no esté expresamente establecido en la legislación especial se regirá por el derecho común de los contratos (*ex* artículo 59 TRLGDCU). Así las cosas, en el ámbito de las relaciones contractuales de consumo, se aplicarán las

---

45. En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 116 TRLGDCU", en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (director R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra, Thomson Aranzadi, 2009, p. 1701destaca que "[S]on varias las razones que llevan al legislador a hacer responsable al vendedor de las declaraciones públicas emitidas por el fabricante del bien. La más importante es la que tiene que ver con la protección de la confianza del comprador. La responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas de la fase precontractual se asienta sobre la presunción legal de que aquél contrató movido o inducido por dicha información. Por eso, hay que considerar incorporada la publicidad al contrato". Sobre esta regla, MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla...", *op. cit*., p. 996, considera que "[E]sta vinculación, que refuerza la protección del consumidor, se justifica además por la integración económica entre estos sujetos. La información que proporcionan las declaraciones de estos terceros es tomada en cuenta por el comprador al contratar y el vendedor se aprovecha en la venta de sus productos [...]".

46. Según dispone el citado artículo 115 ter.1, d) TRLGDCU, "[E]l empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos: 1.º. Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión; 2.º. Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida el mismo o similar modo en el que había sido realizada; 3.º. Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital".

47. En este sentido, MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla...", *op. cit*., p. 1004, subraya que "[S]u fundamento, la protección de la confianza conforme a las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC, art. 57 CCO), la hace aplicable a todas las relaciones obligatorias, incluidas las relaciones entre empresarios".

48. Cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 TRLGDCU, son consumidores o usuarios "las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión". También se consideran consumidores "las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial". Y según dispone el art. 4 del mismo texto legal, "se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión".

normas especiales (artículos 61 y 115 *ter* TRLGDCU), que en esta materia presentan ciertas particularidades —como el hecho de que el empresario quede vinculado por las declaraciones públicas propias o de tercero— con respecto a la norma general prevista en la PMCC. Precisamente por las diferencias apuntadas, este tema puede plantear problemas de coordinación en la práctica si no se delimitan bien los respectivos ámbitos de aplicación.

4. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO Y LA DENUNCIA EN LOS CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO

Entre las disposiciones que regulan los efectos del contrato, previstas en la Sección segunda del Capítulo I del Título II, la Propuesta revisada introduce como novedad respecto a la Propuesta de 2009 la posibilidad de desvincularse de un contrato ya perfeccionado a través del derecho de desistimiento y la denuncia en los contratos por tiempo indefinido (artículos 1232 y 1233 PMCC). Esto significa que se recogen excepciones a la regla que consagra la fuerza vinculante del contrato (*ex* artículo 1230 PMCC).

Cabe recordar que nuestro Código Civil ya prevé, en determinados supuestos, la posibilidad de extinguir la relación obligatoria por la sola voluntad de uno de los contratantes[49], pero se trata de una facultad reservada para ciertos tipos de contratos "en atención a su duración indefinida, a su fundamento en la confianza, o su carácter *intuitu personae*"[50]. En la PMCC, el planteamiento es distinto, pues la regulación no se refiere a supuestos contractuales específicos, sino que se trata de reconocer con carácter global y desde la parte general de la regulación contractual, dos figuras que permiten que una de las partes o ambas puedan desligarse del contrato celebrado.

4.1. El derecho de desistimiento

En el moderno derecho de contratos se reconoce expresamente la posible existencia de una facultad que permite a una de las partes desistir del contrato celebrado, dentro de un plazo determinado y sin necesidad de alegar un motivo que justifique su decisión,

49. Así, por ejemplo, se recoge esta facultad unilateral en el artículo 1594 CC, relativo al contrato de obra, que permite al dueño de la obra desistir por su sola voluntad; el artículo 1732.1 y 2 CC, que regula el contrato de mandato, prevé que se pueda extinguir el contrato por la revocación del mandante o la renuncia del mandatario; y en el contrato de sociedad, el artículo 1700.4 y 5 CC admite la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios.

En estos preceptos se emplean términos como desistimiento, denuncia, renuncia y revocación, entre otros; esta variedad de términos para referirse a la extinción de la relación obligatoria por la voluntad de una de las partes genera confusión, como señala RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral*, Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 53 y ss; la autora analiza en profundidad los distintos supuestos previstos legalmente y pone de relieve las diferencias entre ellos.

50. En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El desistimiento unilateral del contrato", *Estudios de derecho de contratos*, (director A. M. Morales Moreno), Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2022, p. 291.

esto es, un desistimiento *ad nutum*[51]. Una vez más, desde la perspectiva interna de nuestro ordenamiento, cabe destacar la relevancia de esta figura en el marco de las relaciones contractuales de consumo, principalmente por la influencia de las directivas europeas sobre esta materia[52].

En este último marco, el derecho de desistimiento que asiste a los consumidores y usuarios se configura como un mecanismo para la protección efectiva de sus intereses debido a la situación de desequilibrio o asimetría en que se encuentra el consumidor frente a la contraparte del contrato[53]. El TRLGDCU contiene un régimen general sobre el desistimiento (artículos 68 a 79), y una regulación específica para los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (artículos 102 a 108); si bien estas reglas especiales reconocen al consumidor la facultad de desvincularse del contrato, en un plazo determinado y sin alegar causa alguna, el

51. Es el caso del Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR), que prevé el desistimiento en el capítulo V del Libro II, para los contratos celebrados conforme a las normas contenidas en los Libros II a IV; su antecedente se halla en los Principios del Derecho Contractual Europeo (ACQP) formulados por el *Acquis Group*, como señala DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret,* 2/2009, p. 5; respecto al Marco Común de Referencia, la autora pone de relieve (p. 8), que "[E]n líneas generales, el CFR recoge los elementos y caracteres propios del derecho de desistimiento formulados en el derecho comunitario". Asimismo, entre los textos internacionales los Principios *Unidroit* contemplan también el desistimiento, pero únicamente en los contratos por tiempo indefinido, notificándolo con razonable antelación.

52. En este sector normativo, la regulación del derecho de desistimiento procede del derecho de la Unión Europea que, a través de distintas directivas, facilitan que el consumidor pueda ejercitar la facultad de desvincularse del contrato, sin alegar la causa de su decisión. Al respecto, *vid.* DIÉGUEZ OLIVA, R., *Ibidem*, pp. 3-4; IZQUIERDO GRAU, G, "La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular", *InDret*, n.º 2, 2023, p. 259, destaca la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores, ya que supuso "un punto de inflexión en el derecho contractual europeo y, en particular, en el derecho de consumo", y subraya que el derecho de desistimiento que asiste a los consumidores es uno de los pilares de la citada Directiva. Posteriormente, la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, y, sobre todo, la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, han introducido cambios relevantes en el régimen jurídico del derecho de desistimiento, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil; *vid.* FERRER GUARDIOLA, J. A., "La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16, febrero, 2022, pp. 1210-1235.

53. Respecto al fundamento del derecho de desistimiento en la normativa de consumo, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario al artículo 68 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, p. 618, señala que "Si hay un denominador común en todos los casos es la necesidad de hacer frente a la situación de debilidad en que puede encontrarse el consumidor. Teniendo en cuenta la situación de desequilibrio que puede afectar a una y otra parte contratante, el legislador pretende conseguir un mayor equilibrio permitiendo al consumidor desligarse del vínculo contractual en determinados casos".

ejercicio de este derecho solo procede en los supuestos previstos por la ley o cuando así lo acuerden las partes en el contrato, tal y como dispone el artículo 68.2 TRLGDCU.

Ya en el ámbito de la PMCC, ha de destacarse, en primer lugar, que el derecho de desistimiento se aborda con un enfoque totalmente distinto al seguido anteriormente por la Propuesta de 2009, pues en aquella versión la facultad de desistir se vinculaba exclusivamente a la regulación de determinados contratos de consumo, en coherencia con el modelo de integración parcial —como ya se expuso— de las reglas de ese sector normativo.[54] Pues bien, el artículo 1232.1 PMCC reconoce la posibilidad de desvincularse de un contrato mediante un acto libre y voluntario, "si la ley o el contrato atribuyen a una de las partes, durante un periodo de tiempo determinado, el derecho a desistir del contrato celebrado", es decir, se contempla únicamente el desistimiento de origen legal o convencional, por lo que no sería posible su aplicación con carácter general ni en todo tipo de contratos ni situaciones[55].

Cuando la facultad de desistimiento se establezca por acuerdo de las partes o por una expresa disposición legal, la norma añade que "el ejercicio de este derecho tendrá lugar mediante comunicación dirigida al otro contratante"; así pues, se requiere una declaración de voluntad recepticia para que se produzca la extinción de la relación contractual[56].

---

54. La Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009 se refería al derecho de desistimiento en varios preceptos: el artículo 1265, referido a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el artículo 1267.11, respecto a los contratos a distancia; el artículo 1268.1, sobre contratación electrónica; y, finalmente, el artículo 1121, en los contratos de duración indefinida. Sobre la regulación en la citada Propuesta, *vid.* GÁLVEZ CRIADO, A., "El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 509-543.

55. A propósito de los casos en que la facultad unilateral para poner fin a la relación obligatoria tiene su origen en una disposición legal o en el negocio jurídico constitutivo de la obligación, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, p. 853, destaca que "[L]a cuestión, sin embargo, no radica tanto en su aplicación a los casos especialmente previstos por la ley o por el negocio, cuanto en la posibilidad o imposibilidad de su generalización y aplicación a otros supuestos. Dicho más claramente, se trata de decidir si las hipótesis legales de desistimiento voluntario de una relación obligatoria son excepciones a la regla general y por consiguiente deben estar sometidas a una interpretación restrictiva o si, por el contrario, constituyen indicios o datos suficientes para detectar la existencia de una ratio unitario y de un principio general".

56. Como señala RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral*..., *op. cit*., pp. 228-229, el desistimiento se considera "un acto de ejercicio de un derecho potestativo, entendiendo por este el poder en virtud del cual el titular del mismo puede hacer influir en su situación jurídica preexistente, cambiándola o creando una nueva, y todo ello mediante una actividad propia y unilateral". Asimismo, sobre los derechos potestativos, CAÑIZARES LASO, A., "Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos", *InDret*, n.º 4, 2017, pp. 17-18, destaca que estos derechos "facultan a una de las partes para constituir, modificar o extinguir una relación contractual mediante un acto unilateral"; en consecuencia, como afirma la autora, "el derecho potestativo confiere al titular un poder jurídico que se traduce en la posibilidad de producir efectos jurídicos solo según su voluntad".

Además, el mismo precepto deja claro que no es necesario alegar una causa que justifique esa decisión, confirmando así que el derecho de desistimiento es una facultad de libre ejercicio.

En relación con los aspectos mencionados, cabe señalar que la regla contenida en la PMCC y la regulación del desistimiento en la legislación especial de consumidores son similares, ya que ambas reconocen únicamente el derecho de desistimiento en los casos previstos por la ley o por la voluntad de las partes contratantes, y el ejercicio de esa facultad unilateral no precisa de justa causa (desistimiento *ad nutum*)[57].

Sin embargo, cabe destacar otros aspectos relativos al desistimiento en los que sí se aprecian discordancias. Así, por ejemplo, en relación con el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, el citado artículo 1232 PMCC no fija un plazo determinado, a diferencia de la normativa de consumo que establece un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento (*ex* artículo 71 TRLGDCU)[58]. En todo caso, la regla de la Propuesta sí deja claro que dicha facultad no tiene carácter indefinido, sino que ha de ejercitarse "durante un periodo de tiempo determinado", que será el plazo previsto en la disposición legal o la cláusula del contrato que atribuya a una de las partes el derecho a desistir.

Por otra parte, en lo relativo a los gastos vinculados al desistimiento, el artículo 1232.2 PMCC establece que el ejercicio de este derecho "no obligará a pagar a la otra parte indemnización o gasto alguno", aunque seguidamente se hace la salvedad de que "la ley o el contrato dispongan otra cosa", de modo que cabe la posibilidad de que el desistimiento conlleve alguna penalización o gasto para la parte contratante que hace valer dicha facultad. Un criterio radicalmente distinto se adopta en relación con los contratos de consumo, ya que el ejercicio del derecho a desistir "no implicará gasto alguno para el consumidor" (artículo 73 TRLGDCU). Además, el citado texto legal sanciona con la nulidad de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento (artículo 68.1, párrafo

57. En efecto, tal y como dispone el artículo 68.1 TRLGDCU, el derecho de desistimiento es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido, sin necesidad de justificar su decisión. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el segundo apartado del precepto, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos legalmente previstos, y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato.

58. Como regla general, el citado artículo 71 TRLDGCU establece ese plazo mínimo de catorce días para ejercitar la facultad de desistimiento, y fija reglas para su cómputo que varían en función de que el empresario haya o no cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento. Y tratándose de contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el artículo 102 TRLGDCU dispone que el consumidor podrá desistir del contrato durante un periodo de catorce días naturales; dicho plazo se amplía a treinta días en caso de "contratos celebrados en el contexto de visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o de excursiones organizadas por el empresario con el objetivo o efecto de promocionar o vender bienes o servicios".

segundo, TRLGDCU)[59]. Estas reglas de carácter imperativo tienen como finalidad garantizar que el consumidor pueda ejercitar libremente el derecho a desistir del contrato, sin ningún tipo de restricción impuesta por el empresario; se trata de normas cuya *ratio* es la protección del consumidor, por lo que no estaría justificada su generalización para todos los contratos.

En consecuencia, parece razonable que la regla de la PMCC admita en este punto matices o excepciones, de modo que el ejercicio del derecho de desistimiento podría suponer algún gasto o penalización para el contratante, bien porque así se haya pactado en el contrato o porque lo establezca la ley. Con todo, esta diferencia en el tratamiento de los gastos vinculados al desistimiento puede plantear en la práctica problemas de coordinación entre ambas normas, por lo que es fundamental una delimitación clara de los respectivos ámbitos de aplicación.

Por último, respecto a los efectos del desistimiento cabe señalar que el artículo 1232 PMCC no menciona esta cuestión, mientras que el artículo 74 del citado TRLGDCU prevé expresamente la eficacia retroactiva del desistimiento al disponer que "las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1303 y 1308 del Código Civil". Pues bien, pese a que la Propuesta no regula las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento, la regla general es que ha de producir efectos restitutorios, tal y como establecen los artículos 1185 y 1302 PMCC[60].

4.2. La denuncia en los contratos por tiempo indefinido

La facultad que permite a cualquiera de las partes poner fin al contrato celebrado por tiempo indeterminado no es una novedad en nuestro sistema. Cabe recordar que el ejercicio de dicha facultad ya se contempla en la regulación del contrato de sociedad, pues se permite la disolución de esta por la voluntad o renuncia de uno de los socios, "cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la naturaleza del negocio" (artículo 1705 CC). Un caso similar es el de la sociedad profesional constituida por tiempo indefinido, que reconoce a los socios la posibilidad de desligarse en cualquier

59. Como observa DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "Comentario al art. 68 TRLGDCU", *op. cit.*, p. 626," [D]e la misma manera que se contempla en el art. 83 TRLGDCU para las cláusulas abusivas, estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, y en concreto, ante un supuesto de nulidad parcial, de manera que la cláusula se tendrá por no puesta [...]".

60. En caso de resolución del contrato por incumplimiento, el artículo 1185 PMCC prevé expresamente el efecto restitutorio: "1. Resuelto el contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas [...]". En caso de nulidad o anulabilidad del contrato, la regla prevista en el artículo 1302 PMCC establece también la restitución de las prestaciones, con sujeción a lo dispuesto en el citado artículo 1185.

momento[61], o el contrato de agencia de duración indefinida[62]. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia destacan que el fundamento de dicha facultad se halla en la imposibilidad de mantener vinculadas a las partes en relaciones obligatorias indefinidas[63].

Asimismo, la figura comentada se recoge en los principales textos del moderno Derecho de contratos[64]; y desde la perspectiva del derecho español, la normativa de consumo reconoce la facultad que permite extinguir la relación contractual en el marco de relaciones duraderas con prestaciones que son también duraderas o continuadas[65]. En este sentido, el artículo 62.3 TRLGDCU dispone que "en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato", y añade que "el consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas"; además,

---

61. La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, establece en el artículo 13, apartado primero, que "Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad".

62. La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, dispone en su artículo 25 que el contrato de agencia cuya duración es indefinida "se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito".

63. En este sentido, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil..., op. cit.*, pp. 523-524; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El desistimiento unilateral ...", *op. cit.*, p. 297.

En la misma línea se expresa la jurisprudencia; cabe mencionar, entre otras muchas, la STS (Sala Primera) de 9 de junio de 2020 (Roj 1589/2020), que cita otras resoluciones anteriores de la misma Sala sobre la denuncia o desistimiento unilateral en este tipo de relaciones duraderas, subraya que esta facultad "se apoya en la idea de que la perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía. De ahí la imposibilidad de mantener vinculadas a las partes en relaciones indefinidas que les impongan el deber de realizar prestaciones tal y como, por lo demás, se establece por el legislador para determinadas relaciones obligatorias".

64. En el Derecho contractual europeo, el artículo 6:109 PECL se refiere a la facultad de desvincularse de un contrato cuya duración es indeterminada: "Cualquiera de las partes puede poner fin a un contrato de duración indefinida mediante un preaviso razonable"; en cambio, no se regula en el DCFR ni en los Principios *Acquis*. En el ámbito internacional, los Principios *Unidroit* sí admiten que "cualquiera de las partes pueda resolver un contrato por tiempo indefinido, notificándolo con razonable antelación" (art. 5.1.8). Sobre las reglas previstas en los textos citados, *vid.* GÁLVEZ CRIADO, A., "El derecho de desistimiento...", *op. cit.*, pp. 515-517.

65. Como señala CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 62 TRLGDCU", en Comentarios a las normas de protección de los consumidores", (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, pp. 547-548, "el legislador quiso contemplar un supuesto de hecho extenso en el que subyace la idea de haber pactado prestaciones duraderas o reiteradas en el tiempo; es, por tanto, la idea del tracto sucesivo la que debe primera de cara a entender comprendido o no un supuesto en esta norma [...]".

la norma citada impone que estos contratos deberán establecer expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer este derecho.

Ya en el marco de la Propuesta revisada, como antes se indicó, la facultad de denuncia en los contratos por tiempo indefinido se prevé en su artículo 1233, que establece lo siguiente: "[S]alvo que del contrato o la ley resulte otra cosa, los contratos pactados por tiempo indeterminado o indefinido se extinguen por la denuncia de cualquiera de las partes, hecha de buena fe y comunicada con anticipación razonable". Hay que poner de relieve que otra norma de la Propuesta, concretamente el artículo 1108 relativo a la extinción de las obligaciones duraderas, admite en su apartado segundo que "cualquiera de las partes podrá ejercitar la facultad de denuncia, siempre que lo haga de conformidad con la buena fe y lo comunique a la otra con antelación razonable"[66].

Volviendo a la regla que se ocupa expresamente de la denuncia en los contratos cuya duración es indefinida, hay que destacar que el artículo 1233 PMCC no aclara que cabe el ejercicio de esta facultad sin alegar una causa que lo justifique, precisión que sí se recoge en la norma referida al derecho de desistimiento. Pese a la omisión, parece lógico deducir que procede la extinción del contrato por la denuncia, sin necesidad de justa causa. Ahora bien, la norma exige que la facultad de denuncia se ejercite "de buena fe y comunicada con anticipación razonable"[67]. Se impone, pues, el principio de la buena fe contractual como parámetro de la conducta que ha de observar el contratante que quiere desvincularse de una relación contractual indefinida, y ello implica también la obligación de preaviso con margen suficiente anterior a la denuncia[68].

---

66. En esa misma línea, la Propuesta de 2009 en su artículo 1121.2 establecía que "si las relaciones obligatorias fueren de duración indefinida, y del título o de la ley no resultare otra cosa, se extinguirán por su denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe".

67. En este sentido, cabe mencionar el artículo 1705 CC, que admite la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios, exige que esa declaración de voluntad se realice "de buena fe en tiempo oportuno". También el artículo 13 de la Ley de sociedades profesionales exige que el ejercicio del derecho de separación se realice "de conformidad con las exigencias de la buena fe".

68. Respecto a la facultad que permite a las partes liberarse del vínculo contractual en todas aquellas relaciones obligatorias que suponen una vinculación indefinida, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, *op. cit*., p. 524, se refiere a algunas normas del Código Civil que sí admiten esta posibilidad y destaca que "el ejercicio de esta facultad aparece, sin embargo, condicionado por las exigencias de la buena fe y los usos de los negocios. Tales exigencias impiden por un lado una denuncia del contrato que se produzca antes de que transcurra el tiempo mínimo necesario para que la relación produzca los efectos que le son propios. Por otra parte, pueden imponer un preaviso, con un margen razonable anterior a la denuncia o al receso".

Asimismo, la jurisprudencia subraya la necesidad del preaviso para extinguir el contrato celebrado por tiempo indefinido, ya que el ejercicio de esta facultad de forma sorpresiva o inopinada "puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho o constitutiva de conducta desleal incursa en la mala fe en el ejercicio de los derechos", como señala la STS (Sala Primera) de 15 de marzo de 2011 (Roj 1236/2011), que reitera la doctrina anterior recogida, entre otras, en la STS de 16 de diciembre de 2005.

Por otra parte, cabe señalar que si bien el tenor literal del artículo 1233 PMCC comienza con una excepción "salvo que del contrato o la ley resulte otra cosa no es razonable pensar que sería posible excluir la facultad de denuncia, pues si bien un contrato puede tener una duración indeterminada o indefinida no se puede imponer la perpetuidad de la relación obligatoria[69]. La excepción aludida solo puede interpretarse en el sentido de que cabe condicionar el ejercicio de la denuncia a otros requisitos impuestos por la ley o por acuerdo de las partes; pero a falta de previsión en este punto, la validez de la denuncia estará condicionada a la buena fe y a un preaviso razonable.

Respecto a la forma de ejercitar la denuncia, la norma comentada requiere que se realice "mediante una declaración unilateral dirigida a la otra parte y solo produce efectos una vez recibida"; basta, pues, una declaración de voluntad de carácter recepticio. Finalmente, cabe señalar que el artículo 1233 PMCC no prevé las consecuencias derivadas del ejercicio de la denuncia, pero en estos casos de relaciones obligatorias duraderas, los efectos no deben ser retroactivos y por tanto las prestaciones ya ejecutadas quedan consolidadas[70].

Llegados a este punto, si comparamos la regulación de la PMCC y la prevista en la legislación especial de consumidores, se aprecian algunas discordancias en el tratamiento de la facultad que permite desvincularse de los contratos cuya duración es indeterminada. Así, el artículo 62.3 TRLGDCU, en relación con los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, dispone que el consumidor podrá ejercitar el derecho a poner fin al contrato —de duración indefinida o excesiva— "sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas",— y concreta algunas sanciones que se consideran onerosas o desproporcionadas[71]. Es evidente que estas

69. Como señala DÍEZ-PICAZO, L., *Ibidem*, pp. 523, "la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria. Constituyendo esta, desde el punto de vista del deudor, una limitación de la libertad, tal limitación, si fuera perpetua, debería ser considerada como contraria al orden público [...].

70. *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, *op. cit*., p. 854; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El desistimiento unilateral ...", *op. cit*., p. 307.

71. El segundo párrafo del citado artículo 62.3 TRLGDCU especifica algunas cargas o sanciones que no pueden imponerse al consumidor como consecuencia del ejercicio de su derecho a poner fin al contrato: "la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados". Como observa CÁMARA LAPUENTE, S., "Comentario al artículo 62 TRLGDCU", *op. cit*., pp. 555-556, "[L]a parte final del art. 62.3 contiene, a efectos prácticos, la regla más trascendental del precepto, al modular en beneficio del consumidor, las reglas generales sobre las consecuencias de la extinción del contrato por voluntad unilateral de una de las partes. [...] por un lado, se establece el derecho del consumidor a poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, y, por otro lado, acto seguido, se establece una relación o concreción [...] del tipo de sanciones —fijadas contractualmente o pretendidas por el empresario sin previsión contractual, pues así se infiere de la ausencia de matices en el articulado— que se consideran onerosas o desproporcionadas, consagrando, por esta vía unos

reglas pretenden garantizar que el ejercicio de la denuncia no pueda implicar perjuicios para el consumidor. En cambio, la Propuesta no incorpora este tipo de reglas que, como antes se expuso, van dirigidas a la protección del contratante más débil, por lo que es razonable que no se trasladen al régimen general de los contratos. El citado artículo 1233 PMCC se limita a reconocer a las partes la facultad de poner fin a un contrato pactado por tiempo indeterminado o indefinido, pero no impide expresamente la posibilidad de que su ejercicio conlleve alguna penalización, de forma que podrían admitirse ciertas condiciones o limitaciones si estas se establecen por la ley o el contrato. Por tanto, estas cláusulas que penalizan la denuncia anticipada tienen que ser, como regla, válidas, con los límites generales de la autonomía de la voluntad que establece el artículo 1219.2 PMCC, esto es, las normas imperativas y los principios básicos del ordenamiento.

A la vista de lo expuesto, para evitar los problemas derivados de la falta de coordinación entre la Propuesta y la regulación de consumo se requiere una delimitación clara de sus respectivos ámbitos de aplicación. En este punto cabe recordar que la normativa de consumo permite la denuncia, en el marco de relaciones duraderas con prestaciones continuadas, tanto en los contratos de duración indeterminada como también en los contratos de duración excesiva; en cambio, la PMCC admite la denuncia únicamente para los contratos de duración indefinida.

valiosos cánones ya usados antes en algunas resoluciones judiciales y que, por aplicación del art. 62 TRLGDCU, deberán ser tomados en consideración en lo sucesivo".

5. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL INCUMPLIMIENTO Y LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS EN LA PMCC

5.1. El concepto unitario y neutral de incumplimiento

En esta materia, la PMCC adopta, al igual que la Propuesta anterior[72], "un concepto unitario y neutral del incumplimiento de la obligación", como señala la Exposición de motivos. Esa noción unitaria del incumplimiento permite que algunas figuras tradicionales como la imposibilidad inicial, la mora o el cumplimiento defectuoso, se integren en la categoría más general del incumplimiento. Así, el nuevo enfoque del incumplimiento contractual se refleja en el concepto que ofrece el artículo 1171.1 PMCC: "[H]ay incumplimiento cuando el deudor no ejecuta exactamente la prestación debida o cualquier otra exigencia de la relación obligatoria y, como consecuencia, el acreedor no satisface su interés conforme a esta"; además, la norma añade en su apartado segundo que "existe incumplimiento, aunque este no sea imputable al deudor". Esta definición del incumplimiento, que sigue las pautas del moderno derecho de contratos, se caracteriza por su amplitud, ya que permite acoger una pluralidad de situaciones que provocan la insatisfacción del interés del acreedor, y por su neutralidad, a diferencia del sistema actual que gira en torno a la idea de culpa.[73] Desde esta perspectiva amplia y unitaria del concepto de incumplimiento, la doctrina sostiene que se aproxima a una noción clave en los textos del moderno derecho de contratos: la falta de conformidad[74].

Es bien sabido que la noción de falta de conformidad no es nueva en nuestro sistema, se incorpora a partir de la ya citada Convención de Viena sobre la compraventa

---

72. El artículo 1188 de la Propuesta de Modernización de 2009 señalaba que "Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten". Sobre la noción de incumplimiento contractual acogida en el citado precepto, *vid*. MORALES MORENO, A. M., "La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil", *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (coordinadores I. González Pacanowska y C. L. García Pérez), Navarra, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 23-46.

73. En relación con la Propuesta de 2009, MORALES MORENO, A. M., *Ibidem*, pp. 30-33, señala que en el concepto de incumplimiento se aprecian, entre otros rasgos, su carácter neutro (no exigencia de culpabilidad), como sucede en los PECL y el DCFR. Asimismo, el autor destaca que la definición del incumplimiento permite, por su amplitud, que las distintas manifestaciones del incumplimiento queden integradas "en el nuevo concepto unitario de incumplimiento y están comprendidas en el supuesto del art. 1.188.I Propuesta".

74. En este sentido, también en referencia a la Propuesta de 2009, VAQUER ALOY, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona, 2011, p. 374, señala que "es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa"; VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil. Una visión general", *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (coordinadoras I. González Pacanowska, I y C. L. García Pérez), Navarra, 2014, pp. 71-72.

internacional de mercaderías[75], y se regula ampliamente en el ámbito de la normativa de consumo, concretamente en los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU. Las reglas de dicho texto legal sobre los contratos de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales regulan específicamente los requisitos subjetivos y objetivos que han de cumplir para que sean conformes con el contrato[76]. Por consiguiente, el principio de conformidad constituye una exigencia legal, y su incumplimiento —junto con otros requisitos adicionales— determina la responsabilidad del empresario[77]. Así, ante cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, el consumidor tiene a su disposición una pluralidad de acciones: reparación, sustitución, rebaja del precio, resolución contractual y la indemnización de daños y perjuicios; además, la posibilidad de suspender el pago del precio hasta que el empresario cumpla con las obligaciones que le incumben (artículo 117 TRLGDCU).

Volviendo a la regulación de la PMCC, se utiliza la expresión "remedios" (artículo 1173) para identificar las consecuencias del incumplimiento, o si se prefiere las acciones que tiene a su disposición el contratante insatisfecho para reaccionar frente a cualquier supuesto de incumplimiento. Por otro lado, cabe destacar que en el diseño de los remedios la Propuesta revisada ha seguido "las pautas marcadas por el moderno derecho de contratos y por la PM 2009, en buena medida recibidas por nuestra jurisprudencia" (Exposición de motivos). En efecto, la PMCC incorpora los planteamientos jurisprudenciales que se vienen aplicando para dar respuesta a los problemas existentes en la práctica[78].

---

75. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado,* de 30 de enero de 1991. El artículo 35.1 de la Convención de Viena impone al vendedor la obligación de "entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo corresponda a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato". El mismo precepto establece en su apartado segundo que, salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato si no cumplen las condiciones señaladas en esta regla.

76. Como observa LETE ACHIRICA, J., "Comentario al art. 115 TRLGDCU", *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, (directora A. Cañizares Laso), t. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1654, "esto no significa que deban cumplirse todos los requisitos que aparecen en los preceptos, solamente aquellos que sean de aplicación".

77. Al respecto, *vid.* TORRELLES TORREA, E., "Comentario al art. 116 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (director S. Cámara Lapuente), Navarra, Aranzadi, 2011, p. 1071; CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2021, pp. 88 y ss.; LETE ACHIRICA, J., "Comentario al artículo 117 TRLGDCU", *Comentarios al Texto Refundido de la ley de consumidores*, (directora A. Cañizares Laso), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1703-1711.

78. En este sentido, VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento...", *op. cit.*, p. 53, en referencia a la Propuesta de 2009, subraya que "en determinados aspectos, la PMCC confiere carta de naturaleza legal a la doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento y sus remedios. Los planteamientos jurisprudenciales se legalizan".

5.2. Aspectos generales sobre los remedios ante el incumplimiento

Como ya se comentó, el artículo 1173.1 PMCC identifica los remedios que puede ejercitar el contratante insatisfecho en caso de incumplimiento: exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio, suspender el cumplimiento, resolver el contrato y exigir indemnización de los daños que el incumplimiento le hubiera producido. La norma no indica si hay preferencia entre los diversos remedios, por lo que cabe pensar que el acreedor podrá elegir el remedio que mejor se adapte a sus intereses[79], y siempre que concurran los presupuestos necesarios para su aplicación[80]. Además, la regla citada admite expresamente la posibilidad de un ejercicio simultáneo de los remedios, siempre que estos sean compatibles entre sí; evidentemente, no cabe acumular, por ejemplo, el cumplimiento y la resolución del contrato[81]. En cambio, la indemnización de daños es siempre compatible con los demás remedios (artículo 1173.2 PMCC).

El criterio de la PMCC respecto a la ordenación de los remedios frente al incumplimiento difiere del sistema previsto en el TRLGDCU, que sí establece con claridad una preferencia entre las distintas acciones que el consumidor tiene a su disposición ante la falta de conformidad, que es el supuesto de incumplimiento en el que se fija esta normativa[82].

---

79. El mismo planteamiento seguía la Propuesta de 2009 en la regulación de los remedios previstos en el artículo 1190; al respecto, VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento…", *op. cit*. p. 78, afirma que "[l]a falta de indicación acerca de la preferencia de uno u otro remedio permite ser entendida como una decisión implícita en relación con la igualdad de todos los remedios. De este modo, será el acreedor insatisfecho quien, concurriendo los requisitos de cada remedio podrá inclinarse por uno u otro remedio. Este planteamiento tiene la indudable ventaja de dejar en manos del acreedor la elección de aquel remedio que mejor satisfaga sus propios intereses, sin verse constreñido por una jerarquización previa y abstracta".

En cambio, con relación a la regulación de la Propuesta de 2023, TUR FAÚNDEZ, M.ª N., "Los remedios ante el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023", *RDP*, n.º 4, 2024, pp. 15-17, afirma que la Propuesta establece un sistema jerarquizado de remedios ante el incumplimiento, porque "de la lectura conjunta de los demás preceptos que la PMR dedica a los remedios podemos deducir que el derecho al cumplimiento a través de cualquiera de sus modalidades de subsanación […], es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros remedios".

80. Como señala VERDERA SERVER, R., *Ibidem*, p. 85, "en abstracto, sí existe libertad de elección por parte del acreedor, pero en cada caso concreto, atendidos los perfiles del incumplimiento de que se trate, a la vista del diseño normativo de cada supuesto de hecho, esa libertad de elección puede ser más aparente que real".

81. En la Propuesta de 2009, como subraya FENOY PICÓN, N., "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento", *ADC*, fasc. 4, 2011, p. 1490, de la redacción del artículo 1190 cabría deducir que os remedios generales del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución funcionan —presupuestos sus requisitos de manera alternativa y a elección del acreedor […]. Son remedios incompatibles entre sí, en cuanto que el acreedor no puede ejercitarlos simultáneamente y de modo acumulado".

82. Como apunta CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea…*", *op. cit*., p. 188, la jerarquización de acciones prevista en la Directiva 2019/771 —y que recoge también el TRLGDCU— ya

En efecto, en las relaciones de consumo se prioriza la reparación y la sustitución del bien como medidas correctoras frente a la reducción del precio o la resolución del contrato (artículos 117 y siguientes TRLGDCU), aunque esta jerarquización de las acciones presenta alguna excepción[83].

Volviendo a la regulación de la PMCC, me referiré seguidamente a los aspectos fundamentales de los distintos remedios ante el incumplimiento para comparar las reglas previstas con las que disciplinan las medidas correctoras por falta de conformidad en el citado TRLGDCU.

5.2.1. La pretensión de cumplimiento

El artículo 1174 PMCC y siguientes regulan la pretensión de cumplimiento. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1175 PMCC, la pretensión de cumplimiento comprende varias modalidades de ejercicio[84]: "la reparación o cualquier otra forma de subsanación de la prestación ejecutada" o bien "su sustitución por otra conforme a lo pactado, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida". Así pues, las opciones para reclamar que la prestación se ajuste a lo pactado en el contrato son, básicamente, la reparación y la sustitución; si bien la norma menciona también "cualquier otra forma de subsanación de la prestación ejecutada", parece claro que se refiere a cualquier actuación para corregir o remediar los defectos de una prestación no conforme a la pactada. En todo caso, la regla citada precisa que el derecho del acreedor al cumplimiento queda supeditado a las limitaciones establecidas en el artículo 1174 PMCC, de modo que el deudor podría oponerse a la reclamación alegando que "tal prestación es jurídica o físicamente imposible", o bien "que no es razonable exigirla"; además, la posibilidad de exigir la sustitución de la prestación dependerá de que "la naturaleza de la obligación no lo impida" (artículo 1175 PMCC, *in fine*).

---

se había instaurado en la Directiva 1999/44/CE, y supone que la alternativa entre reparación y sustitución es preferente sobre las medidas subsidiarias de reducción del precio o resolución del contrato. Con todo, afirma la autora, que "la nueva Directiva europea matiza esa jerarquización, aclarando supuestos en los que el consumidor podrá recurrir directamente a alguna de estas últimas medidas o, propiciando que el vendedor pueda abocarle a esta situación".

83. En efecto, en caso de que la falta de conformidad sea de especial gravedad, el artículo 119, e) TRLGDCU, permite que el consumidor pueda acudir directamente a las medidas subsidiarias, esto es, la reducción del precio o la resolución.

84. En la Propuesta de 2009 su artículo 1193 disponía que el derecho del acreedor al cumplimiento comprende "la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la obligación no lo impida". Como señala FENOY PICÓN, N., "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato...", *op. cit.*, p. 1543, la función de esta norma "es explicitar, con carácter general, las posibles modalidades del remedio del cumplimiento"; VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento...", *op. cit.*, p. 87, destaca que "el cumplimiento forzoso presenta una sensible diferencia respecto de los otros remedios frente al incumplimiento, y es su versatilidad".

Como antes se apuntó, el TRLGDCU prevé las modalidades de cumplimiento mencionadas —reparación y sustitución— como medidas preferentes para la puesta en conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales no conformes con el contrato.[85] En este sentido, el artículo 118.1 TRLGDCU reconoce al consumidor la facultad de elegir entre la reparación o la sustitución del bien no conforme, aunque la libertad de elección entre estas medidas se encuentra limitada cuando "una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias ". Se recogen, pues, dos limitaciones: la imposibilidad de ejecutar la medida elegida y la desproporción que resulta de la comparación de costes entre una y otra modalidad de cumplimiento; si recordamos las limitaciones previstas en la PMCC —la imposibilidad de la prestación o que no es razonable exigirla— se aprecia un cierto grado de coincidencia con el TRLGDCU. Por lo demás, la regulación de las modalidades de cumplimiento en el TRLGDCU es más detallada, en comparación con la PMCC, pues el citado artículo 118 TRLGDCU impone reglas adicionales para la ejecución de las medidas correctoras que tratan de reforzar la protección del consumidor[86]. En cambio, para el resto de los remedios, distintos de la reparación y la sustitución, la regulación de la PMCC es más completa.

Por otra parte, cabe destacar que la PMCC admite un ejercicio sucesivo de los remedios si, tras haber intentado la pretensión de cumplimiento, el acreedor no hubiera obtenido la satisfacción de su derecho oportunamente o dentro del plazo razonable que le hubiera fijado al deudor (artículo 1176). Obviamente, el ejercicio de otro remedio exige la concurrencia de los presupuestos necesarios para la respectiva aplicación. Esta norma conecta con la previsión del TRLGDCU que reconoce el derecho del consumidor a exigir la reducción del precio o la resolución cuando resulta infructuosa la medida para corregir la falta de conformidad del bien (artículo 119, b) TRLGDCU).

5.2.2. La reducción del precio

La reducción del precio es uno de los remedios frente al incumplimiento en las relaciones contractuales sinalagmáticas; así, el artículo 1178 PMCC reconoce que la parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato tendrá derecho a la reducción del precio o de otra contraprestación[87]. De modo que el incumplimiento de una parte contratante permite a la otra exigir la reducción del precio o de la contraprestación a su cargo. Además, la citada regla aclara que la reducción será "en proporción a la

85. A propósito de estas medidas de corrección de la falta de conformidad, CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea…*", *op. cit*., p. 190, señala que "la reparación y la sustitución tienen la naturaleza de auténticas acciones de cumplimiento *in natura*, puesto que ambas se dirigen a lograr la exacta adecuación entre la prestación efectivamente realizada por el vendedor y la que le resulta exigible a tenor de lo pactado en el contrato".

86. Esas reglas se recogen en los apartados 4 a 7 del artículo 118 TRLGDCU.

87. El apartado tercero del artículo 1178 PMCC indica que este remedio "se aplica, con las oportunas adaptaciones, a las contraprestaciones que no sean en dinero".

diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato"[88].

Ya en el ámbito del TRLGDCU, cabe recordar que la reducción del precio se incluye entre las medidas correctoras para la puesta en conformidad (artículo 117), pero se configura —junto con la resolución del contrato— como una medida subsidiaria respecto a la reparación y sustitución[89]. En este sentido, el artículo 119, b) TRLGDCU dispone que el consumidor podrá exigir la reducción del precio o la resolución del contrato, entre otros supuestos, cuando la medida correctora para la puesta en conformidad resulta inviable —por ser imposible o desproporcionada— y también cuando el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución o no lo haya hecho en un plazo razonable. En tales supuestos, el consumidor podrá exigir "una reducción proporcionada del precio"; además, el artículo 119 *bis* TRLGDCU establece el criterio para determinar la reducción, coincidiendo en este punto con la regla de la PMCC[90].

Finalmente, la PMCC admite que la parte que ejercita el derecho a la reducción del precio pueda exigir también una indemnización de daños y perjuicios, si bien no cabe reclamar resarcimiento por la disminución del valor de la prestación, pero sí "por cualquier otro daño que hubiera podido sufrir" (artículo 1179 PMCC). En el TRLGDCU se reconoce igualmente el derecho del consumidor a exigir la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios (*ex* artículo 117.1 TRLGDCU), pero no se contempla la regla que impide reclamar daños por la disminución del valor de la prestación, tal y como establece el artículo 1179 PMCC; la lógica de la norma permite considerar que esta regla de la PMCC resultaría aplicable en las relaciones contractuales de consumo.

5.2.3. La suspensión del cumplimiento de la propia prestación

El artículo 1180 PMCC reconoce que la parte que debe ejecutar su propia prestación al mismo tiempo o después que la otra parte, tiene derecho a suspender el cumplimiento "hasta que la otra le haya ofrecido el cumplimiento o cumplido efectivamente su obligación"[91]. La regla acoge, con carácter general, la llamada excepción de incumplimiento

---

88. Cabe recordar que el artículo 1486 del vigente CC reconoce, en el contrato de compraventa, que el comprador podrá optar por "rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos".

89. Aunque la "gravedad" de la falta de conformidad permite al consumidor, según el citado artículo 119, e) del TRLGDCU, exigir la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato, sin que sea necesario el ejercicio previo de la reparación o la sustitución.

90. Según dispone este precepto en su apartado primero, "La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien o el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien o el contenido o el servicio digital efectivamente entregado o suministrado tenga en el momento de dicha entrega o suministro".

91. Según dispone el precepto en su primer apartado "[C]uando una parte deba cumplir una obligación recíproca al mismo tiempo o después que la otra parte, tendrá derecho a suspender su prestación hasta que la otra le haya ofrecido el cumplimiento o cumplido efectivamente su obligación".

contractual, prevista en algunos preceptos del Código Civil referidos a la compraventa (artículos 1466, 1467 y 1502 CC), y reconocida también por la jurisprudencia.

Igualmente, cabe la posibilidad de suspender el cumplimiento de la propia prestación cuando "resulte claro que la otra parte no cumplirá la suya, una vez llegado el momento de su vencimiento" (artículo 1180.2 PMCC). Finalmente, el precepto admite que la suspensión puede ser total o parcial, en la medida justificada por el incumplimiento de la otra parte; la redacción de esta regla mejora la versión de la Propuesta de 2009[92].

El derecho a suspender el cumplimiento de la obligación contractual que regula la PMCC ya se reconoce en la normativa de consumo; el TRLGDCU incorpora este mecanismo como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 771/2019, que reconoce el derecho del consumidor a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el empresario cumpla con las obligaciones a su cargo (artículo117.1 TRLGDCU)[93]. Por consiguiente, ante cualquier falta de conformidad del bien, el consumidor tiene la facultad de suspender la ejecución de su propia prestación hasta que la otra parte subsane los defectos. La norma comentada no indica si la suspensión puede ser total o parcial —a diferencia de lo previsto en la PMCC —sino que se limita a disponer que el consumidor puede suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio, por lo que es discutible si cabe o no una suspensión total del pago[94].

92. La regla contenida en el artículo 1191 de la Propuesta de 2009, si bien admitía una suspensión total o parcial del cumplimiento de la propia prestación, no hacía referencia alguna acerca del alcance (total o parcial) del incumplimiento de la otra parte", como apuntó en su momento VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento…", *op. cit*., p. 86.

93. Como señala CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea…*, *op. cit*., p. 187, se reconoce de forma explícita "el mecanismo tradicional de la *exceptio non adimpleti contractus,* que habitualmente esgrimirá el consumidor por vía de excepción para enervar la pretensión de cobro o cumplimiento que el vendedor ejercite en su contra (…)"; aunque se trata de una novedad que incorpora la Directiva, la autora afirma que el consumidor ya disponía de esta posibilidad en el régimen anterior, pues si bien no había una regulación explícita en la Directiva 1999/44/CE, nada se oponía a la aplicación de la aludida excepción de incumplimiento.

94. Al respecto, CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea…*, *op. cit*., pp. 247-248, sostiene que debe evitarse una interpretación literal de la redacción del artículo 13.6 de la Directiva; en su opinión, "carecería de toda lógica entender que se puede retener el 99 % del precio —que es, en todo caso, una parte del mismo— y no su totalidad, cuando antes de efectuar el pago de cualquier posible fracción del importe se ha puesto de relieve la existencia de faltas de conformidad en el bien recibido […]." Además, la autora subraya que el Considerando (18) de la Directiva no excluye la posibilidad de una suspensión total del cumplimiento de las obligaciones de las partes, pues «se trata de una cuestión no regulada completamente por el instrumento europeo y en cuya definición se da cabida a la decisión de los legisladores nacionales".

5.2.4. La resolución de la relación contractual

La PMCC reconoce al contratante insatisfecho la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento, si bien se exige que concurran algunos requisitos[95]. Así, el artículo 1181.1 PMCC deja claro que no cualquier incumplimiento permite ejercitar la pretensión resolutoria cuando dispone que: "[C]ualquiera de las partes de un contrato sinalagmático podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse esencial". Por consiguiente, la norma acoge el requisito de la esencialidad o relevancia del incumplimiento, de acuerdo con una amplia jurisprudencia en esta materia[96].

El ejercicio de la resolución del contrato se admite también en caso de retraso o falta de conformidad en el cumplimiento, aunque no sea esencial, "si el deudor, en el plazo razonable que aquel le hubiera fijado, no cumpliera o subsanara la falta de conformidad" (artículo 1181.2 PMCC). En este caso, la resolución se justifica, incluso si el incumplimiento no tiene entidad suficiente, porque el deudor reitera su incumplimiento a pesar del nuevo plazo concedido[97]. Igualmente, procede la resolución anticipada "cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y este no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento, en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado" (artículo 1181.3 PMCC). Finalmente, según dispone el último apartado del precepto, no será necesario fijar plazo alguno, y por tanto podrá instarse la resolución en los supuestos antes señalados, "si el deudor ha declarado que no cumplirá el contrato", toda vez que hay certeza respecto al futuro incumplimiento del deudor[98].

El planteamiento de la PMCC conecta con la regulación del TRLGDCU que, en supuestos análogos, permite al consumidor instar directamente la resolución del contrato (*ex* art. 119 TRLGDCU)[99]. Así, la entidad de la falta de conformidad —o sea, un incumplimiento

95. La Propuesta de 2009 también regulaba con detalle la resolución del contrato (artículos 1199 a 1204). Sobre el contenido de dichas reglas, *vid*. FENOY PICÓN, N., "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato...", *op. cit*., pp. 1574 y ss.

96. SSTS (Sala Primera) de 16 de septiembre de 2024 (Roj 4392/2024), 28 de noviembre de 2022 (Roj 4402/2022), de 10 de mayo de 2019 (Roj 1456/2019), y 11 de julio de 2018 (Roj 2551/2018), entre otras muchas.

97. Como señala FENOY PICÓN, N., "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato...", *op. cit*., p. 1577, este supuesto "[S]e inspira en la figura alemana de la *Nachfrist*. En esencia, el acreedor concede al deudor incumplidor un plazo adicional y razonable para cumplir, y si este no cumple en él, el acreedor podrá resolver. Es un sistema que ofrece seguridad al acreedor, en cuanto le proporciona elevada certeza de que la resolución contractual la realiza correctamente (cumpliendo todos sus requisitos».

98. En este sentido, FENOY PICÓN, N., *Ibidem*, pp. 1592-1593.

99. El artículo 119 TRLGDCU dispone que, en cualquiera de los supuestos previstos en esta norma, el consumidor puede exigir una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato.

esencial— justifica que el consumidor pueda exigir la resolución[100]. También que el empresario no haya subsanado la falta de conformidad o no lo haya hecho en un plazo razonable; cuando exista riesgo de incumplimiento bien porque el empresario haya declarado, o así se desprenda de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. Por otra parte, cabe resaltar un aspecto de la resolución previsto en el TRLGDCU (art. o 119 *ter*,) concretamente la posibilidad de la resolución parcial, que se admite cuando la falta de conformidad afecte solo a algunos de los bienes entregados y haya motivos para su resolución, en cuyo caso se podrá resolver el contrato solo respecto de dichos bienes; en la PMCC no se recoge una regla análoga a la comentada.

Respecto al ejercicio de la facultad de resolver el contrato, el artículo 1182 PMCC dispone que ha de ejercitarse "mediante notificación a la otra parte", de modo que se opta por el modelo de ejercicio extrajudicial de la resolución[101], y basta una declaración recepticia que puede efectuarse por cualquier medio de comunicación[102]. En la misma línea, el TRLGDCU (artículo 119 *ter*) establece que el consumidor ejercerá su derecho a resolver el contrato "mediante una declaración expresa al vendedor"[103], pero no requiere una

100. El artículo 119, e) TRLGDCU se refiere a que la gravedad de la falta de conformidad justifique "la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato". Asimismo, el apartado segundo del artículo 119 *ter* TRLGDCU —para los contratos de contenidos y servicios digitales— excluye la resolución del contrato cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario.

101. También se acogía este modelo en la Propuesta de 2009 (artículo 1199), como señala FENOY PICÓN, N., *Ibidem*, pp. 1597-1598, destacando el cambio normativo que implica pues "la resolución prevista en el artículo 1124.III CC es de ejercicio judicial".

102. Sobre la forma que ha de adoptar la declaración de voluntad del acreedor por la que se declara resuelto el contrato, PALAZÓN GARRIDO, M.ª L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2014, p, 153, destaca que "la mayoría de los ordenamientos se decantan por la libertad de forma, aunque no de manera tan extrema como en el sistema de *common law*". Los principales textos internacionales de Derecho de contratos utilizan la expresión *notice* (la Convención de Viena, los Principios Unidroit, los Principios de Derecho contractual europeo, el Marco Común de Referencia); la autora subraya que "los dos textos de los Principios y el del DCFR, al establecer el concepto de notificación, explican que esta puede realizarse por cualquier medio apropiado a las circunstancias".

103. Como observa LETE ACHIRICA, J., "Comentario al artículo 119 *ter* TRLGDCU", *Comentarios al Texto Refundido de la ley de consumidores y usuarios*", (directora A. Cañizares Laso), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1752, la Directiva (UE) 2019/771 se limitaba a exigir una declaración del consumidor expresando su decisión de resolver el contrato, pero esa expresión "se ha transformado en la ley española en declaración expresa. En cualquier caso, el precepto deja claro que la resolución podrá ejercitarse extrajudicialmente mediante la oportuna notificación, la cual podrá adoptar la forma que más convenga al consumidor al requerirse únicamente que se trate de una declaración expresa dirigida al empresario".

forma concreta para hacer la comunicación, si bien por regla general se suele utilizar la forma escrita[104].

En cuanto a los efectos de la resolución, la PMCC prevé los dos fundamentales: la liberación de ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato (artículo 1184.1)[105], y la restitución de las prestaciones ya cumplidas y los rendimientos obtenidos de ellas (1185 PMCC)[106]; la obligación de restitución "no afecta a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe" (artículo 1185.5 PMCC)[107].

En el ámbito de los contratos de consumo, el TRLGDCU impone la recíproca restitución de las prestaciones; si bien no menciona que las partes quedan liberadas de las obligaciones contraídas, es evidente que ese efecto está implícito. El artículo 119 *ter*, apartado cuarto TRLGDCU, regula la obligación de restitución en los siguientes términos: "a) El empresario reembolsará al consumidor o usuario el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o, en su caso, de una prueba aportada por el consumidor o usuario de que los ha devuelto"; b) El consumidor o usuario restituirá al empresario, a expensas de este último, los bienes"[108]. La norma citada no alude a otras consecuencias

104. Para CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea..., op. cit*., p. 241, "debe abogarse por un principio de absoluta libertad de forma, aunque, lógicamente, en aras de su propio interés, conviene al consumidor emplear un medio que permita dejar la suficiente constancia como para acreditar que la notificación se ha producido y cuándo".

105. Cabe señalar que el citado artículo 1184.1 PMCC aclara que la resolución "no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias ni a cualquier otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución". Como señala FENOY PICÓN, N., "La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato...", *op. cit*., p. 1612, la resolución del contrato no implica "que el contrato deje totalmente de existir, ni que nunca haya existido".

106. El artículo 1185.3 PMCC prevé una restitución limitada: "Cuando no sea posible o resulte excesivamente gravosa la restitución de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible". Y el artículo 1186 PMCC recoge una excepción a la obligación de restituir "en la medida en que, teniendo en cuenta la relación entre las prestaciones del contrato, el cumplimiento conforme de una parte se corresponde con el cumplimiento conforme de la otra".

107. Cabe señalar que la Propuesta de 2009 no establecía una regla similar en el régimen jurídico de la resolución.

108. En los casos de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que fueron suministrados durante un tiempo determinado, el TRLGDCU prevé una restitución limitada cuando la prestación a cargo del empresario haya sido conforme durante un período anterior a la resolución del contrato; en tal caso, el empresario reembolsará la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes, así como toda parte del precio pagado por el consumidor (artículo 119 ter, apartado 5).

de la resolución[109], por ejemplo, la imposibilidad de restitución por parte del consumidor debido a la disminución del valor del bien, o por pérdida, destrucción, u otra causa (por ejemplo, porque el bien se encuentre en poder de un tercero adquirente a título oneroso y de buena fe); de modo que estos aspectos no previstos en la legislación especial se regularían por las reglas de la PMCC (*ex* artículo 59.2 TRLGDCU).

Por último, ha de destacarse que el TRLGDCU (artículo 119 *ter*, apartado 5) establece una limitación a la obligación de reembolso por parte del empresario que se aplica a los casos de contratos que establezcan el suministro de contenidos o servicios digitales en el marco de una relación duradera; en tales supuestos, si los contenidos o servicios digitales han sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario reembolsará al consumidor "únicamente la parte proporcional del precio pagado" correspondiente al período de tiempo durante el cual la prestación realizada no fue conforme. Pues bien, aunque la PMCC no prevé una regla específica para la restitución de las prestaciones realizadas en los contratos de ejecución continuada —sí se establecía en la Propuesta de 2009 (artículo 1204)— este tipo de supuestos podrían encajar en la regla del artículo 1186 PMCC, que excluye la obligación de restitución "en la medida en que, teniendo en cuenta la relación entre las prestaciones del contrato, el cumplimiento conforme de una parte se corresponde con el cumplimiento conforme de la otra".

5.2.5. La indemnización de daños y perjuicios

Ante el incumplimiento del contrato, el contratante insatisfecho tiene derecho a ejercitar la indemnización de los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento, tal y como dispone el artículo 1173 PMCC. El mismo precepto reconoce la compatibilidad de la indemnización con los demás remedios[110]; y, en particular, se admite expresamente la compatibilidad entre la indemnización y la resolución en el artículo 1184.2 PMCC[111]. Por consiguiente, cabe la posibilidad de plantear la pretensión indemnizatoria de forma autónoma o bien junto con otro remedio[112]. Además, la Propuesta contiene una regulación

---

109. CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea*..., *op. cit*., p. 245, comenta la escasa regulación de la resolución en el artículo 16.3 de la Directiva 771/2019, "por cuanto se limita a establecer el efecto restitutorio de las prestaciones propio de la resolución contractual, pero sin perfilar en detalle el régimen jurídico correspondiente a dicha restitución (...)"; por ello, entre las opciones disponibles para completar la norma, la autora afirma que "cabía recurrir a lo ya previsto en materia de efectos del desistimiento del. contrato por parte del consumidor (arts. 74 y ss. TRLGDCU). Siendo esta última la opción más previsible, parece claro que estos últimos preceptos inspiran la regulación ahora contenida en los nuevos arts. 119 *ter* y q*uater* TRLGDCU".

110. El artículo 1124 del Código Civil ya reconoce la compatibilidad de la indemnización con el cumplimiento forzoso y con la resolución del contrato.

111. En estos casos la norma establece una presunción para calcular la indemnización, en cuya virtud "se presume que el daño causado es, como mínimo, igual a los gastos realizados y al detrimento derivado de las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto.

112. En este sentido, VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento...", *op. cit*., p. 82.

detallada sobre el resarcimiento de daños causados por el incumplimiento contractual (artículos 1187 a 1194), que acoge las pautas del moderno derecho de contratos y los criterios que viene aplicando la jurisprudencia en esta materia. Evidentemente, no es posible abordarla en un trabajo de estas características.

Ya en el ámbito de la normativa de consumo, se reconoce también la compatibilidad entre la indemnización de daños y los demás remedios que el consumidor tiene a su disposición ante cualquier falta de conformidad del bien, contenido o servicio digital. En este sentido, el artículo 117.1 TRLGDCU dispone que el consumidor puede exigir al empresario "la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato"; y añade que, en cualquiera de estos supuestos, "podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede".

Por lo demás, el TRLGDCU se limita a reconocer al consumidor la posibilidad de exigir resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, pero no contiene un régimen específico sobre este remedio. El planteamiento seguido por el TRLGDCU en esta cuestión se explica por la decisión de la Directiva (UE) 2019/771 que, como apunta la doctrina, "excluye conscientemente la regulación de la indemnización por daños y perjuicios, que queda a discreción de los Estados miembros"[113]. En definitiva, la pretensión indemnizatoria que puede instar el consumidor se regirá por la regulación del derecho común en materia de contratos.

113. Así lo pone de relieve, CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea*..., *op. cit*., pp. 251-252, destacando el artículo 3.6 de la citada Directiva que descarta la regulación de la indemnización por daños y perjuicios, dado que esta materia corresponde a los Estados miembros. A mayor abundamiento, la autora subraya el contenido del Considerando (61), que dispone, entre otras cosas, lo siguiente: "La indemnización debe colocar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los bienes hubieran sido conformes. Dado que la existencia de este derecho a indemnización por daños y perjuicios ya está garantizada en todos los Estados miembros, la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales sobre compensación de los consumidores por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de esas normas. (...)".

6. VALORACIÓN FINAL

De acuerdo con las razones expuestas al inicio del trabajo, el planteamiento de la PMCC en el tratamiento de los contratos con consumidores confirma que el modelo de integración parcial seguido en la Propuesta de 2009 resulta hoy día una opción claramente inviable, y por ello queda descartada en la PMCC. Este enfoque de la PMCC no impide que se incorporen algunas reglas específicas y figuras *ad hoc* que, si bien parecen novedosas desde la perspectiva del Código Civil, en realidad ya están admitidas en los textos del moderno derecho de contratos; en el marco de nuestro ordenamiento jurídico se han incorporado antes a la legislación especial de consumo ya que este sector normativo sí está actualizado sobre todo por imperativo del derecho de la Unión Europea, lo que no sucede en el derecho civil común. Como ya se apuntó, ello no implica que se hayan trasvasado del ámbito de los contratos con consumidores al derecho civil común determinadas normas propias de aquel; de lo que se trata es de integrar en el Código Civil figuras concretas que siguen las pautas del actual derecho de contratos y no son, por tanto, normas específicas de protección de consumidores, sino susceptibles de generalización, que es precisamente lo que ha intentado hacer la PMCC.

Así, en el marco de la fase previa a la celebración del contrato, la Propuesta revisada introduce una regla sobre el deber precontractual de información, exigido por la ley o por la buena fe, y establece las consecuencias de su incumplimiento. Por su parte, el TRLGDCU regula ampliamente los deberes de información que recaen sobre el empresario, pero no establece una regla general sobre las consecuencias derivadas de su infracción, de modo que en este caso procedería aplicar el derecho común de los contratos.

Por otra parte, entre las disposiciones generales de los contratos, la PMCC reconoce el valor vinculante de las manifestaciones efectuadas por una parte contratante en el período anterior a la celebración de un contrato si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra una justificada confianza acerca de ellas; de modo que la confianza, valorada según el principio de buena fe, se perfila como fuente de la reglamentación contractual. Asimismo, se establece de manera expresa la regla de incorporación de las declaraciones publicitarias u otras manifestaciones públicas al contrato, pues se trata de una regla que deriva de un principio general del derecho contractual y, por tanto, no es exclusiva a las relaciones de consumo. Sobre esta cuestión, el TRLGDCU contempla algunas particularidades con respecto a la norma de la Propuesta que pueden plantear problemas de coordinación en la práctica si no se delimitan bien los respectivos ámbitos de aplicación.

Asimismo, entre las disposiciones que regulan los efectos del contrato, la Propuesta revisada admite que caben algunas excepciones a la regla que consagra la fuerza vinculante del contrato: el derecho de desistimiento y la denuncia en los contratos cuya duración es indeterminada o indefinida. Respecto a la figura del desistimiento, se reconoce la facultad unilateral de poner fin al contrato celebrado, sin necesidad de causa que lo justifique, pero solo en los casos previstos por la ley o por la voluntad de las partes contratantes, de modo que la PMCC se sitúa en la misma línea que el TRLGDCU. En cambio, la Propuesta no generaliza otros aspectos de la normativa de consumo cuyas

reglas tienen como finalidad la protección de los consumidores como parte débil del contrato. Por otro lado, en lo relativo a la denuncia en los contratos por tiempo indefinido, cabe recordar que la normativa de consumo permite el ejercicio de la denuncia en el marco de relaciones duraderas con prestaciones continuadas, tanto en los contratos de duración indeterminada como también en los contratos de duración excesiva; en cambio, la PMCC admite la denuncia únicamente para los contratos de duración indefinida.

Finalmente, en relación con el tratamiento del incumplimiento y sus remedios, cabe destacar que la Propuesta no indica si hay preferencia entre uno u otro remedio, por lo que parece que el acreedor podrá elegir el que mejor se adapte a sus intereses, siempre que concurran los presupuestos para su aplicación. En cambio, el sistema previsto en el TRLGDCU sí establece una jerarquización entre las distintas acciones que el consumidor tiene a su disposición en caso de falta de conformidad, que es el supuesto de incumplimiento en el que se fija especialmente esta normativa.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 15-25.

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿Una simple entelequia jurídica o algo más?", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, (coordinador A. Cabanillas Sánchez), Madrid, Civitas, 2002, pp. 137-152.

BASOZABAL ARRUE, X., "En torno a las obligaciones precontractuales de información", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, 2009, fasc. II, pp. 647-711.

CÁMARA LAPUENTE, S., "La codificación del Derecho de consumo: ¿Refundación o Refundición? (Modelos y Enseñanzas desde el Derecho Comparado)", *La codificación del Derecho Contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, (coordinadora M.ª R. Llácer Matacás), Madrid, Dykinson, 2015, pp. 91-135.

CÁMARA LAPUENTE, S.,"Comentario a los artículos 61 y 62 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores"*, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, pp. 510-563.

CÁMARA LAPUENTE, S., Comentario al artículo 65 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores"*, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, pp. 579-586.

CAÑIZARES LASO, A., "Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos*", InDret*, n.º 4, 2017, pp. 1-29.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Navarra, Aranzadi, 2010.

CARRASCO PERERA, A.,"Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2008, pp. 2215-2225.

CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2021.

DE ELIZALDE IBARBIA, F., *El contenido del contrato*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2015.

DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret* 2/2009, pp. 1-22.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1986.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "El desistimiento unilateral del contrato", *Estudios de derecho de contratos*, (coordinadores E. Blanco Martínez y A. M. Morales Moreno), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, pp. 287-309.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.,"Comentario a los arts. 68 a 79 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto Refundido y otras leyes y*

reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, pp. 615-685.

FENOY PICÓN, N., "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*, t. LXIII, fasc. 1, 2010, pp. 47-136.

FENOY PICÓN, N.,"La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. 4, 2011, pp. 1481-1684.

FERRER GUARDIOLA, J. A., "La adaptación del derecho de desistimiento en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales a las previsiones de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 16, febrero, 2022, pp. 1210-1235.

GÁLVEZ CRIADO, A., "El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2022, pp. 509-543.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas cuestiones preliminares sobre la Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, n.º 2 (abril-junio), 2024, pp. 1-33.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.,"Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida", *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, (directora M.ª D. Gramunt Fombuena y C. Florensa Tomás), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 43-61.

GARCÍA RUBIO, M.ª P.,"La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables remedios", *La codificación del Derecho Contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, (coordinadora M.ª R. Llácer Matacás), Madrid, Dykinson, 2015, pp. 149-167.

IZQUIERDO GRAU, G., "La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular", *InDret*, n.º 2, 2023, pp. 254-291.

LETE ACHIRICA, J., "Comentario a los artículos 115 a 119 TRLGDCU", en *Comentarios al texto refundido de la ley de consumidores y usuarios*", (directora A. Cañizares Laso), Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1651-1778.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 116 TRLGDCU", en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, (director R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Navarra, Thomson Aranzadi, 2009, pp. 1683-1715.

MORALES MORENO, A. M., "Concreción jurisprudencial de la regla general de integración del contrato mediante la publicidad, fundada en el principio de buena fe", *Anuario de Derecho Civil*, fasc. III, 2020, pp. 983-1065.

MORALES MORENO, A. M.,"La noción unitaria de incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil", *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (coordinadoras I. González Pacanowska y C. L. García Pérez), Navarra, Thomson Aranzadi, 2024, pp. 23-46.

MORALES MORENO, A. M.,"¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho Europeo", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 400-422.

PALAZÓN GARRIDO, M.ª L., *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2014.

PASQUAU LIAÑO, M., "Protección de los consumidores y Código civil: ¿Integración o distinción?", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 485-508.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Análisis del Dieselgate desde el Derecho civil (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 561/2021, de 23 de julio), *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II (abril-junio), 2022, pp. 635-724.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991.

SCHULZE, R., "El Código civil en la era digital: tradición e innovación en el Derecho alemán de obligaciones", *Revista de Derecho Civil*, vol. 11, n.º 4, 2024, pp. 193-217.

TORRELLES TORREA, E., "Comentario a los artículos 116 a 119 TRLGDCU", *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*: *Texto Refundido y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, 2011, pp. 1035-1152.

TUR FAÚNDEZ, M.ª N., "Los remedios ante el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos", *Revista de Derecho Privado*, n.º 4, julio-agosto, 2024, pp. 3-26.

VAQUER ALOY, A., "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?", *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, (director K. J. Albiez Dohrmann), Barcelona, Atelier, 2011, pp. 369-399.

VERDERA SERVER, R., "Remedios contra el incumplimiento en la Propuesta de Modernización del Código civil", *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, (coordinadoras I. González Pacanowska y C. L. García Pérez), Navarra, Thomson Aranzadi, 2014, pp. 47-92.

LA COHABITACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS Y DEL DERECHO DE CONSUMO EN DERECHO FRANCÉS*[1]

YVES PICOD

Professeur émérite de droit civil
Université de Perpignan Via Domitia

RESUMEN

La coexistencia entre el derecho de obligaciones y contratos y el derecho de consumo, tanto a nivel europeo como estatal, no resulta fácil, ya que en muchas ocasiones ofrecen respuestas diferentes a las mismas situaciones dependiendo si se encuentran implicados solo particulares o profesionales o si además se ven afectados consumidores. En el presente trabajo se estudian, desde la perspectiva del derecho francés, algunas de las cuestiones más relevantes sobre esta materia como es el caso de la pugna entre consensualismo y formalismo, el proceso de formación del contrato, el deber de información contractual, la interpretación del contrato, las cláusulas abusivas y la garantía por defectos de bienes o productos.

PALABRAS CLAVE

Derecho de obligaciones y contratos; derecho de consumo; derecho Francés; consensualismo; formalismo; oferta; aceptación; deber de información contractual; interpretación del contrato; cláusulas abusivas; garantía.

---

* Fecha de recepción: 02/03/2025. Fecha de aceptación: 01/04/2025.

1. El presente trabajo ha sido traducido por Javier Lete Achirica.

THE COHABITATION OF LAW OF OBLIGATIONS AND CONTRACTS AND CONSUMER LAW IN FRENCH LAW

ABSTRACT

The coexistence between the law of obligations and contracts and consumer law, both at European and national level, is not easy, as they often offer different answers to the same situations depending on whether only private individuals or professionals are involved or whether consumers are also affected. This paper studies, from the perspective of French Law, some of the most relevant issues in this field, such as the conflict between consensualism and formalism, the process of contract formation, the duty of contractual information, the interpretation of the contract, unfair terms and the guarantee for defective goods or products.

KEY WORDS

Law of obligations and contracts; consumer law; French law; consensualism; formalism; offer; acceptance; duty of contractual information; interpretation of the contract; unfair terms; warranty; guarantee.

SUMARIO

LISTA DE ABREVIATURAS 354

I. INTRODUCCIÓN 355

II. UNA COHABITACIÓN DELICADA 357

1. Una oposición a veces frontal 357

1.1. Consensualismo y formalismo 357
1.2. Oferta y aceptación 357
1.3. El deber de información precontractual 358
1.4. Reglas de prueba 360

2. Un enfoque distinto del papel del juez 362

2.1. Interpretación del contrato 362
2.2. La función del juez 362

III. UNA COHABITACIÓN CON ÉXITO 365

1. La lucha contra las cláusulas abusivas: un enfoque complementario del derecho de obligaciones y contratos 365

2. La cuestión de la garantía: la articulación entre falta de conformidad y garantía por vicios ocultos 367

IV. CONCLUSIÓN 369

Bibliografía 370

LISTA DE ABREVIATURAS

AJ: Actualité Juridique

Bull. Civ.: Bulletin civil

D.: Dalloz

Dr. et pr: Droit et patrimoine

Jcl. Civ.: Jurisclasseur civile

JCP: Jurisclasseur Périodique

RJDA: Revue Jurisprudence de Droit des Affaires

RLDA: Revue Lamy de Droit des Affaires

RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil

RTD com: Revue trimestrielle de droit commercial et économique

STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones se ha planteado qué papel puede seguir desempeñando la teoría general de las obligaciones y contratos en relación con el derecho de consumo. Sin embargo, el derecho de obligaciones proporciona al derecho de consumo los fundamentos conceptuales de los que tanto carece[2]. En efecto, las distintas disposiciones del derecho de consumo se centran esencialmente en la protección preventiva del consentimiento del consumidor y en el contenido de las obligaciones del profesional. A falta de normas específicas relativas a su contenido y efectos, el derecho contractual general conservará un papel residual.

Así pues, las condiciones de validez se aplicarán a todos los contratos celebrados por los consumidores, ya se trate de la teoría de los vicios del consentimiento o de las normas de capacidad. Lo mismo ocurre con las sanciones por el incumplimiento de las normas en materia de formación de los contratos, en particular las normas que regulan la nulidad de los contratos cuando el derecho de consumo solo prevé sanciones penales o administrativas para los profesionales que incumplan los deberes que les impone la ley: en este caso, el derecho de obligaciones y contratos completa el derecho de consumo, que se limita al aspecto represivo. Además, a falta de disposiciones específicas, se aplicarán las normas relativas a la influencia relativa del contrato, los principios de ejecución (en particular, la fuerza vinculante del contrato) y las normas de interpretación.

A riesgo de pervertir las fuentes de las obligaciones, la jurisprudencia ha recurrido incluso a la teoría del cuasicontrato en relación con las loterías publicitarias, afirmando que "el organizador de una lotería que anuncia un premio a una persona determinada sin demostrar la existencia de un peligro está obligado, por este acto puramente voluntario, a entregarlo"[3]. Esta solución expeditiva se vio favorecida por la generalidad de los términos del antiguo artículo 1371 del Código Civil (actual art. 1300 Código Civil), aunque en vano busquemos aquí cualquier enriquecimiento injusto del organizador de la lotería. Pero son las carencias del Código de Consumo las que han justificado el recurso al derecho de obligaciones y contratos, que prohíbe o regula las loterías, sin aportar soluciones insatisfactorias para el consumidor perjudicado.

Esta subordinación del derecho de consumo al derecho de obligaciones y contratos se ve acentuada por la remisión, a veces ya no implícita, sino expresa, del primero al segundo, aunque se haya abandonado la técnica del Código de Consumo, que se limita

---

2. *Cfr.* PIZZIO, J.-P., "La protection des consommateurs par le droit commun des obligations", *Droit du marché et droit commun des obligation*s, (director Y. PICOD), RTD com, 1998, p. 53 y ss.

3. Ch. Mixte, 6 de septiembre de 2002, *D.* 2002. 2963, nota D. MAZEAUD; *Defrénois* 2002, art. 37644, n.º 92, obs. SAVAUX, É.; Civ. 1re, 18 de marzo de 2003, *D.* 2003. IR 1009; *RDC* 2003. 80, obs. FENOUILLET, D. Por último, Civ. 1re, 19 de marzo de 2015, *RDC* 2015. 861, obs. LIBCHABER, R.; v. 224 y ss.

a seguir las reglas generales del derecho de obligaciones y contratos. Por ejemplo, el antiguo Libro Segundo, relativo a la conformidad y seguridad de los productos y servicios, estaba encabezado por el antiguo artículo L. 211-1 del Código de Consumo, que, en su versión anterior a la Ley de 17 de febrero de 2005, decía que "las normas relativas a la garantía de los vicios ocultos en los contratos celebrados con consumidores se recogen en los artículos 1641 a 1648, párrafo primero, del Código civil...". La jurisprudencia ha distinguido cuidadosamente entre las obligaciones de garantía y de conformidad, de acuerdo con las normas del derecho civil. La referencia es a veces menos precisa: el artículo L. 411-1 del Código de Consumo se refiere expresamente a la exigencia de lealtad en las transacciones comerciales al considerar las obligaciones de un profesional que comercializa un producto. En el ámbito del crédito, el derecho de consumo se remite con frecuencia al Código Civil. Así, en caso de incumplimiento del prestatario, los artículos L. 312-39, L. 312-40 y L. 313-51 del Código de Consumo prevén la posibilidad de que el juez modere las cláusulas penales aplicando las disposiciones del artículo 1231-5 del Código Civil. Esta remisión también está prevista en el artículo L. 313-47, relativo a la amortización anticipada de un crédito inmobiliario, o en el artículo L. 314-20, que permite la suspensión del cumplimiento de las obligaciones del deudor por resolución del juez de instancia. Estos dos últimos preceptos del Código de Consumo se remiten a los requisitos del derecho de obligaciones y contratos fijados por el artículo 1343-5 del Código Civil.

Por otra parte, existe una remisión implícita del Código Civil al Código de Consumo en relación con los plazos de reflexión y de retractación: el nuevo derecho de obligaciones y contratos no ha permanecido insensible a la existencia de estos mecanismos, ya que el artículo 1122 del Código Civil los consagra definiéndolos, a sabiendas de que conciernen esencialmente al derecho de consumo y a los derechos especiales inspirados en él (derecho de seguros y de mutuas, por ejemplo). Es bien sabido que el derecho de consumo recurre con mucha frecuencia a estos plazos, a diferencia del derecho de obligaciones y contratos.

En 2016 hemos asistido a dos pequeñas revoluciones: la recodificación, no siempre sobre una base jurídica constante, del derecho de consumo, por un lado, y la reforma del derecho de obligaciones y contratos, por otro. El derecho de consumo tuvo una gran influencia en el derecho de obligaciones y contratos durante este periodo: la obligación de información y la lucha contra las cláusulas abusivas, por ejemplo, son cuestiones que antes no estaban contempladas en el Código Civil. La modernidad del Código Civil, su nuevo interés por los contratos de adhesión y por las técnicas que los rodean plantean graves problemas de coordinación. ¿Cómo van a coexistir el derecho de consumo y el derecho de obligaciones y contratos? Esta cuestión puede abordarse a través de una serie de ámbitos que se ven especialmente afectados por todo tipo de interacciones, ya se trate de la celebración del contrato, de su contenido, de la cuestión de los poderes del juez en el contrato o de las normas en materia de prueba.

En realidad, esta cohabitación, a veces difícil (II), es también en ocasiones un factor de enriquecimiento y, por tanto, una fuente de éxito (III).

II. UNA COHABITACIÓN DELICADA

La cohabitación será difícil en una serie de situaciones relativas a la formación del contrato y a las normas en materia de prueba, que tienen objetivos diferentes (II.1). El enfoque también será fundamentalmente diferente en lo que respecta a las competencias del juez en relación con el contrato (II.2).

1. UNA OPOSICIÓN A VECES FRONTAL

1.1. Consensualismo y formalismo

En el derecho de obligaciones y contratos, el principio general es el consensualismo cuando se trata de la celebración de los contratos, pues, según el apartado 1 del artículo 1109 del Código Civil, "un contrato es consensual cuando se forma únicamente por el intercambio de consentimientos, cualquiera que sea el modo de expresión".

Sin embargo, el formalismo está omnipresente en los contratos de consumo. En este sentido, el derecho de consumo difiere notablemente del derecho de obligaciones y contratos: para que el consumidor entienda mejor su consentimiento y esté mejor informado de sus derechos y obligaciones, el legislador exige que los contratos consten por escrito. En realidad, el principio del consensualismo solo se aplica a los actos más comunes de la vida cotidiana, que se realizan en un espacio de tiempo muy breve y que no requieren ninguna protección particular cuando se intercambia el consentimiento.

En el caso de los contratos celebrados en ferias o exposiciones, los consumidores suelen creer que están protegidos por el derecho de consumo, cuando no se trata de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil[4]. Por eso, el legislador exige que se informe a los consumidores de que no tienen derecho de desistimiento en estos casos (art. L. 224-59 Código de Consumo).

1.2. Oferta y aceptación

La diferencia no existe en los contratos electrónicos, que se realizan con un doble clic, sino solo en los contratos realizados por correo entre partes ausentes. Según el derecho de obligaciones y contratos, en un contrato celebrado entre ausentes el contrato se perfecciona en cuanto la aceptación de la oferta llega al oferente, lo que se considera

4. *Cfr.* PICOD, Y., y PICOD, N. *Droit de la consommation*, París, Dalloz, 2024, n.º 97. Sin embargo, la jurisprudencia europea es matizable: la STJUE de 17 de diciembre de 2019, C-465/19, caso en el que se sondeó al cliente en los pasillos de una feria.

que ha tenido lugar en el momento de la recepción (art. 1121 Código Civil)[5], precisándose además que el silencio no constituye aceptación (art. 1120 Código Civil).

Sin embargo, en derecho de consumo, de conformidad con el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, reproducido en el artículo L. 221-21 del Código del Consumo, cuando se trata de desvincularse de un contrato válidamente perfeccionado, el consumidor ejerce de forma correcta su derecho de desistimiento si envía la comunicación antes de que expire el plazo de 14 días naturales que se reconoce al consumidor para ejercer su derecho de desistimiento. Lo que cuenta es la fecha de envío de la comunicación: la jurisprudencia consagra aquí la teoría de la transmisión y no la de la recepción[6]. Esta solución permite a los consumidores beneficiarse de la totalidad de esos 14 días naturales, sin tener que soportar el riesgo de la aleatoriedad de los envíos postales, haciendo efectiva de esta manera la protección adecuada de los consumidores.

En los contratos de compraventa de bienes, el *dies a quo* del derecho de desistimiento será el momento de recepción de los bienes por el consumidor o por un tercero, distinto del transportista, designado por el consumidor. En cambio, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento a partir de la celebración del contrato.

1.3. El deber de información precontractual

Por último, el nuevo artículo 1112-1 del Código Civil consagra un deber de información reconocido por la jurisprudencia, según el cual, "cualquiera de las partes que tenga conocimiento de una información cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra deberá comunicársela si ésta la desconoce legítimamente o tiene confianza en la otra parte".

Los redactores de la Ordenanza n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, de reforma del derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones (en adelante, Ordenanza de 2016) han querido desvincular el deber de informar de la exigencia de buena fe, de la que hasta ahora era corolario, y dotarlo de plena autonomía. Además, al referirse al deber, los redactores de la Ordenanza de 2016 han querido subrayar el aspecto moral que subyace a la exigencia[7]. También consagra un enfoque trascendental que contrasta con la multiplicidad de obligaciones de información en materia de derecho de consumo o de derechos especiales.

---

5. *Cfr.* PICOD, N., arts. 1113 à 1122, *Formation du contrat: offre et acceptation*, Jcl. Civ., 2025, n.º 154 y ss.

6. Cass. 1re civ., 12 de julio de 2023, n.º 22-10.778, F-D. En este caso, la carta había llegado 18 días más tarde, pero había salido dentro del plazo.

7. *Cfr.* FABRE- MAGNAN, M. *Droit des obligations, t. I: Contrat et engagement unilatéral*, 6.ª ed., París, PUF, 2021, n.º 237.

En la medida en que el texto se refiere genéricamente a "cualquiera de las partes", debe aceptarse que todas las partes contratantes son susceptibles, según las circunstancias, de estar obligadas a facilitar información precontractual. Un particular puede tener una deuda con otro particular en un contrato de economía colaborativa. A diferencia del derecho de consumo, no se hace referencia a la condición profesional de una de las partes. Pero si no se exige *a priori* ninguna condición relativa a la calidad de las partes contratantes, la situación concreta de las partes difiere y será determinante para apreciar su condición de acreedor o deudor: el profesional tiene a este respecto competencias a priori más amplias que un lego en la materia. En realidad, desde este punto de vista, al Código Civil no le preocupa la calidad de las partes, sino la asimetría de información que puede existir entre ellas. No obstante, en determinadas circunstancias, un profesional podría estar peor informado que un particular, lo que muestra la diferencia de enfoque con el derecho aplicable al mercado. Para ser considerado deudor en virtud del deber general de informar, la parte debe conocer previamente la información objeto del deber, es decir, una información "cuya importancia sea determinante para el consentimiento de la otra parte" (art. 1112-1, apdo. 1, Código Civil). En cualquier caso, el profesional que permanece en la ignorancia debe informarse para poder informar.

El concepto de información decisiva se define en el artículo 1112-1 del Código Civil, según el cual "tiene carácter decisivo la información que guarda una relación directa y necesaria con el contenido del contrato o con la calidad de las partes". Esta referencia al carácter decisivo de la información permite eliminar la que resulte innecesaria o accesoria, a diferencia de lo que ocurre en derecho de consumo, que impone un contenido obligatorio de carácter imperativo en los contratos que regula. Desde este punto de vista, se protege al acreedor contra la sobrecarga de información, que podría distraerle psicológicamente de lo esencial y ahogar estratégicamente la información sustancial. Al mismo tiempo, sin embargo, se alivian las obligaciones del deudor al eximirlo de facilitar información de menor importancia. No obstante, hay que señalar que el segundo párrafo del artículo 1112-1 del Código Civil excluye la información sobre el valor de la prestación, precisando que "sin embargo, este deber de información no se refiere a la estimación del valor de la prestación".

En este sentido, se deja de lado la cuestión de la rentabilidad económica del contrato por estar vinculada a un error de valor o de motivación. La respuesta la da una sentencia de la Sala de lo mercantil de la Corte de casación de 21 de octubre de 2020, según la cual la rentabilidad económica no es un elemento objetivamente esencial del contrato[8]. En este caso, la cuestión era si, desde la perspectiva de la obligación de información en derecho de consumo, la rentabilidad económica de la instalación fotovoltaica podía entrar dentro de sus "características esenciales" y del carácter "determinante" de la información (art. 1112-1 Código Civil). Extendiendo su análisis al ámbito del derecho

8. Cass. 1re civ., 21 de oct. de 2020, n.º 18-26.761: JurisData n.º 2020-016686; D. 2020, p. 2120; RLDC n.º 189, p. 8 y ss., nota S. TISSEYRE. – V. également Cass. 3e civ., 24 sept. 2020, n.º 19-18.637: JurisData n.º 2020-015058. – Cass. com., 10 de junio de 2020, n.º 18-21.536: JurisData n.º 2020-010379; AJCA 2020, p. 447, obs. N. DISSAUX. – Cass. com., 24 de junio de 2020, º 18-15.249.

de consumo, la Corte de casación considera que la rentabilidad económica no constituye una característica esencial de una instalación fotovoltaica en el sentido del artículo L. 111-1 del Código de Consumo, del mismo modo que un error sobre la rentabilidad de los paneles fotovoltaicos no constituye, por principio, un motivo de nulidad del contrato. En nuestra opinión, el enfoque del derecho de obligaciones y contratos no resulta satisfactorio para los consumidores.

Por otra parte, el texto del Código Civil solo se refiere a las condiciones de existencia de esta obligación de información, sin formular ninguna exigencia cualitativa, mientras que el artículo L. 111-1 del Código de Consumo exige que la información comunicada por el profesional al consumidor se haga de forma "legible y comprensible". Es de lamentar que el Código Civil no haya adoptado una redacción similar a la del Código de Consumo, para destacar mejor las cualidades esenciales de la información: su claridad y legibilidad.

Por último, antes de la reforma del derecho de obligaciones y contratos, lo que confería originalidad al derecho de consumo con respecto al derecho de obligaciones y contratos era el carácter de orden público de la disposición, mencionada en el artículo L. 111-8 del Código del Consumo. Pero, a partir de ahora, el nuevo artículo 1112-1 del Código Civil establece que el deber de informar no puede limitarse ni excluirse en el derecho de obligaciones y contratos, en ruptura con la jurisprudencia que había aceptado la validez y eficacia de las cláusulas limitativas del deber de informar, a reserva del dolo y la negligencia grave[9]. En consecuencia, tanto en el derecho de obligaciones y contratos como en el derecho de consumo, las cláusulas exclusivas o limitativas serán, por principio, ineficaces, es decir, nulas, por ser contrarias al orden público, tanto si se refieren a un acuerdo de negociación como a un acuerdo definitivo. En este punto, las dos legislaciones, antes opuestas, se reconcilian.

1.4. Reglas de prueba

El derecho de consumo toma prestadas las normas de prueba del derecho de obligaciones y contratos, tanto en lo que se refiere a la carga de la prueba como a los medios de prueba. Sin embargo, los pactos sobre la prueba del derecho de obligaciones y contratos son en principio lícitos, ya que el sistema civil de prueba no es una cuestión de orden público. El nuevo artículo 1356 del Código Civil consagra la jurisprudencia que acepta la validez de los contratos relativos a la prueba: las partes contratantes pueden, por ejemplo, acordar invertir la carga normal de la prueba, establecer simples presunciones entre ellas, restringir la lista de pruebas admisibles o, por el contrario, ampliar esa lista.

Esto no está exento de peligro para la parte más débil. Por eso, en las relaciones entre profesionales y consumidores (o no profesionales), los acuerdos pueden declararse abusivos si crean un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor o no profesional. Por otra parte, la lista negra de cláusulas abusivas incluye las que tienen por objeto o

9. Civ. 1re, 22 de noviembre de 1978, n.º 77-12.241, *Bull. civ.* I, n.º 358; *JCP G* 1979. II. 19139, nota G. VINEY; Civ. 1re, 10 de julio de 1996, n.º 94-16.843; *Bull. civ.* I, n.º 318; *D.* 1997, somm. 173, obs. Ph. DELEBECQUE.

efecto “imponer al no profesional o al consumidor la carga de la prueba que, según la ley aplicable, debería normalmente recaer sobre la otra parte contratante” (art. R. 212-1, 12.º Código de Consumo) y la lista gris incluye las cláusulas que tienen por objeto o efecto “limitar indebidamente los medios de prueba de que dispone el no profesional o el consumidor” (art. R. 212-2, 9 Código de Consumo).

La cohabitación conduce aquí a una confrontación entre la libertad contractual y la protección de los consumidores: estamos así en presencia de dos visiones opuestas del derecho.

2. UN ENFOQUE DISTINTO DEL PAPEL DEL JUEZ

2.1. Interpretación del contrato

El artículo 1190 del Código Civil, resultante de la reforma del derecho de obligaciones y contratos, prevé que, en caso de duda, un contrato de mutuo acuerdo se interprete en contra del acreedor y a favor del deudor (interpretación *contra creditorem*), siguiendo el ejemplo del Código de Consumo, que prevé una interpretación favorable al consumidor. Pero añade que, en el caso de los contratos de adhesión, el contrato se interpreta en contra de la parte que lo propuso (interpretación *contra proferentem*), ya que el estipulante (en posición superior) no siempre es el acreedor. Además, el artículo L. 211-1, párrafo 2, del Código de Consumo, cuyo contenido se inspira en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13) invita al juez a interpretar las cláusulas del contrato de consumo, en caso de duda, en el sentido más favorable al consumidor o al no profesional[10]. El consumidor puede ser tanto acreedor como deudor. A diferencia del artículo 1190 del Código Civil, se aplicaría a favor de un consumidor en posición de estipulante, lo que, por supuesto, es extremadamente raro.

La diferencia esencial reside en otro punto: mientras que el artículo 1190 del Código Civil es, en principio, solo supletorio, las disposiciones del artículo L. 211-1 del Código de Consumo son imperativas y, por tanto, pueden servir de base para un recurso ante la Corte de casación[11]. El papel del juez no es, pues, el mismo en los dos casos.

2.2. La función del juez

La Corte de Casación ha sostenido en varias ocasiones que el incumplimiento de los requisitos legales, incluso los de orden público, no puede ser invocado de oficio por el juez[12]. Esta postura, basada en el derecho general (art. 5 de la Ley de procedimiento civil), según el cual, el juez solo puede pronunciarse sobre lo que le soliciten las partes. Pero esto debilita la eficacia del derecho de consumo; además, esta posición contradice el planteamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por lo que se refiere, al menos, al control de las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia considera incluso que el juez nacional está obligado a examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho

10. Civ. 1re, 21 de junio de 2003, *D.* 2003. 693, obs. V. AVENA-ROBARDET. Para una aplicación de este texto al contrato de seguro; Civ. 11 de marzo de 2010, *CCC*, 2010, n.º 170, nota G. RAYMOND.

11. Civ. 1re, 13 octubre de 1993, JCP 1994. I. 3757, obs. M. BILLIAU; 21 de enero de 2003, D. 2003. AJ 693, obs. V. AVENA-ROBARDET; Civ. 1re, 11 de marzo de 2010, *CCC*, 2010, n.º 170, obs. G. RAYMOND; Civ. 2e, 1 de junio de 2011, Bull. civ. II, n.º 126; D. Actu 2011. 1612, obs. RAVEL D'ESCLAPON; Defrénois 2011. 1485, obs. J.-B. SEUBE; véase también Civ. 1re, 17 de noviembre de. 2011, CCC, 2012, n.º 142, obs. G. R.; Dr. et pr. juill.-août 2012, suppl Droit de la consommation, p. 22, obs. Y. PICOD; Civ. 1re, 17 de junio de 2015, n.º 14-17.009.

12. Civ. 1re, 15 de febrero de 2000, Bull. civ. I, n.º 49.

necesarios para ello[13], pasando así de una facultad a un deber[14]: a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hay que establecer una jerarquía entre el imperativo de protección de los consumidores y las exigencias procesales[15]. Los principios procesales nacionales no pueden obstaculizar los derechos que los particulares derivan del derecho de la Unión Europea: el principio de efectividad exige un control efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas. Así, la STJUE de 4 de mayo de 2023 reforzó una vez más el papel del tribunal de ejecución en su control de la posible existencia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dictaminando que la Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional que impone un plazo breve para acudir al tribunal de ejecución y limita sus competencias en esta materia[16].

Según el artículo R. 632-1 del Código de Consumo, "el tribunal podrá plantear de oficio todas las disposiciones del presente Código en los litigios derivados de su aplicación. Tras oír las observaciones de las partes, anulará de oficio la aplicación de una cláusula cuyo carácter abusivo se desprenda de los elementos del debate". Esto contribuirá sin duda a reequilibrar los contratos celebrados con consumidores, sobre todo teniendo en cuenta que el consumidor demandado no suele estar representado por un abogado. Sin duda, habría sido deseable consagrar un deber del juez para todas las disposiciones del Código de Consumo. De hecho, el deber de plantear de oficio en la jurisprudencia europea parece ir más allá de las cláusulas abusivas. Por ejemplo, en materia de garantía, la STJUE de 4 de junio de 2015 aclaró, en nombre del principio de efectividad que 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 obligaba a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar de oficio si un comprador, en el marco de un litigio relativo a un contrato de compraventa de bienes de consumo, tenía la condición de consumidor y también a aplicar de oficio la presunción de anterioridad del defecto[17]. Por último, la STJUE de 5 de marzo de 2020, dictada en materia de crédito al consumo, obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar

---

13. STJCE de 4 de junio de 2009, D. 2009. AJ 1690; JCP 2009, n.º 25, p. 44; RJDA 2009, n.º 899; RLDA, julio de 2009. 52, obs. ANADON; Procédures 2009, n.º 275, obs. C. NOURISSAT.

14. Civ. 1re, 10 de octubre de 2018, n.º 17-20.441. Civ. 1re, 2 de febrero de 2022, n.º 19-20.64 Del mismo modo, una sentencia reciente, Civ. 1re, 22 de marzo de 2023, n.º 21-16.476 y n.º 21-16.044 B: el Alto Tribunal criticó a los tribunales inferiores por no examinar de oficio si la cláusula de aceleración era abusiva.

15. STJUE de 17 de mayo de 2022, C-869/19, Unicaja Banco. *Cfr.* también STJUE: comunicado de prensa, n.º 85/22 Luxembourg, 17 de mayo de 2022, a propósito de las sentencias del caso C-600/19, Ibercaja Banco, en los casos acumulados C-693/19 SPV Project 1503 et C-831/19 Banco di Desio e della Brianza e.a., así como en los casos C-725/19 Impuls Leasing România y C-869/19 Unicaja Banco.

16. STJUE de 4 de mayo de 2023, C-200/21, TU c/ BRD Groupe Société Générale SA Sobre el papel del juez de ejecución francés: Com., 8 de febrero de 2023, 21-17.763; Cass. 2e civ., 13 de abril de 2023, n.º 21-14540.

17. Asunto C-497/13 (cuestión prejudicial neerlandesa sobre la compra de un vehículo de un taller que se incendió).

de oficio si se ha incumplido la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor, establecida en el artículo 8 de la Directiva de 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y a extraer las consecuencias que el incumplimiento de dicha obligación puede tener en el derecho interno de los Estados miembros[18].

A partir de ahora, cualquiera que sea el ámbito de protección de los consumidores, su eficacia justifica que el juez nacional deba evaluar de oficio las normas del derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores. Esto se aplica no solo a la eficacia del Código de Consumo, sino también a la igualdad de trato de los consumidores ante la ley.

18. STJUE de 5 de marzo de 2020, C-679/18, OPR-Finance s. r. o. et GK, D. Actu 22 avr. 2020, obs. J.-D. PELLIER. *Cfr.* p. 573 y ss.

III. UNA COHABITACIÓN CON ÉXITO

El vínculo entre el derecho de consumo y el derecho de obligaciones y contratos será más fácil de establecer en relación con la lucha contra las cláusulas abusivas, ahora consagrada en ambas legislaciones (III.1), y la cuestión de las garantías, recientemente reformada (III.2).

1. LA LUCHA CONTRA LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: UN ENFOQUE COMPLEMENTARIO DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

El derecho de consumo desempeña un papel pionero en este ámbito (papel innovador), ya que el artículo L. 442-6, I, 2.º, actualmente artículo L. 442-1, I, 2.º, del Código de Comercio, incluye disposiciones sobre las cláusulas abusivas entre profesionales y el nuevo derecho de obligaciones y contratos ha consagrado el control de las cláusulas abusivas en el derecho general a través del nuevo artículo 1171 del Código Civil. Por tanto, la cuestión de cómo deben realizarse estas comprobaciones debe examinarse a la luz del artículo 1105 del Código Civil, que establece que las normas generales se aplican sin perjuicio de las normas especiales.

En primer lugar, habrá que comprobar si se ha celebrado un contrato de consumo entre un profesional y un consumidor o un no profesional. En el caso de un contrato entre profesionales, puede aplicarse el Código de Comercio si se cumplen las demás condiciones. En segundo lugar, a falta de aplicación de la legislación especial, habrá que distinguir en función de la naturaleza del contrato: si se trata de un contrato negociado entre las partes solo podrán revisarse las cláusulas que priven de contenido a la obligación esencial en virtud del artículo 1170 del Código Civil. Si se trata de un contrato de adhesión, las estipulaciones accesorias no negociables pueden revisarse en virtud del artículo 1171 del Código Civil. De hecho, el artículo 1171 del Código Civil no excluye cualquier contrato, sino que se reserva, a diferencia del derecho de consumo, al contrato de adhesión, definido por el artículo 1110, apartado 2, del Código Civil como "aquel que incluye un conjunto de cláusulas determinadas de antemano por una de las partes". En otras palabras, la referencia a un conjunto de cláusulas excluye una disposición aislada que no habría sido negociable en el contrato, incluso si el conjunto de cláusulas no puede equipararse a las condiciones generales en el sentido de la versión inicial de la Ordenanza de 2016. El artículo 1110, apartado 2, del Código Civil también subraya que todas las cláusulas no son negociables. Por último, este conjunto de cláusulas debe ser determinado por una de las partes unilateralmente de antemano. Puede tratarse de un modelo de contrato suministrado por un tercero, incluso si la relación afecta a dos particulares no profesionales.

Al igual que en derecho mercantil, es probable que las listas negra y gris, así como las recomendaciones de la Commission des clauses abusives (Comisión de cláusulas contractuales abusivas) e incluso de la Commission d'évaluation des pratiques

commerciales (Comisión de evaluación de las prácticas comerciales), pesen en la valoración del juez. Esto facilitará la aplicación armoniosa de las normas. También es concebible que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pueda influir en el derecho de obligaciones y contratos en lo que respecta a la exigencia de claridad de la cláusula cuando el desequilibrio se refiera al objeto principal del contrato o a la adecuación del precio a la prestación. No obstante, cabe señalar que el artículo L. 212-1, apartado 3, del Código de Consumo dispone, de conformidad con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y con el artículo 4:110 de los Principios de derecho Contractual Europeo, que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en el sentido del apartado 1 no se referirá ni a la definición del objeto principal[19] del contrato ni a la adecuación del precio o de la remuneración del bien vendido o del servicio ofrecido, siempre que las cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible[20]". Esta disposición, que no aparece en el artículo L. 442-1 del Código de Comercio, donde el planteamiento puede ser global[21], es recogida por el artículo 1171 del Código Civil, que sigue la misma lógica al inspirarse en el Código de Consumo.

No obstante, los términos deben expresarse de forma equitativa: la salvedad de la frase "siempre que dichos términos se redacten de forma clara y comprensible", contenida en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 93/13, fue transpuesta por la Ordenanza de 23 de agosto de 2001 (a raíz de un procedimiento de infracción por transposición incompleta), en el apartado 3 del artículo L. 212-1 del Código de Consumo, que consagra una obligación de transparencia[22]. Esta obligación de transparencia no ha sido recogida expresamente por el artículo 1171 del Código Civil, pero la cuestión puede plantearse en los mismos términos, ya que la filosofía es la misma, y la copia debe ser lo más parecida posible al original.

19. Sobre esta cuestión, véase Civ. 1re, 3 de junio de 2015, n.º 14-13.193, JCP E 2015. 1509, nota S. LE GAC-PECH, en relación con una cláusula de un contrato de telefonía móvil que formaba parte de la definición del objeto principal del contrato.

20. Así, la estipulación en un mandato de venta de una casa móvil que autoriza al agente a retener en concepto de remuneración la parte del precio de venta "«que exceda de 10.500 €"» es abusiva: al ser imprecisa, no importa si la estipulación se refería a la adecuación de la remuneración del servicio ofrecido: Civ. 1re, 27 de noviembre de 2019, D. 2020. 353, obs. M. MEKKI.

21. Cf. Com., 25 de enero de 2017, n.º 15-23.547, *D.* 2017. 481, nota F. BUY; *RTD civ.* 2017. 383, nota H. BARBIER.

22. *Cfr.* la convincente tesis de PAZOS CASTRO, R. *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

2. LA CUESTIÓN DE LA GARANTÍA: LA ARTICULACIÓN ENTRE FALTA DE CONFORMIDAD Y GARANTÍA POR VICIOS OCULTOS

En el derecho anterior a la Ordenanza de 29 de septiembre de 2021, que introdujo en el Código de Consumo las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y de la 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, la garantía legal de conformidad estaba sujeta a un único plazo de prescripción. El antiguo artículo L. 217-12 del Código de Consumo establecía que "toda acción derivada de una falta de conformidad prescribirá a los dos años a partir de la fecha de entrega del bien". Sin embargo, en lo que respecta a los vicios ocultos, el artículo 1648 del Código Civil establece que "la acción derivada de vicios redhibitorios deberá ser ejercitada por el comprador en el plazo de dos años a partir del descubrimiento del vicio". Desde este punto de vista, el punto de partida del plazo de prescripción en el Código Civil era más favorable al consumidor, al margen de la cuestión de la presunción de anterioridad. Por eso, de acuerdo con las dos Directivas de 20 de mayo de 2019, la nueva Ordenanza de 2021 introduce un doble plazo, distinguiendo de forma favorable al consumidor entre el plazo de garantía y el plazo de prescripción.

En primer lugar, el consumidor se beneficia de un plazo de garantía: el comerciante responde de cualquier falta de conformidad existente en el momento de la entrega del bien o del suministro del contenido o servicio digital que se manifieste en un plazo de dos años a partir de la fecha de entrega (art. L. 217-3, párr. 2, y art. L. 224-25-12, párr. 2, ambos del Código de Consumo), o incluso más allá en caso de suministro continuo de contenido o servicio digital, como parte de la venta de un bien que contiene elementos digitales (art. L. 217-3, párr. 3 s. Código de Consumo) o al margen de dicha venta (art. L. 224-25-12, párr. 3 Código de Consumo). La naturaleza del bien es irrelevante en este caso: nuevo, de segunda mano o reacondicionado. En segundo lugar, el artículo L. 217-3 del Código de Consumo establece un plazo de prescripción: según el texto, este plazo de garantía se aplica "sin perjuicio de los artículos 2224 y siguientes del Código Civil, el punto de partida del plazo de prescripción de la acción del consumidor es el día en que el consumidor tiene conocimiento de la falta de conformidad" (art. L. 217-3 in fine y art. L. 224-25-12 in fine, ambos del Código de Consumo).

Se había introducido una presunción de que el defecto existía antes de la entrega del bien y se había fijado en seis meses en la ley anterior (antiguo art. L. 217-7 Código de Consumo). La Ley n.º 2014-344, de 17 de marzo de 2014, ya había reforzado considerablemente la posición del consumidor al aumentar el plazo de seis a veinticuatro meses desde la entrega del bien, con el fin de luchar contra la obsolescencia programada de los bienes de consumo. Esta simple presunción, que invierte temporalmente la carga de la prueba, mejora notablemente la situación del consumidor en comparación con el derecho común en materia de garantías por vicios ocultos. No obstante, este plazo se fija en doce meses para los bienes de segunda mano (art. L. 217-7, apdo. 2, Código de Consumo).

Por último, la ley establece una jerarquía de derechos del consumidor en materia de subsanación de la falta de conformidad: el consumidor debe elegir entre la sustitución o la reparación del bien (antiguo art. L. 217-9 Código de Consumo); se da prioridad a las subsanaciones contractuales que garantizan la correcta ejecución del contrato. "En caso de falta de conformidad, el consumidor tiene derecho a la puesta en conformidad del bien mediante reparación o sustitución o, en su defecto, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato [...]", establece claramente el artículo 217-8 del Código de Consumo. Las directivas sucesivas han presentado los recursos contractuales como un derecho. La rescisión y la reducción son, pues, técnicas subsidiarias. En este caso, el enfoque es pragmático, a diferencia del derecho de obligaciones y contratos, que aplica remedios clásicos como la rescisión o la reducción del precio. Muchos consumidores seguirán recurriendo a esta última por razones de eficacia y rapidez. No obstante, la complementariedad es perfecta, ya que el derecho de obligaciones y contratos podrá tomar el relevo del derecho de consumo en función de las opciones del consumidor.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, sigue siendo difícil evaluar el éxito o las dificultades de la cohabitación del derecho de obligaciones y contratos y el derecho de consumo. Un político francés dijo una vez que "la cohabitación es el jardín de los tormentos". Para los juristas, hay que reconocer que hacer malabarismos con dos sistemas jurídicos es una fuente de ansiedad. Sin embargo, sin remitirnos a la controvertida obra del Marqués de Sade, hay que reconocer que, si bien la cohabitación es a veces un tormento, también es un placer.

BIBLIOGRAFÍA

FABRE-MAGNAN, M, *Droit des obligations, t. I: Contrat et engagement unilatéral*, 6.ª ed., París, PUF, 2021.

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.

PICOD, N., Arts. 1113 à 1122 Code civil, *Formation du contrat: offre et acceptation*, Jcl. Civ., 2025.

PICOD, Y, y PICOD, N., *Droit de la consommation*, París, Dalloz, 2024.

LA RELACIÓN ENTRE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO Y EL DERECHO ESPECIAL DE CONTRATOS EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES*[1]

ROSE-NOËLLE SCHÜTZ
Professeur émérite de l'Université de Poitiers
Institut Jean Carbonnier

RESUMEN

El artículo 1105 del Código Civil francés, resultado de la reforma del derecho de contratos, tras reafirmar la coexistencia de la teoría general del contrato ("le droit commun des contracts", en la terminología francesa) y el derecho especial de contratos, establece una nueva disposición para regir las relaciones entre estos dos cuerpos de reglas y conforme a la cual "les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières". La jurisprudencia ya ha recurrido a tal previsión para aplicar el principio de subsidiariedad del droit commun. Los proyectos de reforma del derecho de contratos en especial, también la aplican, pero a veces la eluden o incluso la ponen en entredicho.

PALABRAS CLAVE

Teoría general del contrato; droit commun du contrat; derecho de contratos en particular; relación entre reglas generales y reglas especiales; incidencia de la reforma francesa del derecho de contratos; artículo 1105 del Código Civil francés; subsidiariedad del droit commun; aplicación exclusiva de las reglas especiales en caso de contrariedad con las reglas generales; proyectos de reforma de los contratos en particular; plicación del principio de subsidiariedad; excepciones al principio de subsidiariedad.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 18-3-2025.

1. La autora agradece a Ignacio Varela Castro, investigador posdoctoral de la Universidade de Santiago de Compostela, la traducción al español del presente texto escrito inicialmente en francés.

THE INTERACTIONS BETWEEN THE GENERAL LAW OF CONTRACTS AND THE LAW OF SPECIAL CONTRACTS IN THE CONTEXT OF THE FRENCH REFORM OF THE LAW OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

Article 1105 of the French Civil Code, introduced through the reform of contract law, reaffirms the coexistence of the general law of contracts and special contract law, and establishes a new provision regulating the relations between the two sets of rules providing that "the general rules apply subject to these special rules". Judicial decisions have already relied on this provision to apply the principle of subsidiarity of the general law of contracts. The draft reforms of special contract law also apply this principle, though they occasionally circumvent or even challenge it.

KEYWORDS

Subsidiarity of common law; exclusive application of special rules in the event of conflict with general rules.

SUMARIO

1. Introducción 374

I. La relación entre las reglas generales y las reglas especiales en la teoría general del contrato 376

A. El texto legal (artículo 1105 del Código Civil) 376

B. La aplicación jurisprudencial del precepto 382

II. La relación entre las reglas generales y las reglas especiales en los proyectos de reforma del derecho de contratos en particular 387

A. La aplicación del principio de reparto establecido por la teoría general... 387

B. La superación del principio de reparto establecido en la teoría general .. 391

Bibliografía..... 395

1. INTRODUCCIÓN

1. La cuestión de la relación entre la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos presenta gran importancia, tanto en el plano teórico como el práctico, en la regulación de los contratos. El antiguo artículo 1107 del Código Civil francés contenía desde su origen una disposición que evocaba la coexistencia de los contratos nominados —especialmente regulados por disposiciones especiales, como la compraventa, el arrendamiento o el mandato— y los contratos innominados. Los primeros, además de las reglas especiales aplicables a cada uno de ellos, quedaban en principio sujetos a las reglas generales[2]. Los segundos, que no eran objeto de una regulación particular, estaban solamente sujetos a las reglas generales contenidas en el *droit commun* del contrato[3].

Curiosamente, frente al anteproyecto de reforma del derecho de obligaciones y del derecho de la prescripción, denominado proyecto CATALA[4], el proyecto de reforma del derecho de contratos de la *Académie des sciences morales et politiques*, denominado proyecto TERRÉ[5], y otros textos preparatorios de la reforma del derecho de contratos, el proyecto de *ordonnance* no hacía referencia a tal distinción. La doctrina criticaba su ausencia, en particular porque podía dar a entender que el *droit commun* ya no tendría

---

2. El Código Civil español de 1889, aunque inspirado en el Código Civil francés de 1804, no contenía una disposición similar. La única previsión que habría podido resultar cercana es el artículo 16 del Título preliminar del Código: "De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia". Según disponía este precepto: "En las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código". La reforma del Título preliminar del Código español de 1974 ha mantenido esta disposición que figura ahora en el artículo 4.3.

3. Esta distinción tiene su origen en el derecho romano. Pero su sentido es diferente. En virtud del carácter procedural del derecho romano, solo los contratos que se ajustaban a un molde prestablecido —los contratos "nominados"— eran obligatorios; los contratos innominados sin embargo podían ser fuente de obligación si una de las partes había ejecutado su prestación. V., en particular, junto a las referencias citadas, LATINA, M., *Rép. Civ.,* Dalloz, *Contrats: Généralités*, n.º 230.

4. Artículo 1103 del proyecto Catala: "*Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre.*

Des règles particulières à certains contrats sont établies, soit sous les titres du présent code relatifs à chacun d'eux, soit par d'autres codes et lois, notamment dans les matières touchant au corps humain, aux droits intellectuels, aux opérations commerciales, aux relations de travail et à la protection du consommateur.

Les contrats innommés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle".

5. Artículo 11 del proyecto Terré: "*Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des dispositions générales, qui sont l'objet du présent titre.*

Les règles propres à certains contrats sont établies soit sous les titres relatifs à chacun d'eux soit par d'autres codes et lois".

más que una vocación residual en atención a la multiplicación de regulaciones especiales[6]. Ello podría haber conllevado riesgos de fragmentación y pérdida de coherencia del derecho de contratos[7]. Finalmente, la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 sobre la reforma del derecho de contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones no solo ha reiterado, en el nuevo artículo 1105 del Código Civil, la coexistencia de la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos, sino que ha ido más lejos al establecer una disposición que precisa la relación entre estos dos cuerpos de reglas[8]. Las reglas generales se aplican a los contratos nominados, pero bajo la reserva de las reglas especiales propias a cada uno de ellos. Por tanto, se enuncia expresamente el principio de subsidiariedad de la teoría general con relación al derecho especial, desde hace tiempo configurado por la jurisprudencia.

2. En Francia, la relación entre la teoría general del contrato y el derecho de los contratos en particular es una cuestión que, en efecto, interesa, desde hace mucho tiempo, a los juristas: el legislador, los jueces y la doctrina.

En un período de recodificación, evidentemente, la ley es la principalmente concernida, más precisamente el *droit commun*. En su seno debe tomarse posición sobre sus relaciones con el derecho especial. Este solo debe seguirla. Sin embargo, las cosas no son tan simples, porque el derecho de contratos en particular puede seguir los pasos de la teoría general del contrato de distintas maneras.

Además, cuando se fracciona la recodificación, como es el caso de Francia, puede existir la tentación de volver a abordar cuestiones propias del *droit commun*, aunque solo sea marginalmente, cuando se procede a refundir el derecho de contratos en particular[9]. Se trata de un inconveniente, entre otros, resultante del fraccionamiento de la reforma del derecho de contratos.

3. Tratamiento de la cuestión. Plan. Para dar cuenta de la experiencia francesa, en primer lugar se evocará la cuestión de las relaciones entre las reglas generales y las reglas especiales *establecida* en la teoría general del contrato (I), antes de abordar cómo *se retoma* la misma cuestión en los proyectos de reforma de los contratos en particular (II).

---

6. En este sentido, TERRE, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHENEDE, F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, colección "Précis", 13ª ed., 2022, n.º 122. V. también, BALAT, N., "Réforme du *droit commun* des contrats : et les conflits entre *droit commun* et droit spécial?", *D.*, 2015, 699; BLANC, N., "Contrats nommés et contrats innomés, un article disparu?", *RDC*, 2015/3, 810; LEQUETTE, Y., "Y aura-t-il encore en France l'an prochain, un *droit commun* des contrats?", *RDC*, 2015/3, 616, n.º 4.

7. FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L'acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., 2024, n.º 136.

8. V. *infra*, n.º 6 s.

9. V. *infra*, n.º 22 s.

I. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS GENERALES Y LAS REGLAS ESPECIALES EN LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

4. La *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 ha regulado la cuestión de la relación entre las reglas generales y las reglas especiales en una de las disposiciones preliminares del subtítulo dedicado al contrato: el nuevo artículo 1105 del Código Civil. El texto del precepto suscita una serie de interrogantes (A). Su aplicación por la jurisprudencia comienza a ofrecer algunas indicaciones sobre su comprensión y aplicación (B).

A. EL TEXTO LEGAL (ARTÍCULO 1105 DEL CÓDIGO CIVIL)

5. El artículo 1105 reemplaza al antiguo artículo 1107 del Código Civil. Con relación a este, presenta cierta continuidad, pero también una novedad.

Artículo 1105, párrafo 1, del Código Civil reformado *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.*	**Antiguo artículo 1107, párrafo 1, del Código Civil** *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.*
Artículo 1105, párrafo 2, del Código Civil reformado *Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.*	**Antiguo artículo 1107, párrafo 2, del Código Civil** *Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transaction commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.*
Artículo 1105, párrafo 3, del Código Civil reformado *Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.*	Sin equivalente

6. Continuidad del *droit commun* reformado. La continuidad concierne a la delimitación de los respectivos ámbitos del *droit commun* que el Código reformado, siguiendo al de 1804, denomina "*règles générales*" y del derecho especial denominado, también como en la anterior versión del Código, "*règles particulières*". En sentido estricto, no se trata todavía del tratamiento de la relación entre ambos cuerpos normativos, sino de un paso previo necesario.

Según el artículo 1105, párrafo primero, las reglas generales son las que "*sont l'objet du présent sous-titre*", mientras que el antiguo artículo 1107 se refería a las que "*sont l'objet du présent titre*". La modificación es consecuencia de la restructuración del Código Civil. En el fondo, no se produce ningún cambio.

Las reglas concernidas son las mismas; engloban todo el régimen del contrato: su conclusión y validez, la nulidad, sus efectos, su incumplimiento, etc.[10]

Su ámbito se fija de la misma manera que en 1804. Se trata de contratos, ya tengan una denominación propia o no; dicho de otra manera, todos los contratos.

7. Ámbito sensiblemente diferente de las reglas especiales en el derecho reformado. El ámbito de las reglas particulares se enuncia, sin embargo, de manera sensiblemente diferente.

El antiguo artículo 1107, párrafo 2, solo aludía a las reglas "*établies sous les titres relatifs à chacun d'eux*". Por lo tanto, solo concernía a las reglas que figuran en los Títulos V a XVII del Libro III del Código Civil dedicadas a los contratos en particular. El precepto precisaba además que "*les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce*", dicho de otra manera, por el Código de Comercio y los textos legales no codificados de derecho comercial que atañen a los contratos.

El párrafo 2 del nuevo artículo 1105 del Código Civil presenta diferencias con el texto anterior en dos puntos.

1) Las "*règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux*". Por tanto, su ámbito de aplicación ya no está solo limitado a las disposiciones del Código Civil dedicadas a los contratos en particular. También concierne a todos los regímenes legales situados fuera del Código Civil[11] lo cual, en verdad, ya se admitía generalmente antes de la reforma a pesar de la letra del Código Civil.

2) A primera vista, ha de tratarse, sin embargo, de un régimen específico de un determinado contrato, y no de reglas relativas a una categoría de contratos. Por tanto, el precepto no atañe al derecho de consumo —a salvo quizás el caso de que la regulación

10. La verdadera novedad reside únicamente, por tanto, en los cambios de fondo de estas reglas.

11. Por ejemplo, el contrato de construcción de viviendas individuales regulado en el Código de la Construcción y la Habitación, artículo L 230-1 s.

concierna a un contrato particular como el préstamo hipotecario o de consumo— o el derecho de la competencia[12].

En el nuevo artículo 1105, ya no se alude a las "*transactions commerciales et des lois relatives au commerce*" contempladas por el antiguo artículo 1107 y que podría haberse utilizado para fijar el ámbito de aplicación del *droit commun* en presencia de reglas especiales del derecho de la competencia o de consumo.

El precepto, por tanto, no tiene literalmente por objeto fijar el ámbito de aplicación de las reglas relativas a una categoría de contratos ("*droits catégoriels*", en la terminología francesa). Sin embargo, el gobierno desde el principio[13] y el parlamento[14], seguidos por la jurisprudencia[15], son de una opinión distinta[16].

8. La novedad del artículo 1105, párrafo 3, del Código Civil; presentación. Según el precepto, "*les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières*". Esta disposición, que carece de equivalente en el Código de 1804 y fue introducida por sugerencia de la doctrina, se destina a regular la relación entre la teoría general del contrato y el derecho especial de contratos. Consagra el principio *specialia generalibus derogant* ampliamente aplicado antes de la reforma. El precepto merece una breve exégesis.

---

12. Contra LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations,* Dalloz, 3.ª ed. 2024, n.º 115, quien no se ciñe a la letra del precepto y considera que se aplica a los contratos de consumo incluso si el criterio de cualificación depende de la calidad de las partes y no del tipo de contrato celebrado. No obstante, excluye su aplicación al derecho de la competencia.

13. V. la evaluación de impacto, p. 35 y 37 y las observaciones sobre el artículo en el informe al presidente de la República. V. también, en particular, CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2023-2024, n.º 121.32; FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L'acte juridique*, *op. cit.*, n.º 127-2.

14. PILLET, F., Rapport au nom de la Commission des lois en première lecture au Sénat, p. 22.

15. Invocando expresamente la intención del legislador revelada en los trabajos parlamentarios, por sentencia de 26 de enero de 2022, la sala de lo mercantil de la Corte de Casación consideró que el artículo 1171 se aplica a los contratos, incluso celebrados entre productores, comerciantes, industriales o personas registradas en el *répertoire des métiers*, cuando tales contratos no están cubiertos por el artículo L. 442-6, I, 2.º del Código de Comercio, aplicable en aquel momento (n.º 20-16.782, *publié au Bulletin*, *D.* 2022. 539, note Tisseyre, *D.* 2023. 254, obs. Boffa, *RTD civ.* 2022. 124, obs. Barbier, *JCP G* 2022, n.º 7. 257, obs. Serinet, *JCP* E 2022, 1125, note Chantepie, *RDC* 2022/2. 10, obs. Latina, 16, obs. Stoffel-Munck, 103, obs. Julien et 144, obs. Gerry-Vernières, *RDC* 2022/3. 89, obs. Balat; BEHAR-TOUCHAIS, M., "La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. A propos du non-cumul entre l'article L. 442-6-I, 2.º du code de commerce et l'article 1171 du code civil", *JCP G* 2022, doctr. 494).

16. V. en materia de control de cláusulas abusivas, la articulación del artículo 1171 por un lado y los artículos L 212-1 del Código de Consumo y el artículo L 442-1 del Código de Comercio: TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHÉNEDÉ, F., *Les obligations,* Dalloz, 2022, colección "Précis", 13.ª ed., 2022, n.º 477 et s.

Los artículos que designan las reglas generales, por un lado, y las particulares, por otro, no son los mismos. Para las reglas generales, se utiliza el artículo definido "*les*", mientras que, en el caso de las reglas particulares, se emplea el artículo demostrativo "*ces*".

Con relación a estas últimas, se están designando claramente las reglas particulares tal y como son definidas en el párrafo 2 del artículo 1105[17]. Se trata, por tanto, de un régimen especial de un tipo, como el arrendamiento, así como de reglas muy especiales de un subtipo, como el arrendamiento de vivienda. Pero el artículo 1105 no se interesa por la relación entre el derecho especial y los derechos *muy* o *muy muy* especiales de contratos, aunque el principio de solución les resulta generalmente aplicado. En este caso, es preciso articular por lo menos tres series de reglas: *droit commun*, derecho especial, derecho muy especial[18].

En cuanto a las reglas designadas por el artículo "*les*", cabría dudar... si existen otras distintas a las mencionadas por el párrafo 1 del precepto. Pero precisamente se trata de reglas comunes a todos los contratos, nominados o innominados, no hay otras.

9. La subsidiariedad del *droit commun*; definición. La dificultad principal de interpretación y aplicación del precepto concierne evidentemente al significado de la vaga fórmula "*sous réserve*", la cual retoma la conocida cuestión del exacto significado de la máxima *specialia generalibus derogant*[19].

Resulta claro que el artículo 1105 da prioridad al derecho especial que tiende a desplazar el *droit commun* y convertirlo en subsidiario. Pero ¿cómo y en qué caso o casos resulta subsidiario? La regla debe ser precisada. En efecto, resulta evidente que no es suficiente que exista una regla particular para que la regla general sea descartada. En caso contrario, el principio enunciado en el párrafo 1 carecería de sentido y se negaría al *droit commun* su función como complemento. Es evidente, pues, que debe haber una *concurrencia* entre la regla general y la regla especial. En línea de principio, ambas pueden y deben aplicarse.

La cuestión se desplaza: ¿cómo se debe caracterizar esta concurrencia? Sobre tal caracterización, la doctrina está dividida. La mayoría de los autores consideran que el artículo 1105 resuelve un conflicto de reglas incompatibles o antinómicas[20]; otros

17. Queda por aclarar qué abarcan las normas especiales: ¿solo a las disposiciones legislativas que las establecen o también su interpretación jurisprudencial?

18. V. *infra* n.º 23.

19. Sobre tal máxima, v. en particular: GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, pref. LEQUETTE, Y., LGDJ, "Bibl. droit privé", t. 509, 2009, n.os 368 s. y para una síntesis GOLDIE-GENICON, C., "*Droit commun* et droit spécial", *RDA*, 2013/7. 29. V. igualmente, en un plano más general e insistiendo en la subsidiariedad del *droit commun*: BALAT, N., *Essai sur le droit commun*, pref. Grimaldi, M., LGDJ, Bibl. Droit privé, t. 571, 2016.

20. V., por ejemplo: DESHAYES, O., GÉNICON, T., y LAITHIER, Y. M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2.ª ed., 2018, p. 65 s.; LATINA, M.,

entienden que el precepto enuncia un principio de subsidiariedad dando prioridad al derecho especial en caso de concurrencia, sin importar que las reglas en cuestión sean o no antinómicas. El informe al presidente de la República se manifiesta en el sentido de la doctrina mayoritaria al señalar que "*... les règles générales posées par l'ordonnance seront notamment écartées lorsqu'il sera impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le Code civil pour régir les contrats spéciaux...*".

10. La subsidiariedad del *droit commun*; aplicación. Sin entrar en el detalle de la discusión, es posible exponer las siguientes cuestiones.

A priori, la condición elemental de aplicación del artículo 1105 es que las reglas tengan el *mismo objeto* o, dicho de otra manera, que estén destinadas a tratar la misma cuestión de formación, validez, cumplimiento o incumplimiento del contrato.

Si, en atención a la regla considerada, por ejemplo el incumplimiento del contrato, la regla general tiene por objeto la formación del contrato y la regla especial su incumplimiento, no hay razón para desplazar la primera en favor de la segunda; *a priori*, ambas reglas deben ser aplicadas concurrentemente a condición de que no sean antinómicas. Ahora bien, no resulta siempre evidente si existe o no concurrencia, tal y como lo demuestra la conocida jurisprudencia de la Corte de Casación que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre la cuestión de si el comprador puede o no pretender la nulidad del contrato por error sobre las cualidades sustanciales de la cosa —regla general— cuando también puede recurrir a la garantía por vicios ocultos —regla particular—. Tras haber denegado al comprador la posibilidad de pretender la nulidad del contrato[21], la Corte de Casación ha decidido a continuación que "*l'existence d'un vice caché n'exclut pas, par elle-même, la possibilité d'invoquer l'erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue*"[22]. Posteriormente, ha sostenido de nuevo la primera interpretación[23]. Por el contrario, la Corte de Casación se ha mantenido constante sobre el hecho de que el régimen de responsabilidad por vicios ocultos no excluye la acción para la nulidad del contrato por *dolo*, lo cual se puede justificar por la necesidad de una sanción particular de un comportamiento doloso[24].

Le nouveau droit des obligations, op.cit., n.º 116; CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats, op.cit.*, n.º 121-131; FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L'acte juridique*, *op. cit*, n.º 137.

21. Civ. 3e, 11 févr. 1981, n.º 79-13.817, *Bull. civ.* III, n.º 31, *D.* 1981. IR 440, obs. Larroumet, *D.* 1982. 287, note Aubert, *RTD civ.* 1981. 860, obs. Rémy.

22. Civ. 3e, 18 mai 1988, n.º 86-18.668, *Bull. civ.* III, n.º 96, *D.* 1989. Somm. 229, obs. Aubert.

23. Civ. 1re, 14 mai 1996, n.º 94-13.921, *Bull. civ.* I, n.º 213, *D.* 1997. Somm. 345, obs. Tournafond, *JCP* 1998. I. 4009, obs. Radé, *D.* 1998. 305, note Jault-Seseke; Com. 18 juin 1996, n.º 94-13.925, *inédit*, *D.* 1998. 305, note préc.; Civ. 3e, 7 juin 2000, n.º 98-18.966, *inédit*, *D.* 2002. Somm. 1002, obs. Tournafond. Rappr. Civ. 1re, 12 juill. 2001, n.º 99-16.687, *Bull. civ.* I, n.º 225. Sobre esta jurisprudencia, v. GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op.cit.*, n.º 152 s.

24. V. not. Civ. 3e, 23 sept. 2020, n.º 19-18.598, *inédit*, *RTD civ.* 2020. 879, obs. Barbier; Civ. 1re, 6 nov. 2002, n.º 00-10.192, *Bull. civ.* I, n.º 260, *D.* 2002. IR 3190.

La antinomia, no obstante, es evidente si las reglas generales y particulares tratan la misma cuestión. Por ejemplo, la posibilidad de obtener o no daños y perjuicios, además de la resolución del contrato. Si la regla particular no permite la acumulación de pretensiones o establece reglas diferentes en lo que atañe a la indemnización, la aplicación de la regla general que lo permite debe ser descartada. Si ambas enuncian la misma regla, probablemente quepa considerar que la regla particular se deba aplicar preferentemente a la general, pero ello no tiene ninguna incidencia sobre la solución. El principio de reparto solo tiene interés en caso de incompatibilidad entre las reglas.

Procede precisar ahora cómo los tribunales aplican el principio de subsidiaridad tras la reforma del *droit commun* del contrato.

B. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRECEPTO

11. Tras la entrada en vigor de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016, los tribunales de instancia y la Corte de Casación han tenido la ocasión de aplicar el nuevo artículo 1105 del Código Civil en varias ocasiones. Lo han hecho principalmente sobre disposiciones emblemáticas de la reforma.

No es fácil delimitar la jurisprudencia, que se encuentra en proceso de consolidación, aunque sí parece que se perfila una tendencia general.

12. Dos ejemplos de incompatibilidad entre las reglas generales y las particulares. La Corte de Casación aplica expresamente el artículo 1105, párrafo 3, en una sentencia de 20 de septiembre de 2023[25]. El litigio concernía a la fijación de los honorarios de un experto contable que argüía que podía hacerlo en atención al nuevo artículo 1165 del Código. En los contratos de prestación de servicios, el precepto permite al acreedor, a falta de acuerdo entre las partes antes de la ejecución del contrato, fijar por sí mismo el precio, con la reserva de la sanción por abuso en tal fijación. No obstante, con base en el artículo 1105, la Corte de Casación considera inaplicable el artículo 1165 en la medida en que, según la ley reguladora de tal actividad[26], el profesional celebra con su cliente un contrato escrito que precisa los derechos y obligaciones de cada una de las partes. La Corte de Casación hace una aplicación del artículo 1105 en sentido amplio al considerar que la precisión de estos derechos y obligaciones incluye la fijación del precio y ello le permite establecer una incompatibilidad con el artículo 1165.

De manera más justificada, la Corte de Casación, en un *avis* de 2019, descarta esta vez la aplicación del artículo 1226 del Código Civil, que regula la resolución unilateral del contrato, a la ruptura de un contrato de trabajo debido a que esta segunda se regula por reglas particulares y comporta consecuencias específicas[27].

---

25. Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, *publié au Bulletin, D.* 2023. 1783, note Gérard, *D.* 2024. 275, obs. Boffa, *RTD civ.* 2023. 862, obs. Barbier et 919, obs. Gautier, *JCP G* 2023, act. 1241, obs. Lachièze, *RDC* 2024/1. 16, obs. Libchaber, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 1, 8, obs. Houtcieff, CCC 2023, comm. 181, obs. Leveneur, *LPA* 2023, n.º 012, 49, note Lardeux.

26. Décret n.º 2012-432 du 30 mars 2012.

27. Cour de cass., 3 avr. 2019, Avis, n.º 19-70.001, *publié au Bulletin*, *JCP G* 2019. 487, note Anciaux: "*L'article 1224 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, prévoit que la résolution du contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.*

L'article 1225 du même code précise les conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire.

Aux termes de l'article 1226 du code civil, le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent. Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution.

13. Un ejemplo de compatibilidad de las reglas generales y las particulares. La cuestión de la articulación del artículo 1170 del Código Civil, que considera no escrita "*toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur*", y las regulaciones especiales también se planteó con intensidad en los abundantes litigios entre comerciantes y profesionales y sus aseguradoras con ocasión de la pandemia del COVID-19.

La cuestión se planteó, más precisamente, con relación a la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad por pérdidas en la explotación del negocio en caso de cierre de los establecimientos. Se puso en duda tal validez no solo en atención al artículo L 113-1 del Código de Seguros[28], dado que tal exclusión no cumplía los requisitos de ser formal y limitada tal y como exige el precepto, sino también con fundamento en el artículo 1170 del Código Civil, dado que tales cláusulas privarían de su contenido sustancial a la obligación de garantía que presta el asegurador.

Mediante sentencia de 1 de diciembre de 2022[29], la Corte de Casación se pronuncia sobre la cuestión de la articulación del artículo L 113-1 del Código de Seguros y el artículo 1170 del Código Civil en cuanto a la validez de las cláusulas de exclusión de responsabilidad por las pérdidas de explotación.

En el caso de autos, el asegurador recurre alegando la incorrecta aplicación del artículo 1170. Se opone a la decisión que considera no escrita la cláusula de exclusión de responsabilidad en aplicación de dicho precepto, dado que la validez de la cláusula está regulada por una disposición especial del Código de Seguros.

La Corte de Casación decide que el asegurador no puede criticar el hecho de que la cláusula se considere no escrita con base en el artículo 1170. La solución se explica por el hecho de que la falta del carácter formal y limitada de una cláusula de exclusión de responsabilidad se aprecia de la misma forma en el Código de Seguros que la privación de sustancia que contempla el artículo 1170 del Código Civil. La Corte de Casación considera que, en efecto, una cláusula de exclusión no es limitada cuando vacía de contenido la garantía, en la medida en que tras su aplicación solo deja subsistente una garantía irrisoria[30]. Por tanto, la identidad de contenido de ambas reglas y sus soluciones es lo que justifica que ambos preceptos puedan ser aplicados de forma cumulativa o

---

Les modes de rupture du contrat de travail, à l'initiative de l'employeur ou du salarié, sont régis par des règles particulières, et emportent des conséquences spécifiques, de sorte que les dispositions de l'article 1226 du code civil ne leur sont pas applicables".

28. Artículo L 113-1 párrafo 1 del Código de Seguros: "*Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police*".

29. Civ. 2e, 1er déc. 2022, n.º 21-19.342 et n.º 21-19.343, *publié au bulletin*; Civ. 2e, 25 mai 2023, n.º 22-15.826 et n.º 22-15.935.

30. V. en particular: Civ. 2e, 9 févr. 2012, n.º 10-31.057, *Bull. civ.* II, n.º 22, *RDI* 2012. 290, obs. Noguéro.

indiferenciada. De no ser así, probablemente la Corte de Casación descartaría el artículo 1170 en favor de la regulación especial[31].

14. Un ejemplo de incertidumbre en el ámbito de los tribunales de instancia. La crisis sanitaria provocada por el COVID-19 también es el origen de los litigios relativos a la aplicación, o no, a los arrendamientos de negocio del nuevo artículo 1195 del Código Civil.

El precepto regula el supuesto en el que el cumplimiento se vuelve excesivamente oneroso por un cambio imprevisible de las circunstancias. Establece un complejo proceso de renegociación que, en caso de rechazo o fracaso, puede desembocar en la revisión o la resolución judicial del contrato. Algunos empresarios, al no poder disfrutar de los locales arrendados debido a las decisiones administrativas de cierre de establecimientos, invocaron el citado precepto para exigir una suspensión o una reducción de las rentas.

Existe cierta división entre los tribunales de instancia. Algunos han descartado la aplicación del artículo 1195 debido a que "*le statut des baux commerciaux prévoit de nombreuses dispositions spéciales relatives à la révision du contrat de bail (révision triennale, clause d'indexation)*"[32]. Otras sentencias sugieren, por el contrario, que se podría aplicar el texto[33]. Otra indica, a modo de principio, que "*aucune disposition légale n'exclut l'application de ce mécanisme de révision contractuelle aux baux commerciaux*"[34]. Innumerables tribunales de instancia lo han aplicado, aunque finalmente no haya prosperado, ya que no se cumplían las condiciones necesarias para revisar el contrato.

Estas dudas son comprensibles. Se entiende que los jueces procuren que no se recurra a la excesiva onerosidad para eludir las reglas legales sobre la revisión de los precios de los arrendamientos comerciales. Pero su incompatibilidad está lejos de ser evidente, dado que ningún texto que regula la revisión de tales precios aborda la hipótesis regulada por el artículo 1195.

15. Valoración de la jurisprudencia. Existen tendencias contradictorias en la jurisprudencia cuando se trata de aplicar el artículo 1105 a los contratos especiales[35], o incluso muy especiales, como el arrendamiento de negocio.

---

31. De hecho, así lo hizo hace poco tiempo en un negocio sujeto al derecho anterior a la reforma, al casar una sentencia que había considerado no escrita, con base en el antiguo artículo 1131 del Código Civil, la cláusula de exclusión de responsabilidad de un contrato de seguro contra las pérdidas de explotación tras haber considerado que ello no podía ser así en atención al artículo L 113-1 del Código de Seguros tal y como lo interpreta la jurisprudencia: Civ. 2e, 12 oct. 2023, n.º 22-13.759, *publié au Bulletin*, *RTD civ.* 2023. 859, obs. Barbier, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 1, 7, obs. Houtcieff.

32. Versailles, ch. 12, 12 déc. 2019, n.º 18/07183, *RTD civ.* 2020. 363, obs Barbier, *D.* 2021. 310, obs. Boffa, *Gaz. Pal.* 2020, n.º 37, 36, obs. Houtcieff.

33. Paris, Pôle 01 ch. 02, 4 nov. 2021, n.º 21/05272, *Gaz. Pal.* 2022, n.º 1, 3, obs. Houtcieff.

34. TJ Paris, 18e ch. 1re sec., 13 févr. 2024, n.º 20/09116.

35. En lo que respecta a los denominados *droits catégoriels* no contemplados en este estudio, la Corte de Casación concede al artículo 1105, párrafo 3, un ámbito amplio, en particular en lo

1) A veces se tiende a dar al artículo 1105 un alcance probablemente —demasiado— amplio al considerar, mediante una interpretación distorsionadora del precepto, que existe una regla especial, descartando así la de *droit commun*[36].

En la misma línea de una interpretación amplia del texto, los jueces descartan la regla general sin verificar en verdad que su aplicación es incompatible con la de la regla especial, como en las decisiones de los tribunales de instancia que rechazan la aplicación a los arrendamientos de negocio del nuevo artículo 1195 del Código Civil que regula la *imprévision*, basándose en que la regulación de tales arrendamientos prevé la revisión de la renta durante la vigencia del contrato y en el momento de su renovación[37]. La subsidiariedad del *droit commun* así aplicada resulta excesiva.

2) Sin embargo, existen casos en los que se observa que las reglas generales juegan su rol de complemento en ausencia de contrariedad con las reglas particulares. Es el caso en que los tribunales de instancia consideran que el artículo 1195 del Código Civil relativo a la *imprévision* se puede aplicar a los arrendamientos comerciales que no cuentan con ninguna regla especial en la materia[38].

Citemos además, en esta misma línea, una sentencia de la sala primera de lo civil que admite que una donación irrevocable por el donante puede ser objeto de un acuerdo de renuncia entre este y el donatario (*mutuus dissensus*)[39]; sin embargo, no se había suscitado la cuestión de la compatibilidad de la revocación por *mutuus dissensus* con las causas especiales de revocación de una donación. Lo mismo ocurre con las numerosas sentencias de jueces de instancia que aplican el artículo 1165 del Código Civil relativo a la determinación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicios a los "honorarios" de diversos profesionales (arquitectos, gestores de proyectos, expertos, peritos...) para los cuales no existe un mecanismo especial[40]. Por su parte, mediante sentencia de 25 de enero de 2024, la sala tercera de lo civil admitió la aplicación, en un caso de arrendamiento comercial, de la resolución del contrato por notificación, *aux*

---

que respecta a la articulación del artículo 1171 del Código Civil que declara no escritas las cláusulas abusivas presentes en un contrato de adhesión, por un lado, y las regulaciones especiales sobre cláusulas abusivas en el derecho de consumo y de la competencia, por otro lado (Com. 26 janv. 2022, n.º 20-16.782, precitada). En este sentido, Chénedé, *op. cit.*, n.º 123.380 s.

36. Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, préc. : V. *supra* n.º 12.

37. V. *supra* n.º 14.

38. V. *supra* n.º 14.

39. Civ 1re, 30 nov. 2022, n.º 21-11.507, *publié au bulletin, D.* 2023. 215, note C. François, et 254, obs. Mekki, *RTD civ.* 2023. obs. M. Grimaldi, *RDC* 2023/1. 18, obs. Dournaux.

40. V. en particular: Rennes, 4e ch., 30 mars 2023, n.º 21/07980, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 15, 7, obs. Houtcieff; Reims, 1re ch. sec. civ., 23 mars 2023, n.º 22/00335; TJ Paris, 7e ch. 1re sec., 23 avr. 2024, n.º 20/04749.

risques et périls de su emisor, prevista en el artículo 1226 del Código Civil[41]. Pero no se planteó la cuestión de su compatibilidad con las reglas de los arrendamientos de negocio.

En algunos casos, la Corte de Casación recurre incluso a las reglas generales para colmar lagunas, en particular en materia del denominado *droit catégoriel*. Así consideró que resulta de la combinación del artículo L 111-1 del Código de Consumo, que no establece expresamente la nulidad del contrato en caso de incumplimiento de los deberes de información precontractuales que establece, y el artículo 1112-1 del Código Civil, que tal incumplimiento del profesional respecto del consumidor entraña, sin embargo, la anulación del contrato, en las condiciones previstas en los artículos 1130 y siguientes del Código Civil, si el incumplimiento de los deberes de información recae sobre elementos esenciales del contrato[42].

3) En fin, cuando la regla general y la especial son idénticas, la Corte de Casación las aplica de forma concurrente, probablemente en aras de la eficacia y sobre todo porque no son antinómicas[43].

Lo anterior, a grandes rasgos, refleja el estado provisional sobre el artículo 1105 del Código Civil y su aplicación jurisprudencial sobre el cual podría pronunciarse el derecho de los contratos en particular, con ocasión de su reforma.

41. Civ. 3e, 25 janv. 2024, n.º 22-16.583, *inédita*, *D.* 2024. 275. obs. Mekki et 786, note S. François, *RTD* com. 2024. 48, obs. Kendérian, RDC 2024/2. 57, obs. Seube, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 11, 16, note H. Conte.

42. Civ. 1re, 20 déc. 2023, n.º 22-18.928, *publié au bulletin* (*D.* 2024. 404, note Pellier, *RTD civ.* 2024. 92, *JCP G* 2024, comm. 15, obs. Loiseau et act. 225, note Leveneur-Azemar, *RDC* 2024/2. 94, obs. Julien, *CCC* 2024, comm. 32, obs. Bernheim Desvaux.

43. V. *supra* n.º 13.

II. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS GENERALES Y LAS REGLAS ESPECIALES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL DERECHO DE CONTRATOS EN PARTICULAR

16. Una vez que el legislador reformista del *droit commun* ha tomado parte sobre la relación entre las reglas generales y las reglas especiales, el legislador que reforma el derecho especial de contratos no debe retomar una cuestión que no es de su competencia. Todo lo que puede y debe hacer es aplicar el principio de reparto adoptado, en este caso por el artículo 1105, utilizando los recursos que este le ofrece para aplicar, completar o derogar las reglas generales. Esto es lo que hacen, esencialmente, los proyectos franceses de reforma del derecho de contratos en particular[44] (A). De hecho, uno de los motivos con más peso para su reforma es una mayor coherencia con el nuevo de los contratos.

Pero estos proyectos demuestran que el legislador de los contratos en particular a veces va más allá del principio de reparto establecido en la teoría general del contrato (B).

A. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARTO ESTABLECIDO POR LA TEORÍA GENERAL

17. La configuración de la relación establecida, por el *droit commun*, entre las reglas generales y las reglas particulares es bastante similar en los dos anteproyectos franceses de reforma del derecho de contratos en particular —el de la Asociación Capitant[45] y el

44. V. en particular: GOUËZEL, A., "L'articulation avec le ", *CCC,* 2023, dossier 14; GOLDIE-GENICON, C., "L'adaptation au des contrats", *La réforme du droit des contrats spéciaux,* (directores C. E. Bucher y M. A, Daillant), Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2023, 61; SÉRIAUX, A., "L'articulation du spécial et du général dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux", *RDC,* 2023/1, 204.

45. L'*offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, elaborada por la Asociación Capitant se publica en junio de 2020. Se trata de una nueva versión, sensiblemente modificada, de un anteproyecto de reforma presentado a la Cancillería y difundido en junio de 2017.

Sobre este texto, disponible en la página web de la asociación, v. en particular: KASSOUL, H., GANTSCHNIG, D. (directores), *L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N.; *L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant*, Dossier, *RDC* 2020/3, 126.

de la Comisión presidida por el Profesor Stoffel-Munck[46]—, aunque existan ciertas diferencias entre ellos[47]. Esta relación se expresa de cuatro formas.

18. El reenvío a la regla general. La primera de estas expresiones es la del reenvío de una regla especial a la regla general a aplicar. Así, por ejemplo, el artículo 1602 del proyecto Stoffel-Munck reenvía al artículo 1163 para la determinación del bien vendido y al artículo 1166 para la determinación de su calidad. Otro ejemplo, en materia de mandato, el artículo 2007 reenvía al artículo 1156 para la sanción por ausencia o extralimitación del poder y el artículo 2008 al artículo 1157 para la sanción por el abuso del poder.

El proyecto Stoffel-Munck recurre a este mecanismo mucho más que el proyecto de la Asociación Capitant. Un autor ha enumerado 20 reenvíos en el primero y 12 en el segundo[48]. Algunos de estos reenvíos pueden considerarse inútiles —lo cual se ha denominado "*des neutrons législatifs*"[49]—, al aplicarse la regla general de todas maneras en ausencia de una regla especial contraria. Su presencia puede tener el mérito de eliminar toda duda sobre el punto en cuestión y ofrecer al operador jurídico del derecho contractual especial una representación completa del derecho contractual. Pero este mecanismo debe ser limitado para no convertir al derecho especial de contratos en una simple repetición del *droit commun*.

El tratamiento del *droit commun* por el derecho especial suscita otras dos observaciones.

---

46. Con relación a este texto, disponible también en la página web del Ministerio de Justicia, v. en particular, además de los estudios concernientes a diferentes contratos y publicados en diversas revistas: *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, (directores D. Galbois-Lehalle y P. Stoffel-Munk), LGDJ 2024; CHANTEPIE, G., y LATINA, M., "Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux", *D.*, 2022, 1716; *La réforme du droit des contrats spéciaux,* (directores C. E. Bucher y M. A. Daillant), Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2023; "Quelle réforme pour les contrats spéciaux ?", 1.ª parte, *CCC* 2023, dossiers 8 a 15 y segunda parte, *CCC* 2024, dossier 1 (estudio comparado de los dos proyectos); "Libres réflexions sur la réforme du droit des contrats spéciaux", Dossier, *RDC,* 2023/1, 203, *La reforma francesa de los contratos especiales, estudios a proposito del proyecto de la comision Philippe Stoffel-Munck*, (directores A. Veiga Copo y R. Pazos Castro), Civitas, 2024.

47. El anteproyecto de reforma del derecho de contratos en particular, elaborado por la Comisión constituida por la Cancillería y presidida por el profesor Stoffel-Mucnk, fue publicado en julio de 2022, sometido a consulta pública y finalmente presenta al Ministerio el 11 de abril de 2023. Ahora prevalece en gran medida sobre el anteproyecto Capitant.

A continuación, el Gobierno tiene previsto solicitar al Parlamento autorización para reformar mediante *ordonnance*, en un plazo de dos años a partir de la publicación de la ley, "*les mesures relevant du domaine de la loi pour moderniser, compléter, simplifier et harmoniser le droit des contrats spéciaux régi par les titres VI à VIII, X à XIII du Livre III du code civil*". El objetivo de la reforma, cuyos detalles figuran en el proyecto, es "*renforcer son efficacité*" y"*l'adapter aux besoins et enjeux économiques, sociaux et technologiques*".

48. GOUËZEL, A., "L'articulation avec le *droit commun*", *CCC,* 2023, dossier 14, n.º 12.

49. GOUEZEL, A., *ibid*.

Con relación a la forma, no se realiza siempre un reenvío expreso a un precepto en particular. Es posible que se realice de forma más global como el artículo 1650 del proyecto Stoffel-Munck que, en materia de compraventa, establece que "*(le cas échéant) l'existence d'un vice ne fait pas obstacle au droit de l'acheteur d'agir en nullité du contrat pour vice du consentement*"[50].

Con relación al fondo, se proyecta también el espíritu y la filosofía del nuevo *droit commun* sobre el derecho especial. Así, la exposición de motivos del proyecto Stoffel-Munck indica que el "*premier axe*" que lo inspira es favorecer la libertad contractual promovida por el *droit commun* reformado tras haberlo delimitado dentro de unos contornos razonables (en particular, por la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión). Ello se refleja naturalmente en el contenido de las reglas especiales; por ejemplo, al autorizar al vendedor profesional que se exonere de responsabilidad por la garantía de vicios a condición de que demuestre que ignoraba la existencia del vicio en cuestión[51].

19. El abandono de ciertas reglas especiales. La segunda de las expresiones de la relación entre las reglas generales y las especiales que se encuentran en los proyectos de reforma del derecho especial de contratos es la del abandono de reglas especiales que reflejaban particularidades de un contrato nominado. El ejemplo típico es el de la garantía de vicios ocultos en el contrato de compraventa. El artículo 1644 del proyecto Stoffel-Munck mantiene en apariencia las acciones específicas de la garantía por vicios ocultos: la estimatoria y la redhibitoria. Pero precisa que tales acciones se ejercen "*conformément aux articles 1217 et suivants*". Por ello, la doctrina considera que tales acciones solo son una aplicación del "*nouveau droit commun des sanctions contractuelles*". Este reenvío transforma completamente la garantía por vicios de la compraventa.

20. El complemento del *droit commun*. La tercera de las expresiones mencionadas que se encuentra en los proyectos de reforma del derecho especial de contratos es la de *complementar* el *droit commun*. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1739, para el arrendamiento, y el artículo 1879-3, para el comodato, del proyecto Stoffel-Munck que contemplan la cesión del contrato, accesoria a la del bien al que se refiere, lo cual no está previsto en el *droit commun* reformado.

El ejemplo más típico, parcialmente común a ambos proyectos, concierne a los contratos preparatorios. Ambos contemplan, junto con la compraventa, la promesa sinalagmática de contrato que el código reformado ignora[52]. Por el contrario, solo el proyecto Stoffel-Muck aborda el pacto de preferencia para señalar que las partes pueden acordar el pago de una cantidad de dinero en lugar de la prioridad concedida al beneficiario, enunciar la regla relativa a su duración (artículo 1585) y precisar las modalidades de ejercicio de

---

50. Principio opuesto al que mantiene la Corte de Casación, v. *supra* n.º 10.

51. Artículo 1642: "*Le vendeur est tenu des vices du bien vendu quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie. Le vendeur professionnel est présumé, jusqu'à preuve du contraire, connaître ces vices*".

52. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículo 15; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1587 s.

este derecho (artículo 1586). Las mismas cuestiones también se precisan en los preceptos relativos a la promesa unilateral de venta (artículos 1588 a 1590). En realidad, se trata de colmar las lagunas del *droit commun*.

21. La derogación del *droit commun*. La última expresión de la relación entre las reglas particulares y las generales concierne a la *derogación*. Aunque considerada normal, lo cierto es que es la más rara. Ello se debe en gran medida al hecho, no siempre suficientemente destacado, de que no todo el *droit commun* es susceptible de derogación, ya que se basa en gran medida en la naturaleza del acto, particularmente en lo que concierne a su formación y validez. Por tanto, la derogación solo puede referirse a puntos secundarios de la teoría general del contrato.

Como ejemplo, cabe citar el artículo 1738 del proyecto Stoffel-Munck. Tras indicar que "*le locataire peut céder le contrat de bail dans les conditions de l'article 1216*", añade que "*par dérogation à l'article 1216-1, la cession du contrat par le locataire libère celui-ci pour l'avenir*"[53].

En ocasiones, la doctrina cita también como ejemplo las reglas previstas para la fijación del precio en los contratos de prestación de servicios o en los contratos de empresa. Pero estos casos son más bien un supuesto de modificación de la relación de las reglas generales y especiales por el derecho especial.

53. La misma liberación automática del cedente para el futuro, contraria al nuevo artículo 1216-1 que exige el consentimiento expreso de la contraparte del contrato cedido, también se prevé en el artículo 1879-3 en caso de transmisión del contrato de comodato al adquirente del bien prestado y por el artículo 1739 para la transmisión del arrendamiento al adquirente del bien arrendado. La liberación para el futuro del arrendatario cedente también se prevé en el artículo 61 del proyecto de la Asociación Capitant. Tal coincidencia revela un cierto malestar respecto de la regla general.

B. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARTO ESTABLECIDO EN LA TEORÍA GENERAL

22. Cuando el derecho especial cambia alguna cosa respecto del principio de reparto enunciado por el *droit commun*, se produce una modificación de las relaciones entre las reglas generales y las reglas especiales. En los proyectos franceses de reforma del derecho especial de contratos, ello se produce de *dos formas* de diferente naturaleza: por un lado, mediante *adiciones* y, por otro, mediante una *incursión* en el *droit commun*.

23. Las adicciones. Las adicciones son comunes en ambos textos. Pero su objeto no es el mismo según el caso.

El rasgo característico del proyecto de la Asociación Capitant es consagrar, junto a las reglas especiales para determinados contratos, unas reglas especiales a determinados tipos de obligaciones. Una de las razones invocadas para ello es que varios contratos especiales dan lugar al nacimiento de obligaciones "*identiques ou similaires*", por lo que sería artificial someterlas a un régimen separado[54]. Así, en el proyectado Título IV "*Des droits et obligations spéciaux*" (artículos 1 a 11) se encuentran reglas relativas a las obligaciones de entrega y de garantía por evicción (particularmente en la constitución o transmisión de un derecho real), al derecho de disfrute, a las obligaciones de restitución, conservación y mantenimiento, etc.

Este sistema, que intercala entre las reglas generales y las especiales del contrato un cuerpo suplementario de disposiciones, se considera con carácter general demasiado complicado y no funciona realmente en la práctica[55]. Por ello, no fue adoptado por la Comisión Stoffel-Munck.

No obstante, ambos proyectos sí incluyen en cierta medida un segundo tipo de adición. Consiste en distinguir, para un contrato determinado, género y especies, incluso de subespecies (o variedades). Por ejemplo, el sistema se construye empleando el enunciado "*Règles (ou de dispositions) communes à toutes les ventes*"[56] seguidas de "*Règles (ou de dispositions) propres aux ventes de certains biens*"[57]. La misma estructura se aplica

54. Exposición de motivos, p. 3. Las otras razones son que así se evitan los rodeos que supone la calificación de los contratos híbridos, que se evita la reproducción idéntica de las reglas en el régimen de cada uno de los contratos en particular y que se permite tratar los contratos que no se pueden adscribir a ninguna categoría existente.

55. Sobre esta última cuestión, v. en particular: CATALANO, G. "Les obligations communes aux contrats de "restitution". Le mythe aux prises de la réalité", *L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, *op.cit.*, p. 67.

56. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 12 a 19; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1583 a 1656.

57. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 40 a 49, que solo distinguen la vente de inmuebles y la cesión de derechos litigiosos; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1657 a 1692 que adoptan las mismas categorías.

al contrato de arrendamiento[58], al contrato de prestación de servicio[59] o a los contratos de empresa[60], a los préstamos traslativos (solo en el proyecto Capitant)[61], al depósito (también solo en el proyecto Capitant)[62]. En el fondo, esto no es ninguna novedad, dado que el Código actual también distingue entre varios tipos de arrendamiento y préstamo, por ejemplo. Es también un reflejo del conocido fenómeno de crecimiento en arborescencia del derecho especial que se viene produciendo desde 1804.

Ello pone más claramente de manifiesto la cuestión de la articulación de las reglas especiales y las reglas muy especiales y la de estas últimas con el *droit commun*. Se trata de un punto ciego de la relación entre las reglas generales y las reglas especiales. Ningún texto de derecho especial lo regula y tampoco lo hace los anteproyectos de reforma del derecho especial de contratos. Como se ha visto, el nuevo artículo 1105 tampoco lo hace. No obstante, se afirma generalmente que es preciso razonar de la misma manera y aplicar el principio *specialia generalibus derogant*, yendo de lo muy particular a lo particular, y después de lo particular a lo general. Pero nadie ha demostrado que este principio de reparto sea aplicable sin dificultades ni adaptación. Por lo tanto, sería bienvenido un principio expreso de articulación entre lo especial y lo muy especial.

---

58. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 52 a 64 ("*Règles communes à toutes les locations*") y artículos 65 a 68 ("*Règles propres à la location de certains biens*") que solo contemplan disposiciones dispares sobre la cotitularidad del contrato de arrendamiento entre esposos o parejas vinculadas por un pacto de solidaridad, la responsabilidad en caso de incendio de un inmueble y el alcance de la garantía por disfrute debida por el arrendador de un inmueble en el que el arrendatario ejerce una actividad económica; Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1713 a 1743 ("*Dispositions communes à toutes les locations*") y artículos 1749 a 1753 ("*Dispositions propres aux locations d'immeubles*"). N.-B.: las disposiciones comunes siguen 4 artículos introductorios que definen el arrendamiento (*location*, en francés, "*aussi dénommée bail*"), el *loyer* (suma de dinero que puede complementarse con la prestación de un bien o servicio), que atribuyen en principio al arrendatario los frutos de la cosa e indican qué bienes (incluidos incorporales) pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento.

59. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 69 a 77 ("*Règles communes à tous les contrats de prestation de service*"), artículos 78 y 79 ("*Règles propre au contrat de transport*"), artículos 80 y 81 ("*Règles propres au courtage*"), artículos 82 a 99 ("*Règles propres aux contrats portant sur la réalisation d'un bien*", con la subdistinción de aquellas reglas propias de los contratos a los contratos de fabricación de un bien mueble y las propias de los contratos de construcción de un bien inmueble).

60. Anteproyecto de la Comisión Stoffel-Munck, artículos 1756 a 1780 ("*Dispositions communes à tous les contrats d'entreprise*") y artículos 1786 a 1794 ("*Dispositions propres à certains contrats d'entreprise*", que distinguen el contrato de *entreprise mobilière* y el contrato de construcción).

61. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 115 a 112 ("*Règles communes à tous les prêts translatifs*") y artículos 123 a 125 ("*Règles propres au prêt d'argent*"). El proyecto de la Comisión Stoffel-Munck opone el *prêt à usage* al *prêt de consommation*.

62. Anteproyecto de la Asociación Capitant, artículos 126 a 133 ("*Règles communes à tous les dépôts*") y artículos 127 a 141 ("Règles propres à certains dépôts", distinguiendo el *dépôt hôtelier* y el *séquestre*). El proyecto Stoffel-Munck contrapone el depósito propiamente dicho al *séquestre*, dividido este a su vez en *séquestre conventionnel* y *judiciaire*, y al depósito *hôtelier*.

24. La incursión en el *droit commun*. El segundo tipo de *superación*, por parte del derecho especial, de la relación entre las reglas generales y especiales establecidas por el *droit commun* es característico del proyecto de la Comisión Stoffel-Munck. Su especificidad la sitúa al límite de la cuestión. Se trata sencillamente de aprovechar la ocasión de la reforma de los contratos en especial para abordar de nuevo el contenido de la teoría general del contrato. El fenómeno es limitado y concierne principalmente a la sensible cuestión de la determinación del precio en los contratos de prestación de servicios[63].

Los miembros de la Comisión consideran inoportuna la nueva regla enunciada por el artículo 1165 que, en caso de ausencia de acuerdo de las partes antes de la ejecución del contrato, permite al acreedor fijar el precio. Así lo excluyen para todos los contratos de la categoría que tratan: el contrato de empresa, el préstamo, el depósito y el mandato. La Comisión procede dentro del ámbito de actuación que le compete, incluso aunque el alcance de tal exclusión es tan vasto que cabe preguntarse qué campo de aplicación queda para el artículo 1165.

No obstante, se extralimita claramente de su cometido cuando sugiere la abrogación del precepto[64]. Si bien prohibida por la *lettre de mission* enviada por el Ministerio de Justicia al presidente de la Comisión, parece que ahora permite esta reversión. Un artículo del proyecto de ley que habilita al gobierno a reformar el derecho de contratos mediante *ordonnance* le autorizaría a "*adapter les règles relatives au contrat figurant au sous-titre Ier du Titre III du Livre III afin d'améliorer leur articulation avec le droit des contrats spéciaux réformé*"[65]. Sin ánimo de exagerar, se puede decir que, si se adopta en los términos de este proyecto, la ley que habilita al gobierno para reformar por *ordonnance* el derecho *especial* de contratos lo haría también para permitir reformar (el texto prefiere el eufemismo de "*adapter*") de nuevo el *droit commun* de contratos. Aunque solo opere de forma marginal, cabe rechazar este método que, bajo la apariencia de la relación entre la teoría general y el derecho especial de contratos, consisten en abordar de nuevo el fondo de la primera con ocasión de la reforma del segundo.

25. Cabe tranquilizarse un poco ante la suerte que ha corrido tal proposición, pues el Senado ha suprimido, en primera lectura, esa habilitación a reformar el derecho especial de contratos por *ordonnance*. En particular, considera que no se puede prescindir de un debate parlamentario sobre un texto legal de tanta importancia[66].

---

63. Lo mismo ocurre con la noción de contrato aleatorio, cuya definición en el nuevo artículo 1108, párrafo 2, se considera demasiado amplia y no adaptada a los contratos regulados por el Título IX reformado (artículos 1964 a 1983: *jeu et pari*, *rente viagère*, *tontine*).

64. Además de los comentarios sobre los artículos del anteproyecto considerados, v. Lardeux, note sur Com. 20 sept. 2023, n.º 21-25.386, *LPA* 2023, n.º 012, 49.

65. Artículo 11-II-1.º del proyecto de ley n.º 550 de simplificación de la vida económica registrada en la Presidencia del Senado el 24 de abril de 2024.

66. Informe n.º 634 de la Comisión especial del Senado de 28 de mayo de 2024; discusión en primera lectura los días 3, 4 y 5 de junio de 2024.

En cuanto a la Asamblea nacional, que es —¿era?— mucho más favorable a dicha delegación, tendrá otros asuntos de los que preocuparse. Pero ciertamente ello no es nada de lo que alegrarse.

Santiago de Compostela, julio de 2024

BIBLIOGRAFÍA

BALAT, N., "Réforme du *droit commun* des contrats : et les conflits entre *droit commun* et droit spécial ?", *D.*, 2015, 699.

BALAT, N., *Essai sur le droit commun*, pref. Grimaldi, M., LGDJ, Bibl. Droit privé, t. 571, 2016.

BLANC, N., "Contrats nommés et contrats innomés, un article disparu?", *RDC*, 2015/3, 810

BUCHER, C. E., y DAILLANT, M. A. (directores), *La réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2023.

CATALANO, G. "Les obligations communes aux contrats de "restitution". Le mythe aux prises de la réalité", *L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N., p. 67.

CHANTEPIE, G., LATINA, M., "Observations générales sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux", *D.*, 2022, 1716.

CHÉNEDÉ, F., *Droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2023-2024.

DESHAYES, O., GÉNICON, T., y LAITHIER, Y. M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Lexisnexis, 2.ª ed., 2018.

FLOUR, J., AUBERT, J. L., y SAVAUX, E., *L'acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., 2024.

GALBOIS-LEHALLE, D., y STOFFEL-MUNCK, P. (directores), *L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, LGDJ 2024.

GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, pref. Lequette, Y., LGDJ, "Bibl. droit privé", t. 509, 2009

GOLDIE-GENICON, C., "*Droit commun* et droit spécial", *RDA*, 2013/7. 29

GOLDIE-GENICON, C., "L'adaptation au *droit commun* des contrats", *La réforme du droit des contrats spéciaux,* (directores C. E. Bucher y M. A. Daillant), Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2023, 61.

GOUËZEL, A., "L'articulation avec le *droit commun*", *CCC,* 2023, dossier 14.

KASSOUL, H. y GANTSCHNIG, D. (directores), *L'offre de réforme des contrats spéciaux. Réflexions libres à partir du projet de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, "Thèmes et commentaires", 2021, pref. Savaux, E., Schütz, R. N.

LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations,* Dalloz, 3.ª ed. 2024.

LEQUETTE, Y., "Y aura-t-il encore en France l'an prochain, un *droit commun* des contrats?", *RDC*, 2015/3, 616.

SÉRIAUX, A., "L'articulation du spécial et du général dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux", *RDC,* 2023/1, 204.

TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., y CHÉNEDÉ, F., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, colección "Précis", 13ª ed., 2022.

VEIGA COPO, A., y PAZOS CASTRO, R. (directores), *La reforma francesa de los contratos especiales, estudios a proposito del preoyecto de la comision Philippe Stoffel-Munck*, Civitas, 2024.

Véanse también los siguientes dosieres publicados en revistas jurídicas francesas:

L'offre de projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Capitant, Dossier, *RDC,* 2020/3, 126.

Quelle réforme pour les contrats spéciaux?, *CCC,*2023, dossiers 8 a 15 y *CCC* 2024, dossier 1 (*Estudio comparado de los dos avant-projets de reforma del derecho de contratos en especial)*

Libres réflexions sur la réforme du droit des contrats spéciaux, Dossier, *RDC,* 2023/1. 203 (Avant-projet Stoffel-Munck).

ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN REFORMADA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO TRANSITORIO*[1]

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho Civil
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

Las reglas escritas en el Código Civil español en materia de obligaciones y contratos son, en esencia, prácticamente las mismas que se promulgaron en 1889. Los fuertes cambios sociales y económicos operados desde entonces explican la inadaptación de estas reglas al mercado actual de bienes y servicios, inadaptación que la jurisprudencia solo en parte puede corregir. Explican también por qué la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestra misma tradición jurídica han modernizado o incluso rehecho completamente sus códigos civiles en este tema. Las peculiares circunstancias de nuestro sistema, prácticamente el único en el Unión Europea que conforma un Estado plurilegislativo en

---

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 23/02/2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad Generación del Conocimiento, 2022, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado "La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) IPs.: M.ª Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez.

El presente trabajo fue publicado de forma inédita en el número 2 del volumen XI del año 2024 de la Revista de Derecho Civil. Con el permiso de la citada revista, vuelve a ser publicado en el presente número monográfico con ánimo de dar mayor cohesión al conjunto de estudios aquí publicados y derivados de la misma actividad de investigación sobre algunas cuestiones previas relativas a la posible modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos.

materia civil, con proyección discutida en materia de obligaciones y contratos, complica también la reforma. La Propuesta de Modernización Reformada del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos, publicada en 2023, puede representar un paso importante para acometer la necesaria modernización del texto codificado. Algunos de los problemas generales de la técnica legislativa que plantea la citada propuesta son abordados en este trabajo, con una dedicación especial y más extensa a las muchas cuestiones que se suscitan sobre derecho intertemporal o transitorio.

PALABRAS CLAVE

Codificación; Código Civil; legislación delegada; leyes de bases; leyes especiales; derecho transitorio; retroactividad e irretroactividad de la ley.

SOME PRELIMINARY QUESTIONS ON THE REFORMED PROPOSAL FOR THE MODERNISATION OF THE CIVIL CODE ON OBLIGATIONS AND CONTRACTS: SPECIAL REMARK ON TRANSITORY LAW

ABSTRACT

The rules of the Spanish Civil Code on obligations and contracts are, in essence, practically the same as those promulgated in 1889. The strong social and economic changes that have taken place since then, highlight the inadequacy of these rules for the current market of goods and services, an inadequacy that jurisprudence can only partially correct. They also explain why most of the jurisdictions of our own legal tradition have modernised or even completely reworked their civil codes in this area. The peculiar circumstances of our system, practically the only one in the European Union that reflects a multi-legislative State in civil matters, also complicates the reform. The Reformed Proposal for the Modernisation of the Spanish Civil Code in matters of obligations and contracts, published in 2023, may represent an important step towards the necessary modernisation of the codified text. Some of the general problems of legislative technique raised by the aforementioned Proposal are dealt with in this paper, with a special attention to the many questions that arise regarding inter-temporal or transitory law.

KEYWORDS

Codification; civil code; delegated legislation; Act of bases; special statutes; intertemporal law; retroactivity and non-retroactivity of the rules.

SUMARIO

1. Introducción 401

2. El procedimiento legislativo 403

3. La relación con el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 407

4. El derecho transitorio 411

4.1. La ausencia de normas específicas en la PMR sobre el cambio normativo y el significado de la remisión a las reglas generales de derecho transitorio 411

4.2. Enumeración y explicación de las reglas básicas de derecho intertemporal aplicables al cambio normativo previsto 412

4.3. Reflexión sobre la conveniencia de introducir normas transitorias *ad hoc* 426

5. Epílogo: ¿es tiempo de codificar? 428

Bibliografía 430

1. INTRODUCCIÓN

Un cambio legislativo de la entidad del pretendido por la Propuesta Reformada de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, publicada por el Ministerio de Justicia el 31 de julio de 2023[2] (en adelante, PMR) plantea un extenso elenco de cuestiones previas de índole diversa, todas relacionadas con asuntos de técnica legislativa del máximo interés, los cuales, según entiendo, han de preceder a la descripción, análisis y crítica de su contenido sustantivo.

En el caso de la PMR algunas de esas cuestiones previas aparecen de modo expreso en la Exposición de motivos (lenguaje de los artículos, tratamiento de los contratos con consumidores, intervención mínima en otras partes del Código, ausencia de disposiciones transitorias, por ejemplo). Por el contrario, otras, igualmente preliminares respecto del contenido, no se mencionan, lo que con seguridad no podrá evitar que de avanzar en el cambio legislativo propugnado se vayan a poner de manifiesto con toda su virulencia o crudeza, si se me permiten ambas expresiones.

De entre unas, las expresadas, y otras, las omitidas en la PMR, he seleccionado cinco que, por su importancia, creo merecedoras de alguna reflexión o, al menos, de una leve referencia. De hecho, sobre la primera y la quinta de estas cuestiones previas apenas pasaré de puntillas, pues a pesar de reconocer su enorme interés, por su enjundia y su amplitud, exigen una dedicación que en este lugar no puedo darles.

El primero de los asuntos seleccionados, sobre el que apenas me detendré, busca la respuesta a este interrogante: ¿Qué parte del contenido de la PMR es competencia exclusiva del Estado? O si lo prefieren, ¿en qué título o títulos competenciales se basará el legislador estatal para justificar su competencia normativa si presenta esta Propuesta? Sin duda, apelará al artículo 149.1. 8.ª CE, cuando menciona la legislación civil, pero ¿lo ha de hacer también a la competencia exclusiva del Estado sobre bases de las obligaciones contractuales? De contestar afirmativamente, ¿para todo el contenido propuesto o solo para parte de él?, de ser esto segundo, ¿qué partes o preceptos corresponden a esa competencia exclusiva del Estado?

Se debe recordar que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009, precedente directo de la PMR, sí se pronunciaba expresamente sobre este asunto, cuando en su artículo octavo, bajo la rúbrica “Aplicación

2. Como se explica en el Prólogo al texto publicado por el Ministerio de Justicia, firmado por el Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, don Antonio Pau, el origen de esta propuesta obedece a la encomienda del Ministerio de Justicia hecha a un grupo de trabajo de la citada sección, para proceder al a revisión de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada en 2009 por la Sección Primera; para la reforma se tendrían en cuenta los nuevos textos comparados e internacionales y la evolución de la materia en los últimos años. Se encargó el trabajo a una subcomisión, presidida por el Antonio Manuel Morales Moreno, e integrada además por Teodora F. Torres García, M.ª Paz García Rubio, Nieves Fenoy Picón y Francisco Oliva Blázquez; el texto presentado por el grupo fue sometido a observaciones por los demás miembros de la sección y publicado en la página web del Ministerio de Justicia el día 31 de julio de 2023.

general de la reforma legal propuesta", señalaba: "La presente ley se dicta en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1. 8.ª *de la Constitución, por lo que será de aplicación general".*[3] Por su parte, la PMR de 2023 guarda silencio absoluto sobre el tema.

Siendo una cuestión que hace tiempo que dejó de ser jurídica, y cuyas implicaciones me alejarían probablemente del centro del discurso de este trabajo, me permitirán que solo la deje apuntada.

Me centraré, pues en los otros temas, tratando de buscar respuestas a las tres preguntas siguientes:

1.ª ¿Cuál sería el procedimiento legislativo más adecuado para llevar a buen puerto una reforma del calado de la que este texto pretende?

2.ª ¿Cómo aborda la PMR 2023 su relación con otras leyes que regulan cuestiones relacionadas con obligaciones y contratos? En particular, ¿qué prevé acerca de las leyes especiales en materia de contratos de consumo o de condiciones generales de los contratos?

3.ª ¿Cómo se van a solucionar los inevitables problemas de derecho intertemporal o transitorio que plantea cualquier cambio legislativo y que serán numerosos ante una reforma de este calado?

Aunque por su especial complejidad me pararé con mayor detalle en el último de estos interrogantes, advierto desde ahora que los tres son suficientemente relevantes como para merecer un estudio mucho más profundo del que voy a realizar en las líneas que siguen, las cuales solo pretenden introducir al lector en los problemas planteados y suscitar la necesidad de ahondar en ellos.

Finalizaré con un epílogo sobre la oportunidad y la conveniencia de abordar en este momento una obra codificadora o recodificadora como la pretendida con la PMR, cuestión que también ha generado ya algún debate entre los autores, y a la que tampoco podré dedicar, ni mucho menos, el interés que merece.

3. Por si quedaran dudas respecto a la intención del prelegislador en este punto, el n.º X de la Exposición de motivos de la Propuesta de 2009 literalmente señalaba: "Hay que añadir una observación de suma importancia: los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8.ª del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados en el libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia".

2. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Las posibilidades para dar cauce formal o procedimental a una iniciativa legislativa como la de la PMR son varias.

La primera, y aparentemente más obvia, es el recurso al procedimiento ordinario (artículos 87 a 91 CE), a través de la presentación de un proyecto de ley del Gobierno, o de una proposición de ley de los grupos parlamentarios. Sería además el procedimiento, por decir así, más democrático.

Sin embargo, este procedimiento plantea varios problemas que pueden comprometer *a priori* su éxito. Se puede comenzar por señalar el escaso interés que, a pesar de su indudable importancia para la economía y el funcionamiento del mercado, suscitan las obligaciones y contratos en sus señorías los parlamentarios, quienes tienen otras prioridades.[4] Resulta constatable que tal desinterés por las leyes civiles no existe, sino más bien todo lo contrario, en el caso de los parlamentos autonómicos cuando modifican, actualizan o desarrollan su derecho civil propio, lo que suele concitar no solo atención, sino incluso consensos que facilitan claramente el buen fin del cambio legislativo.

Volviendo al procedimiento legislativo ordinario en el Congreso de los Diputados y en el Senado, el segundo y mayor problema deriva de su lentitud y complejidad. El sistema de enmiendas de los grupos parlamentarios y de doble cámara, además de otros peligros que se imaginan fácilmente, es largo y costoso. Podría discutirse en Comisión en lugar de en Pleno, lo que lo aligeraría un poco, pero no lo suficiente,[5] además de resultar un tanto incoherente con la importancia real de la ley discutida.

En fin, el ordinario es un procedimiento escasamente compatible con una reforma de naturaleza muy técnica, que ha de tener una coherencia tanto orgánica con el resto del Código como funcional respecto de todo el ordenamiento jurídico, coherencias cuyo

---

4. Sobre la general desatención que sufre el Derecho Civil estatal por el poder legislativo y, en general, por el poder político, ya me he manifestado en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, n.º 1 (enero-marzo 2022), pp. 233-245. El tema es abordado también por AMÉRIGO ALONSO, J., "Breve digresión, a propósito de la Ley 17/2021 sobre el régimen jurídico de los animales, sobre el camino hacia la modernización del Código Civil", Monográfico *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal*, n.º 10, octubre 2022, pp. 23-35, quien estima que cuando las reformas de índole civil cuenta con un amplio sostén social canalizado a través de asociaciones u organizaciones que representan a los afectados, como sucedió en materia de discapacidad con la Ley 8/2021, o de protección de los animales, con la Ley 17/2021, tienen mayores visos de prosperar; en cambio, cuando los intereses en la reforma son difusos y carecen de entidades que operen de poder fáctico promotor del cambio, su inclusión en la agenda legislativa se hace más difícil, a pesar de que su necesidad pueda ser compartida de forma unánime por la doctrina; el propio autor apunta a otras dificultades añadidas.

5. Como muestra, la discusión parlamentaria de la Ley 8/2021, con centenares de enmiendas que complicaron sobremanera su tramitación y condujeron a algunas transacciones poco comprensibles.

respeto corre serio peligro de utilizar un procedimiento demasiado sujeto a vaivenes políticos.

Son razones similares a las que aconsejaron al legislador francés rechazar esta vía ordinaria en el caso de la reforma del *Code* civil en materia de derecho de contratos y régimen general y de la prueba de las obligaciones, acometida finalmente, no sin controversia,[6] a través de la *Ordonnance* n.º 2016-131, de 10 de febrero de 2016, posteriormente ratificada por la Loi n.º 2018-287 de 20 de abril de 2018. Más recientemente, el mismo procedimiento a través de "Ordenanza" es el que se propone para modificar el *Code* civil en el ámbito de los contratos especiales en el artículo 11 del Proyecto de Ley de "simplification de la vie économique", presentado al Senado francés, el 24 de abril de 2024.[7]Volviendo al caso español, el segundo mecanismo para lograr la reforma propuesta es encauzar su aprobación por el Gobierno a través de un Real Decreto (en adelante, RD) Ley, con la posterior convalidación por parte del Congreso (artículo 86 CE). El mayor hándicap técnico que suscita esta vía es que, después de muchos años de espera por la reforma que nos ocupa, no es fácil considerar que concurren los presupuestos exigidos por la Constitución de "extraordinaria y urgente necesidad", si bien los antecedentes inmediatos en la práctica político-legislativa de estos últimos años no parece que haga de esta ausencia de presupuestos un límite

6. En efecto, el Proyecto de ley de 2013 que contenía la solicitud de habilitación al gobierno para reformar el Derecho de obligaciones por Ordenanza fue aprobado por la Asamblea Nacional, pero rechazado por el Senado, donde se consideró que la reforma del derecho de obligaciones y contratos constituía una reforma mayor del Código Civil demasiado importante para ser realizada por esa vía. Fue necesario que la Asamblea Nacional confirmara la habilitación en una nueva lectura, tras haber constatado la discrepancia entre las dos cámaras, lo cual se hizo en el art. 8 de la ley n.º 2015-177 de 16 de febrero, relativa a la modernización y simplificación del derecho y de los procesos en el ámbito de la justicia y de los asuntos internos. Esta Ley habilitaba al Gobierno para adoptar la Ordenanza antes del 15 de febrero de 2016, exigiendo la elaboración de un proyecto de Ley de ratificación en los seis meses posteriores a la publicación de la norma gubernamental. La Ley de ratificación fue adoptada finalmente, tras intensos debates de los que derivaron modificaciones no menores, el 20 de abril de 2018 (CHANTEPIE, G. y LATINA, M., *Le nouveau drotit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l´ordre du Code civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2018, pp. 16-18).

7. En los siguientes términos: art. 11: "Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre, par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi pour moderniser, compléter, simplifier, clarifier et harmoniser le droit des contrats spéciaux régis par les titres viii, x à xiii du livre iii du Code civil pour renforcer son efficacité et pour l'adapter aux besoins et enjeux économiques, sociaux et technologiques"; a continuación, se añade que, para conseguir el fin propuesto, se realizan mandatos concretos referidos a los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento de cosas y de bienes incorporales, contrato de obra, contrato de préstamo y como dato, incluido el préstamo de consumo, contrato de depósito, contratos aleatorios, en especial el juego y apuesta, la renta vitalicia, contratos de mandato y asimilados; asimismo se ordena adaptar, reorganizar tanto otras partes del Código Civil que se pueden ver afectadas por la nueva regulación de los contratos, como otras leyes especiales igualmente afectadas; también se establece que se presentará un proyecto de ley de ratificación en un plazo de cuatro meses contados a partir de la publicación de la ordenanza.

infranqueable.[8] No deja de ser curioso que durante décadas el Código Civil no fuera nunca modificado a través de un real decreto legislativo, y en los últimos años el citado vehículo ya ha sido utilizado varias veces.[9]La tercera vía es la delegación legislativa del Parlamento en el Gobierno, quien podría dictar un real decreto legislativo (artículo 85 CE) en forma de texto articulado de desarrollo de la previa Ley de Bases, fórmula perfectamente constitucional, prevista en el artículo 82 CE,[10] que contiene los límites y exigencias que habría de cumplir. Añado también que el artículo 83 CE prohíbe que las leyes de bases faculten al Gobierno para dictar normas con carácter retroactivo, lo que tiene importancia para otro de los temas que voy a tratar.

Con bastante probabilidad, en el contexto político y social actual, este es el procedimiento que mejor garantizaría la aprobación de la reforma que nos ocupa.[11] El reparo mayor a este procedimiento (que es, a su vez, su mayor ventaja) es que evita la tramitación parlamentaria ordinaria y con ello, la intervención exhaustiva de los representantes de la soberanía nacional, quienes en este otro procedimiento se limitan a discutir y aprobar el contenido de la ley de bases; nada impide, sin embargo, que pudieran discutir el texto articulado, una vez presentado este.

---

8. Una crítica a esta práctica y a la laxa interpretación del Tribunal Constitucional sobre la citada exigencia del texto fundamental, ya en ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

9. Como ya señalé en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil...", *op. cit.*, p. 242.

10. Artículo 82 de la Constitución española:

    1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.
    2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.
    3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.
    4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.
    5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.
    6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

11. Ya manifesté esta opinión en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil...", *op. cit.*, p. 242; también es la postura de AMÉRIGO ALONSO, M., *op. cit.*, pp. 32-33, quien no obstante reconoce que el texto articulado no tiene precedentes en este siglo.

En resumen, este recurso plantea mayor eficacia en términos de tiempo y visos de mayor coherencia de la reforma, tanto en su aspecto interno como con el conjunto del ordenamiento, porque los redactores del texto articulado serían básicamente técnicos y las posibilidades de injerencia política menores.

Es palmario que este es el procedimiento elegido por el Ministerio de Justicia al hacer el encargo a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, quien ha presentado además del texto articulado una Propuesta de Ley de bases.

Aunque se puede discutir su mayor, menor o nula conveniencia o idoneidad,[12] lo cierto es que, en sus contextos históricos y normativos respectivos, fue el procedimiento que se utilizó para elaborar el CC de 1889, y para llevar a cabo algunas de sus reformas más importantes, señaladamente la del Título preliminar de 1973-1974.

Por otro lado, si se quiere incrementar la intervención parlamentaria en esta vía, con el objeto de paliar su presunto déficit democrático, recuerdo que además de todas las previstas con carácter general para la elaboración de las leyes,[13] el artículo 82.6 CE permite fórmulas adicionales de control, como puede ser la revisión *ex post* del texto articulado aprobado a fin de controlar su ajuste o no con la ley de bases,[14] como de hecho se hizo en 1889, donde las Cortes forzaron una segunda edición del Código Civil.

12. Discusión que, como se ha indicado en la nota 6, se produjo también de modo intenso en en Francia con motivo de la reforma del *Code* civil de 2016-2018.

13. AMÉRIGO ALONSO, M., *op. cit.*, p. 35 menciona la intervención de la Comisión General de Codificación para la redacción del borrador inicial, la emisión del dictamen preceptivo por parte del Consejo de Estado, o el trámite de información pública para recabar la opinión de la sociedad civil.

14. Cf. arts. 152 y 153 del Reglamento del Congreso de los Diputados (versión consolidada, https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-5196).

3. LA RELACIÓN CON EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y CON LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El hecho de que la regulación completa de los contratos con consumidores haya quedado fuera de esta PMR generó ya un debate interno en el seno de la Sección 1.ª de la CGC y ha sido objeto de opiniones doctrinales encontradas.

Sobre este tema sí se pronuncia, como he dicho, la Exposición de motivos de la PMR, que lo hace en los términos siguientes:

> *Tratamiento de los contratos con consumidores.* El legislador español optó hace tiempo por regular fuera del Código Civil el derecho de consumo. Este criterio de la PMR ha hecho necesaria la revisión de la orientación seguida anteriormente por la PM 2009 que contenía algunas normas sustantivas referidas a las relaciones contractuales de consumo. La versión revisada no contiene este tipo de normas, aunque en algunos casos se remite a ellas; son normas que se hallan recogidas en la legislación especial, ya muy densa y muy marcada por la necesidad de continua actualización. No obstante, sí se incluye de modo expreso la regla que consagra la aplicación supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código.

La regla mencionada es la del artículo 1218, en su punto 3, donde se declara que el Título II del Libro IV del Código Civil contiene las normas generales aplicables a todos los contratos, incluidos los contratos con consumidores o usuarios, siempre que no se opongan a las reglas especiales que le sean de aplicación.

Se trata de una disposición que declara las normas del Título II de aplicación supletoria o por defecto, reforzando lo que con carácter más general dice el artículo 4.3 CC. Debe quedar claro que no estamos ante una norma de remisión, sino ante una regla de declaración de supletoriedad.[15] Ello no convierte al citado artículo 1218.3 en un precepto meramente redundante, porque tiene una virtualidad añadida: la de insertar en el marco del Código Civil, y por tanto entre los contratos civiles, aquellos que vinculan a un empresario y un consumidor.

15. Sobre la diferencia entre ambas técnicas de relación entre ordenamientos o entre materias de un mismo ordenamiento, supletoriedad, por un lado, y remisión o reenvío por otro, cf. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* (coordinadores J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 1939-1953.

Esta opción distancia la PMR de 2023 de la Propuesta que se publicó en 2009, la cual incluía algunas disposiciones sustantivas relativas a contratos con consumidores.[16] La diferencia entre ambas propuestas en el abordaje de este asunto tiene una explicación temporal a la que de alguna manera alude el párrafo de la Exposición de motivos de la PMR que se ha reproducido: cuando se elaboró el texto prelegislativo anterior (probablemente, en este punto, mucho antes de 2009) el grado de desarrollo del derecho de consumo y de las normas contenidas en la LGDCU en materia de contratos con consumidores era mucho menor que el de 2023. La opción por "la solución pequeña" tomada en su día por el legislador español al elaborar una ley especial en materia de protección de los consumidores y usuarios[17] se ha ido consolidando y reforzando progresivamente, con un paso definitivo en 2014 tras la publicación del Texto Refundido.[18] El refuerzo ha continuado en la última década, incorporando a este las normas de trasposición de las directivas en materia de contratos con consumidores. Hoy se cuentan por decenas los artículos sobre la materia contenidos en el TRLGDCU, los cuales precisamente por esta labor de trasposición continua, están sometidos a una presión reformadora constante e intensa. Insertarlos en el Código Civil tendría, al menos, dos consecuencias indeseables: la de alargarlo excesivamente y la de someterlo a esa presión por su continua revisión a instancias de la Unión Europea, con el consiguiente peligro, además, para la coherencia interna del texto codificado.[19]Con todo, las relaciones contractuales con los consumidores y usuarios, están presentes en la PMR, y en

16. En concreto, de los artículos 1265 a 1267 de la Propuesta de Modernización de 2009, respectivamente referidos a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a los contratos a distancia.

17. Por oposición a lo que se hizo, por ejemplo, en Alemania, donde se optó por insertar en el BGB en materia de compraventa el sistema procedente de las directivas de consumo, lo que entonces se calificó como "*große Lösung*". En realidad, la solución inicial española fue más bien "pequeñísima", al promulgar una ley *ad hoc* exclusiva para el contrato de compraventa de bienes de consumo, como fue Ley 23/2003 de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, que prácticamente ni tocaba el Código Civil ni la LGDCU; la inserción posterior de su régimen en esta última, es la solución pequeña, como en su día explicamos en GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La Directiva 1999/44: caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", *Garantías en la venta de bienes de consumo*, (editor J. Lete Achirica), Santiago de Compostela, 2004, pp. 313-323.

18. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (*BOE* de 30 de noviembre de 2007), modificado por 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 (*BOE* de 28 de marzo de 2014).

19. Estoy de acuerdo con A. ROJO cuando señala que desde la perspectiva de la estabilidad son malas leyes las que se modifican incesantemente, una y otra vez, añadiendo que una ley atrapada en la dinámica de las sucesivas reformas corre el riesgo cierto de la incoherencia (ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., "Las malas leyes", *De Iure Mercatus. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO*, (coordinador J. A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 169-201).

consecuencia en el Código Civil, no solo en citado artículo 1218.3, sino también en otras disposiciones. Así, en el artículo 1111 excluyéndolas de la presunción de solidaridad pasiva (cf. también la nueva redacción del artículo 1837 en materia de fianza, donde se consagra la misma presunción y la misma excepción). En el artículo 1225, rubricado "Vinculación por la confianza", donde sí se recoge una genuina norma de remisión a la legislación especial para las relaciones entre empresarios y consumidores.[20] Finalmente, en el artículo 1255, regla especial sobre el lugar de celebración del contrato celebrado a distancia en que intervenga un consumidor o usuario.

Igualmente ha suscitado alguna discusión la opción de la PMR cuando ha tenido que abordar la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuya integración o no en los códigos civiles modernos o reformados ha recibido respuestas diversas.[21] En el caso de la PMR también se pronuncia sobre la cuestión la Exposición de motivos, en esta ocasión con mayor detalle. Dice en concreto:

> Las condiciones generales de los contratos están fuera del Código Civil desde que se produjo su regulación expresa en el Derecho español a finales del siglo pasado. La PMR opta por suplir esta omisión, tomando en consideración la enorme importancia de este tipo de contratación y la naturaleza civil de los contratos que las utilizan, cuando no ligan a dos empresarios entre sí. Sin embargo, se ha considerado que la introducción de una regulación exhaustiva de esta materia en el texto codificado podría ser perturbadora por varias razones, entre las que destaca que dicha regulación necesariamente debe estar muy ligada a los constantes pronunciamientos de la jurisprudencia europea y española. Ello implica que las normas destinadas a disciplinar las cuestiones surgidas en torno a la utilización de los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas han de ser necesariamente reglamentistas y fluidas, en la medida en que se dirigen a

20. 1. Las manifestaciones anteriores a la celebración de un contrato hechas por una parte contratante la vinculan si, conforme a la buena fe, han provocado en la otra parte una justificada confianza acerca de ellas.

2. Lo previsto en el apartado anterior se aplicará a las declaraciones efectuadas por un profesional a través de la publicidad u otras manifestaciones públicas.

3. En las relaciones entre empresarios y consumidores o usuarios se estará a lo dispuesto en la legislación especial.

21. Así, por ejemplo, se incorpora la regulación de las C. G. C. en el Código civil neerlandés y en el BGB, tras la Ley de Modernización de 2002. En cambio, el Código civil de Rumanía de 2011 dejó fuera de su sede la regulación, que permaneció en leyes especiales. Caso singular es el francés, que tiene normas sobre cláusulas abusivas en sus códigos de comercio y de consumo, lo que no ha impedido que se introduzca su regulación en el *Code* civil tras la reforma de 2016-2018, al menos en el artículo 1110 que contrapone el contrato negociado al contrato de adhesión, y en el artículo 1171, que circunscribe el control de contenido a los contratos de adhesión y en ellos a cualquier cláusula "non négociable déterminée à l`avance par l`une des parties", que cuando crea un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato es reputada como no escrita; añade además que la apreciación del desequilibrio significativo no puede referirse ni al objeto principal de contrato ni a la adecuación entre el precio y la prestación.

resolver los innumerables y, con frecuencia, novedosos problemas que va destilando la práctica. En consecuencia, se ha optado por introducir un artículo, ubicado en el capítulo tercero de esta PMR, que proporciona el encuadre de las condiciones generales de la contratación y otras cláusulas no negociadas en el marco del Código Civil mediante una definición de las mismas. Por añadidura, el artículo siguiente efectúa una remisión a la legislación especial, mencionando aquellas cuestiones cuya regulación se considera imprescindible en la materia, cuáles son los controles legales dirigidos a asegurar la incorporación, transparencia y contenido no abusivo de las condiciones generales y las cláusulas no negociadas, las reglas particulares de interpretación de los contratos que las contengan y los efectos de la declaración de no incorporación o abusividad, además de su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y espacial; asimismo, se hace una mención expresa a la aplicación supletoria a este tipo de contratos de las normas del título segundo del libro IV del Código Civil.

El párrafo es suficientemente explícito para comprender lo que se ha pretendido hacer con los artículos. 1265 y 1266 PMR, apartándose en cierta medida de su precedente de 2009 que sí contenía una regulación sustantiva sobre condiciones generales de la contratación, aunque fuera, con toda probabilidad, incompleta.[22]La última mención del párrafo transcrito a los contenidos sustantivos que necesariamente ha de tener la ley reguladora de las condiciones generales en los términos que recoge el 1266 PMR, y que refleja la Exposición de motivos, está inspirada en lo que hizo en su día el codificador de 1889 en otras materias que estaban ya previamente reguladas por ley de manera exhaustiva, por ejemplo, algunas propiedades especiales. De este modo la PMR muestra no solo respeto, sino inspiración en la tradición codificadora española.

Apuntaré, no obstante, un asunto que me parece de interés, que es el de determinar si el efecto práctico de los dos preceptos citados al atraer para el Código Civil la regulación de las condiciones generales de la contratación significa que, en realidad, estamos cambiando también algunos efectos sustantivos. Al menos, uno de estos efectos sí me parece claro: las normas supletorias para los contratos con condiciones generales en las cuestiones no reguladas en la legislación especial sobre estas son, en primero término, las del Código Civil. Por otro lado, la formulación del artículo 1266 PMR no permiten considerar *per se*, por ejemplo, que se extienda el control de contenido a las relaciones entre empresarios,[23] pues la remisión se hace estrictamente a los términos de la legislación especial.

22. Artículos 1261 a 1264 de la Propuesta de 2009.

23. Lo que, sin embargo, sí hacía la Propuesta de Modernización de 2009, extendiéndolo además a todas las cláusulas no negociadas, aunque no sean generales, como señala Pazos Castro, R., "Cláusulas abusivas", *Estudios de derecho de contratos*, (director A. M. Morales Moreno, coordinador E. Blanco Martínez), vol. II, Madrid, 2022, pp. 943-962.

4. EL DERECHO TRANSITORIO

El de esta rúbrica es un asunto especialmente complejo. La cuestión básica que plantea, en palabras de Castro, es la de señalar la línea divisoria entre la eficacia de la ley antigua y la ley nueva.[24] El mismo autor indicó que el derecho transitorio puede adoptar dos formas: la de introducir en la propia ley unas disposiciones especiales que delimitan su eficacia en el tiempo, y que suelen adoptar la forma de disposiciones transitorias, o el de dejar que sean las amplísimas reglas generales que fija el ordenamiento jurídico (reglas sobre la retroactividad) las que, interpretadas *ad hoc*, resuelvan las cuestiones intertemporales que vayan surgiendo.[25]

4.1. La ausencia de normas específicas en la PMR sobre el cambio normativo y el significado de la remisión a las reglas generales de derecho transitorio

En realidad, en el caso del Código Civil español la ausencia de disposiciones transitorias en una ley concreta nos lleva al artículo 2.3 que consagra el principio general de irretroactividad de las normas, pero también a las disposiciones transitorias del propio CC que tienen la condición de supletorias, o lo que es lo mismo, actuarán como tales en la ley concreta en tanto, como dice Castro, lo aconseje la analogía de las situaciones,[26] idea que se plasma en la última de esas disposiciones transitorias.[27] Volveré inmediatamente sobre estas reglas y sobre su eventual utilidad o no en el caso que nos ocupa.

Pero antes he de poner de manifiesto que también el tema del derecho transitorio tiene reflejo directo en la Exposición de motivos de la PMR que, con el titular anticipatorio de "Ausencia de disposiciones transitorias", se explica así:

> En esta PMR se ha optado por no introducir disposiciones transitorias específicas. Se ha tenido en cuenta que muchas de las reglas y principios que en ella se recogen ya se vienen aplicando en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar los preceptos actualmente vigentes del Código Civil. Cuando ocurra así, la PMR no debe entenderse como un cambio en nuestro ordenamiento, sino más bien como la plasmación legal de una sólida corriente jurisprudencial previa, que ya venía estando vigente en él. Por lo tanto, la aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil no debe impedir que los preceptos de esta reforma se apliquen a obligaciones y contratos nacidos con anterioridad a ella, cuando esta solución sea procedente de conformidad con el derecho transitorio general.

---

24. CASTRO, F. de, *Derecho Civil de España*, ed. facsímil del original, Madrid, Civitas, 1984, *Parte Primera* (ed. original 1949), p. 643.

25. *Ibidem*, pp. 632-633.

26. *Ibidem*, p. 651.

27. Disposición transitoria 13.ª: "Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

En resumen, la PMR opta, por un lado, por no incluir disposiciones transitorias *ad hoc* y, por otro, por remitirse en este punto a lo que llama el derecho transitorio general, esto es al artículo 2 CC y a las propias disposiciones transitorias del mencionado Código, en lo que resulten ser aplicables.

Hay que recordar que la primera edición del Código tampoco contenía disposiciones transitorias, más allá de un segundo párrafo en el artículo 1976 donde, reproduciendo una frase de la Ley de Bases de 1888 se establecía que "las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo". Nos informa Castro de que, al discutirse en el Parlamento la aplicación hecha por el Gobierno de la Ley de Bases al formular el Código, senadores y diputados criticaron la falta de disposiciones transitorias y la dificultad insuperable que ello significaría para la práctica, de modo que la comisión revisora del Código, cuando se redactó la segunda edición, suprimió ese segundo párrafo del artículo 1976 e hizo de su contenido el encabezamiento de un nuevo apartado del Código, bajo el epígrafe, Disposiciones transitorias.[28]

Pues bien, con este antecedente, asumiendo la ausencia de reglas transitorias específicas y volviendo al texto de 2023, debemos preguntarnos qué significa, en nuestro caso, la remisión al Derecho transitorio general que realiza la Exposición de motivos de la PMR.

Intentaré dar respuesta al interrogante formulando de manera numerada y lo más ordenada que pueda las líneas básicas que pueden contribuir a aclarar ese significado.

4.2. Enumeración y explicación de las reglas básicas de derecho intertemporal aplicables al cambio normativo previsto

Plasmando la intención señalada en el epígrafe anterior, seis son las reglas generales que voy a enunciar, intentado en cada una de ellas y con diferente extensión en función de su concreta dificultad y sus específicas ramificaciones, dar las correspondientes explicaciones.

Regla 1ª. La nueva ley se aplicará a partir de su entrada en vigor. Para ello, será precisa la previa publicación del texto legal en el *BOE* (artículo 9 CE y 3.1 CC) y el transcurso del plazo de *vacatio legis* que la propia ley establezca. Si nada menciona al respecto, este plazo será de veinte días (naturales, de conformidad con el artículo 5 CC) contados desde el día siguiente de su publicación.

Parece que un cambio legislativo de la entidad del que tratamos aquí exige un plazo de *vacatio* suficientemente largo para que los operadores jurídicos, y en especial quienes han de aplicar el nuevo derecho, lo estudien y conozcan.[29] A título de muestra, un año

28. CASTRO, C, F. de, *op. cit.*, p. 655.

29. Según DESHAYES, O., GENICON, Th., LAITHIER, Y. M. *Réforme du Droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2.ª ed., Lexis Nexis, 2018, p. 21, fue el criterio adoptado en Francia para la ordenanza publicada el 10 febrero de 2016, cuya entrada en vigor se estableció para el 1 de octubre del mismo año, lo que contrasta con lo ocurrido en Alemania con la Ley de Modernización, que entró en vigor apenas seis semanas después de su publicación.

ha sido el plazo utilizado por nuestro legislador en otras ocasiones de entidad parangonable a esta.[30]

Podría temerse que la utilización de un plazo similar al señalado fuera a contribuir a que se produjera una especie de entrada en vigor diferida durante doce meses o el tiempo de *vacatio* que se decida. Aunque es cierto que la nueva regulación no puede ser invocada durante ese hipotético plazo como derecho vigente, no lo es menos que en la práctica puede conducir a una suerte de aplicación anticipada de la nueva regulación. Tal es así, en la medida en que su contenido puede influir, consciente o inconscientemente, en la interpretación y, por ello, en la respuesta dada por los operadores jurídicos a las situaciones jurídicas surgidas durante el plazo de *vacatio*.[31] Esto puede ocurrir, sobre todo, en aquellos casos en los que no existe una jurisprudencia clara sobre el problema en cuestión y la solución aportada en la ley nueva podía ser ya una de las posibles con la legislación anterior. Un buen ejemplo dentro de la propia PMR sería, a mi entender, el de las muchas cuestiones abiertas que presenta la promesa al público en el sistema vigente, en el que se admite que en ciertas circunstancias pueda ser fuente de obligaciones, pero sobre la que no existe una respuesta segura sobre su vigencia, revocación, modificación, extinción o reparto entre los posibles ejecutantes de la prestación, a todo lo cual da respuesta el artículo 1092 PMR de una manera en absoluto incompatible con el sistema actual.

Regla 2ª. La entrada en vigor de la nueva ley implicará la derogación de las disposiciones del Código Civil contenidas en los Títulos I y II del Libro IV y de todos los preceptos situados en otros lugares del Código afectados expresamente por la PMR. Pero también de aquellos que, sin ser mencionados, sean incompatibles con la nueva normativa, tal y como señala el artículo 2.2 CC,[32] precepto que reconoce tanto la derogación expresa como la tácita por incompatibilidad entre lo previsto en la vieja y en la nueva legislación.

Regla 3ª. La nueva ley, una vez entre en vigor, será de aplicación inmediata a todas las situaciones jurídicas (actos, contratos u otras relaciones obligatorias) surgidas o producidas a partir de su entrada en vigor, tanto por lo que atañe a su formación, como a sus efectos, su transmisión y su extinción.

---

30. Como sucedió en su día, por ejemplo, con la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) o con la LO 5/2002, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Comentario al artículo 2", *Comentarios al Código civil,* (director A. Domínguez Luelmo), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 52).

31. En la experiencia francesa, E. Savaux critica, con matices, esta interpretación "anticipada" hecha por algunas resoluciones de los tribunales antes de la entrada en vigor de la ordenanza de 2016, pero después de su publicación, en FLOUR, J. A., UBERT, J. L., SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. L´acte juridique*, 17.ª ed., Paris, Sirey, 2022, p. 109.

32. De conformidad con este segundo apartado del art. 2 CC: "Las Leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que, en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las leyes que esta hubiera derogado".

Regla 4ª. La antigua ley, esto es, el texto actual del Código Civil, se aplicará a las situaciones jurídicas creadas válidamente con anterioridad a la entrada en vigor, tanto en su producción como en sus efectos. Esto último implica que su aplicación irradiará no solo sobre los efectos producidos hasta el momento de la derogación, sino también, en principio, a los efectos futuros de esas situaciones jurídicas (obligaciones, cumplimiento, incumplimiento, etc.) nacidas en el pasado, lo que significa una suerte de ultraactividad de la ley derogada.[33] Así, por ejemplo, si la obligación de resarcir el daño causado por un acto ilícito ha nacido antes de la entrada en vigor de la PMR, su pago habría de regirse por las normas del Código vigente y no por las contenidas en los artículos 1132 y siguientes de la Propuesta Reformada.[34]

Lo enunciado supone que la aplicación de la ley antigua continuará produciéndose durante mucho tiempo, pues esas situaciones jurídicas nacidas antes de la entrada en vigor de la ley nueva pueden dilatarse años o incluso décadas. Al mismo tiempo, se crearán otras ya con la ley nueva en vigor, produciéndose así la coexistencia de dos regímenes jurídicos, que pueden ser similares, que pueden ser muy distintos, o en parte ser una cosa y en parte la otra.

La aludida ultraactividad de la ley antigua es lo que resulta tanto de la inteligencia tradicional del principio general de irretroactividad consagrado en el artículo 2.3 CC, como, en particular, para los contratos, de la Disposición transitoria segunda del CC, principio que, así entendido, se ha considerado alineado con el más genérico de seguridad

33. Utilizando otros términos, caros a DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Las normas derogadas: validez, vigencia, aplicabilidad", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003, pp. 197-252, la aplicación en estos casos de la ley derogada muestra que, a pesar de haber perdido su vigencia, no se excluye totalmente su aplicabilidad. Este mismo autor pone de manifiesto (*ibid*., p. 248) que el concepto de ultraactividad nació en el contexto de la doctrina de Roubier sobre el "efecto inmediato", para dar cuenta de aquellos casos en que, respecto de situaciones en curso, por excepción, ha de seguir rigiendo la ley derogada; recuerda además el autor citado que para Roubier el supuesto principal es, precisamente, el de los contratos. De hecho, precisamente aludiendo a la materia contractual, contrapone "el príncipe du survie de la loi ancienne" al de aplicación inmediata de la ley nueva, CHÉNEDÉ, F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives,* París, Dalloz, 2016, p. 387.

34. De forma expresa, es la respuesta del Derecho belga en la Ley de 28 de abril de 2022, que aprueba el Code civil, livre 5, "Les obligations", en vigor desde el 1 de enero de 2023, cuyo art. 64, rubricado "Dispositions transitoires", establece: «Les dispositions du livre 5 du Code civil s'appliquent aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Sauf accord contraire des parties, elles ne s'appliquent pas et les règles antérieures demeurent applicables:

1° aux effets futurs des actes juridiques et faits juridiques survenus avant l'entrée en vigueur de la presente loi;

2° par dérogation à l'alinéa 1er, aux actes juridiques et aux faits juridiques survenus après l'entrée en vigueur de la présente loi qui se rapportent à une obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant l'entrée en vigueur de la présente loi».

jurídica. Se debe aclarar, no obstante, que esa ley antigua ha de ser aplicada con su interpretación jurisprudencial adecuada, cuestión sobre la que he de volver más adelante.[35]

Aunque constituya un paréntesis en el discurso, conviene advertir que, al citar estas disposiciones del Código Civil, estoy partiendo de un concepto de retroactividad que podemos considerar clásico entre nuestra doctrina civil, pero que no es exactamente el que se ha consagrado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a los efectos de interpretar el artículo 9.3. CE. Así, para el máximo intérprete de la Constitución una norma es retroactiva cuando anuda "efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a su entrada en vigor"; cuando incide sobre los "efectos jurídicos ya producidos" de situaciones jurídicas nacidas bajo la norma anterior, sobre "derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio", sobre "relaciones consagradas" o "situaciones agotadas" conforme a la legislación antigua. Estas situaciones son denominadas por el máximo intérprete de la Constitución como de verdadera retroactividad, retroactividad propia, retroactividad auténtica o, utilizando una terminología más clásica, retroactividad de grado máximo. Por el contrario, "la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro", o sobre "situaciones o relaciones jurídicas actuales aun no concluidas", o la afectación a derechos "pendientes, futuros, condicionados y expectativas" no suponen retroactividad en el sentido constitucional del concepto, aunque el Tribunal Constitucional haya aceptado hablar en ocasiones de retroactividad impropia o de grado medio, pero con la advertencia de que estos supuestos, en general, no activan las prohibiciones o límites constitucionales a la retroactividad.[36]

Pues bien, no parece que esta manera de entender la retroactividad, limitándola a la que el Tribunal Constitucional considera como retroactividad propia o de grado máximo y que en realidad supone la aceptación de lo que Roubier denominó "efecto inmediato de la ley nueva", sea la que debamos utilizar para calibrar el exacto alcance del artículo

35. Asunto diferente, y que mencionaré solo de modo marginal, aunque puede tener cierta relevancia en un cambio normativo tan importante como el que pretende la PMR, es que la aplicación de las nuevas normas por parte de los tribunales se haga recurriendo a la jurisprudencia anterior para hacerles decir a estas lo mismo que decían las viejas, al menos cuando son similares. Este fenómeno, que Delgado Echeverría denomina "jurisprudencia retardadora", puede que sea inevitable, pero nunca puede ser obstáculo para la producción efectiva de la modificación querida por el legislador.

36. Puede encontrarse toda esta terminología, por ejemplo, en la STC 126/1987, de 16 de julio , FJ 11; STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4 c); STC 270/2015, de 17 de diciembre que parece utilizar argumentos a veces incongruentes y STC 51/2018, de 10 de mayo.

2.3 CC; y ello a pesar de reconocer que ha sido acogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la relativamente reciente STS 349/2020, 23 de junio.[37] Veamos por qué.

El artículo 2.3 CC, de puro rango legal, solo es un mandato dirigido al aplicador del Derecho,[38] cuyo halo normativo no puede, en modo alguno, identificarse con el del 9.3 CE, disposición esta de rango constitucional que, en consecuencia, impone límites infranqueables para el legislador.[39]En cambio, como regla de aplicación e interpretación de otras normas, lo que el artículo 2.3 CC entiende por ley retroactiva parece ser otra cosa: una ley retroactiva es aquella que incide sustancialmente en situaciones creadas en el pasado, aunque esas mismas situaciones conlleven efectos todavía pendientes para el futuro. En consecuencia, la ley irretroactiva en este sentido civil clásico supone el mantenimiento de la ley antigua hasta que la situación jurídica creada bajo su abrigo

37. Se trataba de decidir si el efecto para el tiempo posterior a la entrada en vigor de la nueva norma de situaciones jurídicas creadas en el pasado, supone o no violación de los límites impuestos por el art. 9.3 CE a la declaración de retroactividad de una ley, lo que se respondió, lógicamente, de modo negativo. Pero no me parece acertado que para llegar a esa conclusión, — que derivaba de la propia naturaleza de los derechos en juego (que no eran en ninguno de los dos casos fundamentales, ni libertades públicas ni afectaban a la esfera personal, los únicos a los que se refiere el citado precepto constitucional, según la interpretación del Tribunal Constitucional y que sí parecían afectados en la STS (Sala Primera) de 992/2011, de 16 de enero de 2012, que cita un tanto espuriamente como precedente— fuera necesario identificar el concepto de retroactividad del art. 2.3 CC con el concepto constitucional del art. 9.3 CE.

38. Ya con la versión anterior a la modificación del Título preliminar del Código Civil producida en 1973-1974, y respecto del entonces art. 3 CC, homólogo al vigente 2.3 CC, consideraba un conspicuo civilista que tal precepto codificado podría ser considerado como superfluo si quiso ser una norma programática dirigida al legislador, porque no se trata de un precepto constitucional, y menos aún, rígido. Se trata solo —como ha de admitirse— de una norma dada al juzgador, cuyo alcance no es otro que el de una regla de interpretación; por añadidura como la excepción final del mismo determina, el efecto retroactivo o su contrario habrán de deducirse de la propia ley a aplicar, con lo que resulta que la simple utilización de las reglas de interpretación llevaría a la misma conclusión, aunque el artículo no existiera (MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español,* t. I, 6.ª ed., Madrid, Reus, 1943, p. 114). En fechas mucho más recientes, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "De la retroactividad de las normas", *Almacén de Derecho*, 8 enero, 2019, entiende que el art. 2.3 CC contiene un mandato relativo a la interpretación de las normas dirigido a los órganos de aplicación del derecho, por completo distinto, en su propósito y alcance, a las prohibiciones y límites que los citados preceptos constitucionales imponen a los órganos de creación del derecho con respecto a la regulación de las situaciones jurídicas procedentes del pasado.

39. Concuerdo con RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *op. cit.*, cuando afirma que el concepto constitucional de retroactividad es el que se utiliza para determinar el alcance de los límites y prohibiciones constitucionales dirigidos a los órganos dotados de competencias normativas. Pero el órgano aplicador del derecho puede hacer bien al utilizar conceptos más matizados sobre grados diversos de retroactividad para llegar a una mejor interpretación de las normas, en concreto, para colmar las lagunas que puedan detectarse en sus regímenes transitorios. Retroactividad en el art. 9.3 CE no tiene que significar lo mismo que en el art. 2.3 CE, como sucede también con otros conceptos constitucionales: propiedad no significa lo mismo en el art. 33.1 CE y en el art. 348 CC, por ejemplo.

agote sus efectos; esta ha sido, al menos, la manera habitual de entender el precepto en nuestra doctrina.[40]

Desde luego, esta interpretación de la irretroactividad se consagra de modo expreso en la Disposición transitoria segunda del Código Civil para los actos y negocios jurídicos, incluidos los contratos,[41] considerándose que es el que mejor se acomoda al requerido respeto a la voluntad de las partes y, por añadidura y como ya se ha dicho, el más consistente con la seguridad jurídica. Esta última disposición, sobre la que volveré, recoge la máxima *tempus regit actum,* y su aplicación implica que, en principio, los actos y contratos perfeccionados bajo el Código Civil vigente continuarán rigiéndose por sus normas hasta agotar todos sus efectos, sin que estos se vean alterados por la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico.[42] Así, por ejemplo, si se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias que afecte a un contrato celebrado antes de la entrada

---

40. Así, CASTRO, F. de, *op. cit.*, p. 648, cuando considera que se podrá hablar de retroactividad cuando a una relación jurídica conformada por una norma jurídica de fecha anterior le es aplicable una ley nueva, de fecha posterior, de modo que le afecte de modo sustancial. A continuación, el autor reconoce la existencia de los tres modos de retroactividad clásicos, de grado máximo, medio y mínimo, señalando que el art. 3.º CC (en la versión anterior a 1974), al imponer una presunción sobre el sentido no retroactivo de toda nueva norma, tiene distinta fuerza respecto de cada tipo de retroacción: casi invencible respecto del grado máximo, muy fuerte respecto al grado medio y fácilmente vencible respecto a la retroacción atenuada.

41. Comienza así: "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma...". Decía MANRESA Y NAVARRO, J. M., *op. cit.*, p. 113, que en materia de contratos se mantiene la no retroactividad en toda su pureza; aunque ya advertimos que la disposición continúa diciendo "... con las limitaciones establecidas en estas reglas".

42. Es el mismo principio recogido en el art. 9.2 de la Ordenanza francesa de 10 de febrero de 2016, conforme al cual: ""Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne", lo que según E. Savaux supone la aplicación del principio de supervivencia de la ley antigua que, según se reconoce, consagra la jurisprudencia francesa existente en materia contractual (FLOUR, J, AUBERT, J. L., SAVAUX, E., *op. cit.*, p. 105). Por su parte, en el segundo párrafo del art. 64 de la ley belga que aprueba el libro 5 del Code civil — precepto reproducido en la nota 34— se adopta este mismo criterio, incluso con un alcance más amplio, como se explica en el documento oficial citado por Wéry, P., "Vue d´ensemble sur le livre 5 *Les obligations" du Code civil*, en *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1 et 5 du nouveau Code civil*, (coordinadores T. DERVAL, R. JAFFFERALI y B. KOHL), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 39-67.

Es interesante aclarar que la Ordenanza francesa de 2016 dedicaba un único artículo, el 9, a las cuestiones transitorias; enunciando las reglas destinadas a asegurar la buena aplicación en el tiempo de esta, según el *Rapport au président de la République relatif a l´ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la prueve des obligations*, JO 11 fév. 2016, texto 25. Posteriormente, el legislador francés se vio obligado a incluir nuevas reglas transitorias, aclaratorias de las contenidas en la Ordenanza en el art. 16 de la Ley de ratificación de 20 de abril 2018. En el caso belga, el citado art. 64 se dictó para completar o enmendar el art. 1.2 del libro primero de su nuevo Código civil, con la curiosidad de que las dos leyes destinadas a aprobar, respectivamente, los libros primero y quinto del Código civil; se publicaron el mismo día, 28 de abril de 2022, ambas entraron en vigor el 1 de enero de 2023. Conforme al citado art. 1.2, rubricado, «Application de la loi dans le temps: La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a pas

en vigor de la nueva ley, no será de aplicación el artículo 1238 PMR, sino la jurisprudencia sobre la cláusula *rebus sic stantibus* que, no sin vaivenes, se viene aplicando en los últimos años. Sin embargo, veremos más adelante que la conclusión no tiene por qué ser tan absoluta.

Con todo, entendido en este sentido que hemos llamado más clásico, es bien conocido que el principio general de irretroactividad de las normas, a pesar de su solemne declaración, cuenta con notables excepciones que también estamos obligados a considerar en este lugar. Son excepciones que en algunos casos se hallan recogidas en las propias disposiciones legales y en otros han sido avaladas por la jurisprudencia, incluida la procedente del Tribunal Constitucional cuando trata de delimitar el alcance de las prohibiciones constitucionales de irretroactividad (con su propio concepto de esta, como se ha tratado de explicar). Son las excepciones que acojo en la siguiente regla quinta, las cuales vienen a reconocer, en buena medida, lo que se ha dado en llamar el "efecto inmediato" de la nueva ley [43] y que contribuye a atemperar los problemas de convivencia de aquellos dos regímenes jurídicos sucesivos, a los que hicimos alusión en un párrafo precedente.[44]

Regla 5ª. La nueva ley podría aplicarse retroactivamente en los puntos que ella misma señala, si es que lo hace, conforme al artículo 2.3 CC[45] y con los únicos límites del artículo 9.3 CE. Hasta lo que se me alcanza, la PMR no dispone en ningún precepto una retroactividad expresa, aunque la doctrina y la jurisprudencia admiten también la posibilidad de que se contemple en la norma una retroactividad tácita, deducida por vía de interpretación siempre que las nuevas disposiciones legales ofrezcan inequívoco

---

d'effet rétroactif à moins que cela ne soit indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général.

Sauf disposition contraire, la loi nouvelle est applicable non seulement aux situations nées après son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne qui se produisent ou perdurent sous la loi nouvelle, pour autant qu'il ne soit pas ainsi porté atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés.

Par dérogation à l'alinéa 2, la loi ancienne reste applicable aux contrats conclus sous l'empire de cette loi, sauf si la loi nouvelle est d'ordre public ou impérative ou si elle prescrit son application aux contrats en cours. Néanmoins, la validité du contrat demeure régie par la loi applicable au moment de sa conclusion».

43. En expresión de Roubier; el efecto inmediato de la nueva ley responde a la idea, escasamente compatible con la irretroactividad *tout court*, de que hay que suponer que la ley nueva se dicta porque es más justa o más perfecta que la anterior, y si esto es así, no deben coexistir esta y la primitiva más que en el mínimo indispensable, como reconocen DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, R., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 111.

44. Reconozco que, además, estas excepciones se aproximan en la práctica a la irretroactividad civil "real" a la constitucional explicada en el texto.

45. Insistimos, ahora en palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil,* i. *Parte General*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2002, p. 210, la regla de la irretroactividad del art. 2.3 CC va dirigida al juez, pero no al legislador.

carácter retroactivo.[46] Este último podría ser el caso de alguno de los artículos de la PMR que recoge conceptos consolidados ya en la práctica vigente, pero no delimitados por el legislador con la suficiente claridad y generalidad, como puede ser el de daño patrimonial y no patrimonial del artículo 1188.

Pero además de la excepción literalmente reconocida en el artículo 2.3 CC, será pertinente aplicar la nueva ley a las situaciones jurídicas anteriores en varias ocasiones más.

La primera cuando se trate de la modificación o revocación de los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos, por mor de la ya citada Disposición transitoria segunda del CC *in fine.*[47] Conforme al último párrafo de esta, referido expresamente a actos *mortis causa* pero considerado por la doctrina de aplicación analógica a los contratos y a cualquier otro acto,[48] la revocación de un contrato anterior o la novación del mismo, así como el propio contrato novado o revocado, por ejemplo, quedarán sometidos al régimen de la nueva ley, lo que no deja de suponer la aplicación del principio *tempus regit actum*, pues el acto de revocación o de modificación es ya un acto realizado bajo el imperio de la nueva legislación.[49]

Esto sucederá, por poner un ejemplo conocido, en el caso de tácita reconducción de un contrato de arrendamiento de cosas sometido al Código Civil, en el que existe consenso sobre la figura que supone el nacimiento de un nuevo contrato de arrendamiento.[50] Más dudas se plantean en el supuesto de un contrato sometido a una prórroga legalmente obligatoria para el arrendador. Aunque la lógica nos llevaría a pensar que partir de la prórroga también debería aplicarse el nuevo régimen jurídico, puesto que, aunque sea un contrato idéntico al anterior, se ha producido una modificación contractual, al menos relativa a su duración, lo cierto es que la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos contiene reglas transitorias especiales que, a primera vista, establecen la solución contraria. Así, conforme al artículo 10.4 de la citada Ley en materia de arrendamiento de vivienda, "Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido"; en el propio artículo 10, ahora en su párrafo 3, en relación con la prórroga extraordinaria del contrato por un periodo máximo de tres años, introducida por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, se dice expresamente que durante los años de prórroga "se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor"; en la misma línea y con carácter más general, la Disposición transitoria cuarta de la citada Ley 12/2023, señala: "1. Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad

46. DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, R., *op. cit.*, p. 116, con cita de STS de 26 de mayo de 1995.

47. Castro, F. de, *op. cit.*, pp. 662 y ss.

48. *Ibidem*, p. 664.

49. Como reconocen DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, R., *op. cit.*, p. 123.

50. En el mismo sentido, para el Derecho francés: CHÉNEDÉ, F., *op. cit.*, p. 388.

a la entrada en vigor de esta ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación", aunque inmediatamente añade: "2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley".

A mi entender, esta perpetuación de la legislación derogada, tributo a la tesis mayoritaria según la cual el contrato prorrogado sigue siendo el contrato anterior a pesar de la modificación operada en su duración, debe entenderse restringida a los aspectos que atañen a la legislación especial, pero no a las normas generales que, por aplicación supletoria, se pueden recoger *ex novo* en el Código Civil. Por poner un ejemplo, si se aprobase la PMR que introduce la ventaja injusta como una causa de anulación del contrato y existiere un contrato de arrendamiento anterior, pero prorrogado una vez aprobada la reforma del Código Civil, creo que no hay razones sensatas para que la citada causa de anulación no pueda actuar a partir del periodo de prórroga.[51]En caso de cesión del contrato de arrendamiento (o de cualquier otro), entiendo que se ha producido una modificación del contrato en los términos de la aludida disposición transitoria segunda, por lo que tanto el acuerdo de cesión por ser posterior a la entrada en vigor de la nueva ley, como el contrato cedido por implicar una modificación del contrato celebrado bajo el régimen anterior, quedarán sometidos al régimen jurídico de la ley nueva.

Por otro lado, siguiendo con las reglas del Código, aquella que consagra la aplicación de la ley nueva al contrato modificado puede plantear dudas en caso de que el viejo contrato que se renueva contenga remisiones a la ley antigua o reproduzca literalmente palabras de esta que ya no tengan correspondencia más o menos equivalente con la nueva (si la tuvieran, se pueden considerar sustituidos por esta, en una correcta interpretación contractual). Parece lógico pensar que estas remisiones no son, en principio, cláusulas contractuales que hayan de prevalecer sobre la nueva ley aplicable, respuesta que, por el contrario, si será la acertada en caso de que las partes hayan previsto el cambio de la ley y hayan voluntariamente pactado la continuación de la regulación pasada, siempre y cuando, como es natural, no se infrinjan disposiciones imperativas de la ley nueva.[52] Pero, además, creo que la aplicación inmediata de la nueva ley a los actos y contratos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor se producirá igualmente cuando las nuevas normas vengan a consagrar principios básicos del ordenamiento jurídico que no fueron tenidos en cuenta, o no lo fueron de modo suficiente, en la legislación derogada.[53] Así, por ejemplo, a pesar de que la interpretación

51. En sentido contrario, en el derecho francés entiende que el contrato prorrogado queda sometido íntegramente a la ley antigua, *Ibidem*, p. 388.

52. Lo plantean, en la doctrina francesa, DESHAYES, O., GENICON, Th., LAITHIER, Y. M., *op. cit.*, p. 26.

53. No es esta, sin embargo, la solución dada por el legislador francés, que en la Ley de ratificación de 2018 resolvió la ambigüedad del art. 9 de la Ordenanza de 2016 en relación con los efectos futuros de los contratos concluidos antes de la entrada en vigor de esta última, señalando expresamente que quedaban sometidos a la ley antigua "…y compris pour leurs effets légaux et

de la Disposición transitoria segunda pudiera hacernos pensar otra cosa, lo cierto es que un contrato que en su negociación, celebración o ejecución haya violado el principio de no discriminación de manera injustificada ha de ser declarado nulo, incluso de forma sobrevenida y como consecuencia de la nueva ley (cf. artículo 1219 PMR), es decir, aunque hubiera sido considerado válido en el momento de su celebración.

La Disposición transitoria segunda solo se refiere a los actos y contratos, pero no a otros hechos, facultades, situaciones o incluso a algunas definiciones recogidas en artículos de la PMR para delimitar conceptos, supuestos que no son genuinamente actos o contratos pero que tienen relevancia para el crédito o la deuda. Por ejemplo, el concepto de incumplimiento recogido en el artículo 1171 PMR. Al respecto, el principio de irretroactividad sancionado en artículo 2.3 CC, tal y como se ha descrito, parece conducir a la aplicación de la ley antigua, con los muchos matices que se han recogido, con los que se mencionarán en las próximas líneas y, con toda seguridad, con otros muchos que dejaré en el tintero.

En este punto se debe poner de relieve un asunto de importancia capital en el caso de esta Propuesta de 2023 que ya he insinuado más arriba: me refiero a la apariencia de aplicación retrospectiva de la ley nueva en los casos en los que la PMR se ha limitado a recoger la interpretación de una norma que ya venían haciendo nuestros tribunales, y a la que incluso, en algunos casos, cuando menos, se puede conceder el carácter de jurisprudencia en el sentido más técnico-civil del término,[54] si se me permite la expresión; a esta circunstancia, precisamente, se alude el último párrafo de la Exposición de motivos que he transcrito más arriba.

En efecto, como es bien sabido y el zaguán de la PMR se encarga de recordar, muchos de los artículos incluidos en ella, y que pudieran ser aparentemente novedosos en

---

pour les dispositions d'ordre public"; solo se contemplan tres excepciones para tres preceptos específicos, arts. 1123, párrafos 3 y 4, en materia de pacto de preferencia arts. 1158 y 1183, respectivamente sobre representación y nulidad, los tres aplicables a partir de la entrada en vigor de la Ordenanza.

Por su parte, el art. 64 de la ley coetánea que aprueba el libro 5 del nuevo Código Civil y que responde a la rúbrica "Dispositions transitoires", transcrito en nota 34, no contiene la salvedad de la regla general respecto a las normas de orden público o imperativas, lo que descarta la aplicación inmediata de estas disposiciones a la reforma operada en materia de obligaciones por el dictado libro 5, tal y como se explica en el documento parlamentario reproducido por WÉRY, P., "Vue d´ensemble sur le libre 2023...", cit., pp. 63-65; en el mismo sentido, Jafferali, R, "Quelques mots díntroduction sur le nouveau droit des obligations", en *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, (coordinadores A. CATALDO. y F. GEORGE), Limal, Anthemis, 2022, pp. 9-15.

54. Que ya no se puede restringir a la formulación que hace el art. 1.6 CC según la cual se exige para la creación de jurisprudencia la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, reiteración que ahora se pude considerar suplida por una única sentencia cuando el criterio de interpretación es fijado por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como bien nos recuerda y explica, con sus múltiples aristas, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La jurisprudencia civil en el marco constitucional europeo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 23 y ss.

relación con las reglas expresadas en el Código vigente, no suponen en realidad ruptura alguna con la normativa actual, pues, o bien son meros textos interpretativos que se limitan a precisar el sentido de una ley anterior,[55] o no se trata de reglas nuevas, sino de la plasmación en el texto legal de las reglas que ya vienen aplicando nuestros tribunales y demás operadores jurídicos. Lo que ha operado la PMR en estos casos es lo que los juristas francófonos llaman una codificación à *droit constant,* pero no un verdadero cambio normativo y, por lo tanto, la aplicación de los nuevos textos a situaciones nacidas en el pasado, pero susceptibles de producir efectos todavía pendientes, no puede ser considerada en modo alguno como retroactiva.

Los ejemplos de lo que se acaba de anticipar son muy numerosos y se extienden a lo largo de todo el articulado de la PMR. Así, entre otros, apreciar que un enriquecimiento sin causa producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley es susceptible de crear obligaciones no supone aplicación retroactiva alguna del artículo 1091 PMR pues, aunque ninguna disposición concreta del CC recoja una regla expresa en tal sentido, la misma es aplicada de manera constante por nuestros tribunales desde hace mucho tiempo. Ninguna aplicación retroactiva de la ley nueva se produce si se afirma la capacidad de contratar de una asociación válidamente constituida, pues tal se viene reconociendo de manera indiscutida en nuestro, y ello a pesar de que no exista en el CC norma paralela al artículo 1223 PMR que expresamente admite la capacidad para contratar de las personas jurídicas. Igualmente se reconoce en jurisprudencia reiterada que los actos de los contratantes anteriores a la celebración del contrato pueden servir para interpretar las cláusulas de este, aunque el artículo 1282 CC solo mencione los coetáneos y posteriores, por lo que el hecho de que el artículo 1272 PMR incluya los actos previos no conlleva su aplicación retroactiva si se utiliza para interpretar contratos celebrados antes de su entrada en vigor. Como digo, los ejemplos se podrían extender mucho más, aunque reconozco que en algún caso la cuestión puede plantear más dificultad; por ejemplo, la solidaridad pasiva contractual consagrada en el artículo 1111.1 PMR, que eleva a norma general algo que la jurisprudencia viene admitiendo de modo progresivo desde hace décadas si bien, como es lógico, al hilo de asuntos concretos; en tanto provenga de contratos anteriores a la entrada en vigor de la ley nueva, parece más prudente considerar que sea la jurisprudencia aludida y no la nueva regla lo que se aplique.

En síntesis y volviendo al discurso central, la aplicación por los operadores jurídicos de alguna de las reglas que plasman interpretaciones ya consolidadas de la ley anterior

55. Las genuinas normas interpretativas tradicionalmente escapan al principio general de irretroactividad; entre otros lo afirman, SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al art. 2", *Comentario del Código Civil,* t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 18; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Comentario al artículo...", *op. cit.*, p. 54 y DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, R., *op. cit.*, p. 118, quienes las incluyen en los casos de retroactividad tácita. Partiendo del mismo criterio, la ley francesa de ratificación de 2018, en el art. 16.1 reconoció carácter interpretativo a una serie de artículos introducidos por ella en aclaración de normas de la Ordenanza, lo que no ha dejado de plantear problemas puesto que tal calificación como interpretativa puede ser controlada por los tribunales, como señala SAVAUX, E., *Ibid.,* 2022, p. 112.

pudiera dar la impresión de que la ley nueva proyecta su foco hacia el pasado, cuando en realidad solo lo hace en apariencia. La apariencia de aplicación inmediata de la ley nueva no supone ninguna novedad, pues esta se limita a realizar la plasmación escrita de lo que ya se venía tratando como derecho vigente; por ello, entiendo que no hay una genuina aplicación retroactiva.

Cuestión distinta, y en cierto modo complementaria, es la de responder a si, en el caso de que la aplicable sea la ley anterior, por ejemplo, porque se trata de hacerlo a un asunto controvertido relativo a los efectos pendientes de un contrato nacido con arreglo a esa legislación, el operador jurídico podrá o no tener en cuenta la solución propuesta por la nueva ley, ya en vigor;[56] desde luego, existe algún antecedente bastante reciente en el que el Tribunal Supremo ya adoptó este criterio.[57]

Evidentemente, tampoco se podrá hablar en rigor de retroactividad cuando la nueva norma escrita se limite a repetir exactamente, o con variaciones intrascendentes, otra de la legislación anterior, situación que tampoco es infrecuente en la PMR, como no lo es en ninguna ley de reforma o modificación de otra precedente destinada a sustituir a esta última, sobre todo si es de la amplitud de la que en este trabajo nos convoca.[58]Aún más, no debemos olvidar que cuando estemos ante materia contractual todo lo dicho podrá ser cambiado por la voluntad de las partes, siempre que no traspasen los límites a la autonomía privada. Al fin y al cabo, como dijimos también en algún párrafo anterior, la irretroactividad *tout court* que contempla la Disposición transitoria segunda del Código Civil presume ser lo más respetuoso con autonomía privada; si las partes se manifiestan de modo contrario, debe ceder. En definitiva, los contratantes pueden decidir el sometimiento de los efectos futuros de su relación contractual a la ley nueva, a pesar de lo que diga la citada Disposición transitoria segunda, que debe tratarse como una norma dispositiva. [59]

---

56. Para el caso belga, WÉRY, P., *Ibidem,* 2023, p. 65, transcribe estas palabras del documento parlamentario citado en la nota 53, "toutes les fois que les dispositions antérieures demeurent applicables, rien n´empêche la jurisprudence de tenir compte des dispositions nouvelles pour trancher les questions qui demeuraient controversées sous l´empire de la loi ancienne".

57. Me refiero a la STS de Pleno, 463/2019, de 11 de septiembre, STS 463/2019, de 11 de septiembre, en la que, para valorar si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor, se consideró que se trataba de interpretar de modo casuístico el número de mensualidades que el consumidor había dejado de pagar; el tribunal entendió que dentro de dicha interpretación podía ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplían o no los requisitos del art 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aunque el contrato de préstamo con garantía hipotecaria cuestionado había sido celebrado en 2008.

58. Sobre las normas modificativas de sustitución, entre las que cabe encuadrar una parte importante de las contenidas en la PMR, LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 270-271. Situación a la que también alude DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Las normas derogadas: validez...", *op. cit.*, p. 214.

59. Cf. el segundo párrafo del art. 64 de la ley belga, sobre el libro 5 del Código Civil, reproducido en la nota 34 y que comienza "Sauf accord contraire des parties...".

Regla 6ª. Por último, y en otro orden de cosas, las disposiciones sancionadoras no favorables que se introducen en la PMR, aun siendo normas civiles, no pueden tener efecto retroactivo, según la Disposición transitoria tercera del CC.[60] De nuevo, estamos ante una norma de rango legal dirigida, y conviene subrayarlo otra vez, al aplicador del Derecho y, por tanto, no es coincidente ni en su función ni en su ámbito de aplicación con el artículo 9.3. CE.

Es cierto que este límite adquiere el rango constitucional que le otorga el artículo 9.3. CE, el cual afecta también a las disposiciones sancionadoras de naturaleza civil, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, a las que, obviamente, alcanza la jurisprudencia dictada por este al respecto. Esto quiere decir que para las normas sancionadoras civiles resulta aplicable el concepto de retroactividad del máximo intérprete constitucional al que antes se hizo referencia, que es mucho más restringido que el derivado del artículo 2.3 CC y que se identifica con el efecto inmediato de la ley nueva. Otra cosa es cuál sea el perímetro de actuación de las sanciones civiles a estos efectos, cuestión que nunca ha sido pacífica en nuestra doctrina.

En este marco, respecto de las disposiciones que puedan calificarse de sancionadoras, pero a la vez de favorables, en el sentido de que imponen una sanción menor, cuantitativa o cualitativamente, que la que imponía la ley vigente en el momento de realización de los hechos, cabe preguntarse por la posible retroactividad *in mitius*. Es la idea que de alguna manera subyace en la Disposición transitoria tercera del CC en su apartado final, el cual ordena la aplicación de la norma más benigna.[61] A este respecto, y partiendo de que, según algunos autores, cabría considerar la nulidad de un contrato como un supuesto de sanción civil,[62] resultaría que la retroactividad de la ley más favorable significaría la convalidación *ex post* de los actos y contratos que eran nulos con la ley derogada pero que no lo son con la nueva,[63] Sin embargo, esta tesis no convence a otros autores, entre los que me encuentro, quienes no comparten que la nulidad pueda ser calificada como una sanción,[64] por lo que, con este punto de vista y en principio, no cabría esa

60. «Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando estas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código», y añade "Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna".

61. GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Ibidem,* 2010, pp. 53-54.

62. Tesis que mantienen, por ejemplo, DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, R., *op. cit.*, p. 115.

63. *Ibidem*, p. 124.

64. SALVADOR CODERCH, P., *op. cit.*, p. 18. De manera exhaustiva, niega que la nulidad de un acto pueda ser considerada siempre como una genuina sanción, utilizando como punto de partida de su argumentación la distinción reconocida entre otros por Hart, entre normas de mandato, cuya infracción origina una sanción, y normas que confieren poderes, que de no ser seguidas originan la invalidez del acto, pero no una sanción, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*,

convalidación *a posteriori*. Tal consideración no impide que podamos apelar a la posibilidad de esta convalidación por aplicación de la ley nueva, en especial, cuando la nulidad derivada de la ley antigua contradiga principios de orden público del sistema vigente.[65]

Pero incluso más allá de este supuesto concreto, creo que podría haber más casos en los que la entrada en vigor de la ley nueva sería susceptible de conducir a la convalidación de contratos originalmente nulos según la ley antigua, cuando los efectos o algunos de estos siguen pendientes. Me viene a la mente el caso del contrato con precio abierto celebrado con arreglo a la regulación actual del Código; una interpretación rigurosa de los artículos 1445, 1447, 1147 y 1448 CC implicaría que una compraventa sin un precio cierto en el sentido que le dan esos preceptos sería nula, en contra de lo que se consagra expresamente en el artículo 1239 PMR. Ninguna razón plausible se me ocurre para que una compraventa en la que se haya dejado indeterminado el precio y que todavía esté pendiente de ejecución no pueda ser convalidada por esta norma.

Con todo, dejando al margen los supuestos de nulidad, en los que como se ha dicho, no es pacífica su consideración como sanción en el sentido de "pena civil", cabe dudar de que esta retroactividad de la ley más favorable pueda ser correctamente aplicada en el ámbito de las relaciones entre privados, pues al regular estas habitualmente una norma sancionadora que beneficia a un sujeto de modo correlativo perjudica a otro, quien se vería así perjudicado por la aplicación retroactiva de la nueva disposición. Deberíamos analizar más detalladamente si en el seno de esta reforma en materia de obligaciones y contratos se pueden detectar normas sancionadoras; solo entonces y caso por caso, se podría dar una respuesta más o menos certera a la cuestión planteada.

Respecto a las normas restrictivas de los derechos individuales, cuya aplicación retroactiva está asimismo prohibida por el artículo 9.3. CE, y que también tenemos que analizar a los efectos de la aplicación de la Disposición transitoria tercera del CC, es útil recordar la doctrina del Tribunal Constitucional. Según esta, la mención a los derechos individuales no se refiere a todos los derechos subjetivos, sino que ha de entenderse hecha a los derechos fundamentales, libertades públicas o o a la esfera general de protección de

---

Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 89-138; publicado también en *Validez de normas y de actos jurídicos. Estudios de Teoría General desde el derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 169-214, fuente que ha sido la utilizada en este trabajo y a la que corresponden las citas. Con un planteamiento general, que no considera específicamente las normas creadas por los particulares a través de los negocios jurídicos, pero partiendo también de la afirmación según la cual el actuar *ultra vires* de la competencia atribuida por la norma no da lugar a sanción alguna, sino a la nulidad de lo actuado, LAPORTA, F., *El impero de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 102, quien añade: "La nulidad, sin embargo, no es una sanción, ni pretende sancionar a quien ha rebasado los límites de su competencia. La nulidad significa algo mucho más importante que eso. Significa que la pretensión de crear la nueva norma se ha saldado con un fracaso".

65. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez...", *op. cit.*, p. 211; GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Comentario a las Disposiciones Transitorias", *Comentarios al Código Civil,* (dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2150.

la persona,[66] y siempre que sean derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, no pendientes, condicionados o meras expectativas.[67] Cuando se cumplan estos requerimientos, tratándose de derechos de naturaleza civil y según lo dicho anteriormente, la prohibición solo afecta a la llamada retroactividad propia con lo que constitucionalmente se admite el efecto inmediato de la ley nueva.

En este punto me parece oportuno aludir a la regla que introduce precisamente las Disposiciones Transitorias del Código Civil de 1889 y que ya estaba en su primera edición, según la cual "Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efectos retroactivos". En este punto se ha criticado la vaguedad de la expresión "derecho adquirido",[68] además de la inconveniencia de que su interpretación conduzca al respeto a toda costa los derechos ya ganados, lo que llevaría a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico.[69] Por eso, creo que cuando no nos hallemos dentro de los límites constitucionales de los derechos individuales descritos en el párrafo anterior, la irretroactividad civil es fácilmente vencible y puede derivar de una interpretación adecuada de la nueva ley.

4.3. Reflexión sobre la conveniencia de introducir normas transitorias *ad hoc*

Para concluir con este apartado, la constatación de las muchas dificultades y dudas que produce la simple remisión al derecho transitorio general que se hace en la Exposición de motivos de la PMR obliga a plantear si no sería mejor, en lugar de guardar un respetuoso silencio sobre el tema, proceder como se hizo en la segunda edición del Código Civil: esto es, redactando disposiciones transitorias específicas para introducirlas en el cuerpo de la PMR.[70] Como ha quedado constatado en este trabajo, así lo han

66. SSTC 42/1986, de 10 de abril, 173/1996, de 31 de octubre.

67. SSTC 99/1987, de 11 de junio, y 178/1989, de 2 de noviembre.

68. Incluso por la propia Comisión revisora del Código civil que en la Exposición de motivos y de la segunda y definitiva edición la consideraba "peligrosa definición abstracta", como nos recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil..., op. cit.*, p. 220.

69. SALVADOR CODERCH, P., *op. cit.*, p. 16,

70. De ser así, debería cuidarse especialmente la técnica legislativa, debiendo tomarse en consideración las directrices previstas para la Estructura de los Proyectos de Ley) del Real Decreto Legislativo, de Real Decreto Ley y de Real Decreto, (en concreto, la n.º 40), incluidas en la Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de Técnica normativa. Conforme al mencionado n.º 40, rubricado *Disposiciones transitorias.* El objetivo de estas disposiciones es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación. Deberán utilizarse con carácter restrictivo y delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente. Incluirán exclusivamente, y por este orden, los preceptos siguientes: a) Los que establezcan una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición. b) Los que declaren la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua para regular las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición. c)Los que declaren la aplicación retroactiva o inmediata

hecho en sus recientes reformas en la materia de obligaciones y contratos los legisladores francés[71] y belga.[72]

Si finalmente se opta por hacer esta regulación transitoria, recuerdo que tales disposiciones no se deberían elaborar a través de la fórmula Ley de Bases-Texto articulado, al menos cuando se prevea o se pueda producir alguna suerte de aplicación retroactiva en el sentido constitucional del término, ya que, como se anticipó, el artículo 83.2 CE impide que las leyes de bases puedan "Facultar para dictar normas con carácter retroactivo".

---

de la norma nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor. d) Los que, para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma, declaren la pervivencia o ultraactividad de la antigua para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva disposición. e) Los que, para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma, regulen de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se produzcan después de su entrada en vigor. No pueden considerarse disposiciones transitorias las siguientes: las que se limiten a diferir la aplicación de determinados preceptos de la norma sin que esto implique la pervivencia de un régimen jurídico previo y las que dejan de tener eficacia cuando se aplican una sola vez.

71. En este caso en dos tiempos, como se puso de relieve en la nota 42.

72. En el seno de ambos ordenamientos se planteado un objetivo todavía más ambicioso: el de la codificación o recodificación del conjunto de normas de derecho transitorio, como nos explican, para el derecho francés, Babett, N., "Un projet oublié: la codification du droit transitoire", *RTDCiv,* 2015, pp. 551-567; para el belga, DIRIX, E., "Les dispositions générales du Code civil", *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1 et 5 du nouveau Code civil*, (coordinadores, T. DERVAL, R. JAFFFERALI y B. KOHL), BRUXELLES, Larcier, 2023, pp. 10-37.

5. EPÍLOGO: ¿ES TIEMPO DE CODIFICAR?

Cierro estas páginas apuntando un tema que ha suscitado ya alguna opinión escrita y que añado a los cuatro mencionados a modo de coda en la que apenas puedo detenerme; lo formulo de nuevo a través de interrogantes.

¿Resulta extemporáneo hacer en 2025 una reforma del CC de esta naturaleza y extensión? ¿Estamos en tiempo de codificar? ¿Se compadece mejor con los tiempos y con las circunstancias políticas, económicas y sociales de hoy en día hacer otro tipo de textos legales y abandonar la idea de código?

No faltan voces que con rotundidad responden afirmativamente a la primera y tercera preguntas, y con una todavía más terminante negativa a la segunda. Tampoco aportan demasiadas razones para ello, más allá de la dificultad de la empresa o de la marcada aceleración de los cambios sociales y, consiguientemente, de los legislativos, mutaciones aceleradas que se compadecen mal con la estabilidad de los códigos. Ni siquiera se plantea un debate mínimamente profundo sobre cómo ha de configurarse un Código en nuestros días y cuáles son las posibilidades que se plantean.[73]Mi opinión es que los interrogantes suscitados se pueden responder en sentido contrario. La dificultad sin duda existe, pero no significa imposibilidad. Los ejemplos alemán y francés en materia de obligaciones y contratos, y el todavía más ambicioso programa belga de creación progresiva de un nuevo Código Civil[74] son buena muestra de ello; intramuros, es un indiscutible referente el exitoso proceso de elaboración del Código Civil catalán.

Con todo, soy consciente que el asunto de renovar nuestro vetusto Código Civil es particularmente arduo. Pero mi opinión sobre su oportunidad, que ya he tenido ocasión

73. Aunque sí lo hace, por ejemplo, GÓMEZ POMAR, quien considera que para entender la proyección actual de los códigos merece la pena tratar de distinguir en ellos lo que tienen o tuvieron de ideal transformador en el terreno jurídico y lo que ellos perdura en cuanto técnica de diseñar, establecer y aplicar reglas jurídicas (GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", en *Codificaciones del Derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 116 y ss.

74. Sobre el proceso de creación de un nuevo Código civil belga, ideado en 2015, y que comienza su andadura con la Ley de 13 de abril de 2019, que se dirige precisamente a programar esa creación, estructurándolo en nueve libros, y se está desarrollando de manera progresiva y con algunos cambios respecto al programa inicial, WÉRY, P. y DIRIX. E. "Le nouveau Code civil: un état de la situation", *Revue générale de droit civil belge*, vol. 2020, n.º 6, p. 322-324; más sucinto, JAFFERALI, R., *Ibidem,* 2022, pp. 9-15. Con relación al libro 5, *De las obligaciones*, cuyo primer texto se remonta a 2017, el autor señala como objetivos de la reforma, la accesibilidad, la seguridad jurídica, la simplificación, la modernización, la coherencia y la competitividad; todos ellos muy similares a los que en su día expresó, en relación con la reforma francesa de 2016 el ya citado *Rapport au président de la República relatif a l´ordonnance du 10 février 2016 portant réforme de droit des contrats, du régime général et de la prueve des obligations*, JO 11 fév. 2016, texto 25.

de manifestar en otros lugares,[75], es justo la opuesta a la postura que niega la conveniencia de hacerlo en el momento actual. Si existiera el impulso político, no veo por qué lo que se puede hacer en Cataluña no se puede hacer con el Código Civil español, aunque reconozco que es más difícil modificar o renovar por partes que construir un Código enteramente nuevo, al modo catalán o belga.

Pero, sobre todo, considero que, en un ambiente social y jurídico gobernado, si se me permite, por el caos, es más necesario que nunca poner orden y recoger en un cuerpo legal de especial *auctoritas* y tradición vertebradora las normas generales más señeras o más estructurales del sistema; entre ellas, las consideradas en este trabajo, las cuales afectan a los aspectos generales de las obligaciones y contratos. Ese deseo de ordenación actualizada es, precisamente, lo que pretende la PMR de 2023.[76]

75. GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", en *Codificaciones del Derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 61-113.

76. Hago mías las palabras de LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 167, cuando afirma: "... parece necesario volver a recordar que el núcleo más importante y decisivo del ordenamiento jurídico debe estar integrado por un cuerpo normativo coherente de leyes generales y abstractas a las que se ha de tributar una deferencia privilegiada, y que frente a esa exageración tan de moda de adscribirle todas las tareas normativas a la Constitución y a sus innumerables intérpretes, y de reclamar su presencia en todos y cada uno de los pequeños y grandes conflictos que se suscitan cotidianamente, es preciso hoy volver a reafirmar la confianza en el legislador y a plantearse con seriedad los términos de su reconstrucción y presencia. El mensaje para la reflexión sería, pues, este: menos neoconstitucionalismo y más neocodificación".

BIBLIOGRAFÍA

AMÉRIGO ALONSO, J., "Breve digresión, a propósito de la Ley 17/2021 sobre el régimen jurídico de los animales, sobre el camino hacia la modernización del Código Civil", Monográfico *Revista General de Derecho Animal y Estudios Interdisciplinares de Bienestar Animal*, n.º 10, octubre 2022, pp. 23-35.

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del Decreto Ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Madrid, Iustel, 2016.

BABETT, N., "Un projet oublié: la codification du droit transitoire", *RTDCiv,* 2015, pp. 551-567.

CASTRO, F. de, *Derecho Civil de España*, ed. facsímil del original, Madrid, Civitas, 1984, *Parte Primera* (ed. original 1949).

CHANTEPIE, G., y LATINA, M., *Le nouveau drotit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l´ordre du Code civil*, 2.ª ed., París, Dalloz, 2018.

CHÉNÉDÉ, F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives,* París, Dalloz, 2016.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*, vol. I, Madrid, Dykinson, 2002.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Las normas derogadas: validez, vigencia, aplicabilidad", *Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003, pp. 197-252.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y de sanción", *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 89-138; publicado también en *Validez de normas y de actos jurídicos. Estudios de Teoría General desde el derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 169-214.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Las normas derogadas: validez, vigencia, aplicabilidad*", Derecho Privado y Constitución*, n.º 17, 2003, pp. 197-252.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, R. *Sistema de Derecho civil, vol. I*, 12.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.

DESHAYES, O, GENICON, Th. y LAITHIER, Y, M., *Réforme du Droit des contrats, du régimen général et de la preuve des obligations*, 2.ª ed., Lexis Nexis, 2018.

DIRIX, E.,«Les dispositions générales du Code civil», *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1 et 5 du nouveau Code civil*, (coordinadores T. Derval, R. Jaffferali y B. Kohl), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 10-37, Flour, J., Aubert, J. L. y Savaux, E., *Droit civil. Les obligationes. L´acte juridique*, 17.ª ed., Paris, Sirey, 2022.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil", *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* (coordinadores J. M. González Porras y F. P. Méndez

González), t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 1939-1953.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "La Directiva 1999/44: caos y orden en la construcción de un Derecho contractual europeo", *Garantías en la venta de bienes de consumo*, (editor J. Lete Achirica), Santiago de Compostela, 2004, pp. 313-323.

GARCÍA RUBIO, M.ª P. "Comentario al artículo 2", *Comentarios al Código Civil,* (coordinador A. Domínguez, Luelmo), Valladolid, Lex Nova, 2010.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Comentario a las Disposiciones Transitorias", *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), Valladolid, Lex Nova, 2010.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Hacia un nuevo código de obligaciones y contratos por el camino equivocado. Propuestas de rectificación", *Codificaciones del Derecho privado en el siglo XXI* (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 61-113.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos", *Revista de Derecho Civil,* vol. IX, n.º 1 (enero-marzo 2022), pp. 233-245.

GÓMEZ POMAR, F., "Ventajas e inconvenientes de la codificación en Europa y en España", *Codificaciones del Derecho privado en el siglo XXI*, (directora E. Roca Trías, coordinadora M.ª C. Cazorla González-Serrano), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 115-147.

JAFFERALI, R, "Quelques mots d'íntroduction sur le nouveau droit des obligations", *Droit des obligations. Le nouveau livre 5 du Code civil*, (coordinadores A. Cataldo y F. George), Limal, Anthemis, 2022.

LAPORTA, F., *El impero de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos, 2012.

MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español,* t. I, 6.ª ed., Madrid, Reus, 1943.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *La jurisprudencia civil en el marco constitucional europeo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

PAZOS CASTRO, R., "Cláusulas abusivas", *Estudios de derecho de contratos*, vol. II, (director A. M. Morales Moreno, coordinador E. Blanco Martínez), Madrid, 2022, pp. 943-962.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "De la retroactividad de las normas", *Almacén de Derecho*, 8 enero, 2019. Disponible en: https://almacendederecho.org/de-la-retroactividad-de-las-normas

ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., "Las malas leyes", De Iure Mercatus*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, (coordinador A. García-Cruces González), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 169-201.

SALVADOR CODERCH, P., "Comentario al art. 2", *Comentario del Código civil,* t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

WÉRY, P. y DIRIX. E., "Le nouveau Code civil: un état de la situation", *Revue générale de droit civil belge*, vol. 2020, n.º 6, p. 322-324.

WÉRY, P., "Vue d´ensemble sur le livre 5 *Les obligations" du Code civil*», *La réforme du droit des obligations. Présentation générale des livres 1 et 5 du nouveau Code civil*, (coordinadores T. Derval, R. Jaffferali y B. Kohl), Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 39-67.

CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO EN LA REFORMA FRANCESA DEL DERECHO DE CONTRATOS*[1]

ÉRIC SAVAUX

Professeur émérite de l'Université de Poitiers
Institut Jean Carbonnier

RESUMEN

La reforma del Código Civil francés en materia de derecho de contratos ha optado por establecer disposiciones transitorias específicas para regular la aplicación en el tiempo de los nuevos preceptos legales. Al no haberse acertado en la ordonnance, se retoma la cuestión cuando se aprueba la ley de ratificación. Este complejo expediente ha permitido evitar la aplicación retroactiva de las principales innovaciones de la reforma. Pero no ha impedido el desarrollo, con relación a otras novedades, de una interpretación jurisprudencial del derecho antiguo a la luz de nuevos artículos que conlleva tal aplicación retroactiva.

PALABRAS CLAVE

Derecho de contratos; recodificación; aplicación en el tiempo; Ordonnance de reforma; Ley de ratificación; disposiciones transitorias; principios generales de derecho transitorio; irretroactividad de la ley nueva; aplicación inmediata de la ley nueva; supervivencia de la ley antigua; aplicación anticipada de la ley nueva; cambio jurisprudencial; retroactividad; Convenio Europeo de Derechos Humanos; derecho a un juicio justo.

---

* Fecha de recepción: 26-2-2025. Fecha de aceptación: 8-4-2025.

1. El autor agradece a Ignacio Varela Castro, investigador posdoctoral de la Universidade de Santiago de Compostela, la traducción al español del presente texto escrito inicialmente en francés.

TRANSITORY LAW QUESTIONS IN THE FRENCH REFORM OF CONTRACT LAW

ABSTRACT

The French reform of contract law opted for specific transitory provisions to control the application over time of the new provisions. Having not gone about it properly in the ordonnance, it returned to the issue on the occasion of the ratification law. This rather complex system allowed it to avoid the retroactive application of the main innovations of the reform. But it does not prevent the development, on many other new aspects, of a jurisprudential interpretation of the old law in the light of the new provisions which leads to such a retroactive application.

KEYWORDS

Contract law; recodification; application in time; reform ordonnance; Ratification law; transitory provisions; General principles of transitory law; non-retroactivity of the new law; immediate application of the new law; survival of the old law; anticipated application of the new law; reversal of case law; Retroactivity; European Convention on Human Rights; right to a fair trial.

SUMARIO

1. Introducción 436

I. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS EN LOS TEXTOS DE REFORMA..... 440

A. Las disposiciones de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016..... 440

B. Las disposiciones de la ley de 20 de abril de 2018..... 442

II. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS MÁS ALLÁ DE LOS TEXTOS DE REFORMA 447

A. Manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva 447

B. Justificaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva..... 453

Bibliografía..... 460

1. INTRODUCCIÓN

1. Formulación de la cuestión. En el caso de una recodificación del derecho de contratos, la importancia de las cuestiones de derecho transitorio depende fundamentalmente de la importancia de las innovaciones que las nuevas previsiones comportan en el fondo: casi nula en el caso de una codificación à *droit constant*, pero, al contrario, crucial en el caso de normas que rompen, en mayor o menor medida, con el derecho anterior. En Francia, por tanto, los interrogantes conciernen esencialmente a la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (c. civ., artículo 1171[2]), la eliminación de las cláusulas que privan a la obligación principal de su sustancia (artículo 1170[3]), la revisión del contrato por imprevisión (artículo 1195[4]), el abuso de situaciones de dependencia (artículo 1143[5]), la reducción del precio (artículo 1223[6]), la sanción por la violación de una promesa unilateral de contrato (artículo 1124[7]), la determinación del precio en los contratos marco y los contratos de prestación de servicio (artículos 1164 y 1165[8]), las *actions interrogatoires* relativas a la existencia de un pacto de

---

2. "*Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*".

3. "*Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*".

4. "*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe*".

5. "*Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*".

6. "*En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix*".

7. "*La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire. La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul*".

8. "*Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans*

preferencia (artículo 1123, párrafos 3 y 4[9]), el alcance del poder de representación convencional (artículo 1158[10]) o el ejercicio de una acción en nulidad (artículo 1183[11]), etc.

Estos interrogantes no presentan ninguna especificidad por el hecho de que estemos ante una recodificación. Desde el punto de vista de derecho transitorio, la ley que recodifica el derecho de contratos es una ley ordinaria que obedece a los principios generales de la aplicación de la ley en el tiempo.

Por el contrario, se debe tener en cuenta la particularidad del procedimiento legislativo adoptado. En el ordenamiento jurídico francés se ha optado por reformar el derecho de obligaciones por *ordonnance*[12]. Ello ha supuesto la sucesión de dos leyes. Por un lado,

---

la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat"; "Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat".

9. "*Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat*".

10. "*Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte*".

11. "*Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé*".

12. Sobre el recurso a este procedimiento y las críticas que ha suscitado, v. particularmente, PIMONT, S., "Critique de la méthodologie de la réforme. À propos d'une réécriture aristocratique du droit civil", *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du Titre III du Livre III du Code civil,* (director G. Pignarre), Institut universitaire Varenne, 2016, p. 297; LATINA, M. "Apprécier la réforme", *Le nouveau discours contractuel*, *RDC,* 2016, 3, p. 615; HAROUEL, J. L., TEBOUL, G., TOURNAFOND, O., "Le droit des contrats réformé par ordonnance?", *D.*, 2014, 19, chron.1099; DESHAYES, O., "Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères?", *RDC,* 2014, 2, p. 157; GALLET, J. L ., "Méthode législative et objectifs: la lecture du Conseil d'État", *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, (directores V. Larribau-Terneyre y S. Pellé), Presses de l'Université de Pau, 2016,

la *ordonnance* propiamente dicha por la que el Gobierno legisla, bajo la habilitación del Parlamento, en un ámbito normalmente regulado por la ley y que contiene el derecho reformado[13]. Por otro lado, la ley de ratificación que permite que los nuevos textos adoptados por el Gobierno adquieran fuerza de ley[14].

Esto es todavía más importante dado que la ratificación no es necesariamente una ratificación *"sèche"*, como se suele decir; esto es, una mera convalidación de la *ordonnance* a ratificar, sin ninguna modificación de fondo. Con ocasión del procedimiento de ratificación, el Parlamento puede modificar en el fondo los textos resultantes de la *ordonnance*. Esto es precisamente lo que hizo la ley de 20 de abril de 2018 en un número limitado de aspectos. No obstante, estos conciernen a algunas de las cuestiones más discutidas de la reforma: en particular, la definición de los contratos de adhesión y de las cláusulas abusivas. Según el caso, existen, por tanto, dos o tres regímenes a articular: el del Código de 1804, el del Código reformado por la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 y, eventualmente, el del Código re-reformado por la ley de 20 de abril de 2018. En definitiva, se trata de un sistema de destacada complejidad que esperamos que otro reformador evite.

Con todas las precauciones que impone la diferencia entre los derechos nacionales, la experiencia francesa puede probablemente alimentar la reflexión sobre si, en el marco de la recodificación del derecho de contratos, conviene adoptar disposiciones transitorias específicas —y, en caso afirmativo, cuáles— o si, como la Propuesta reformada española sobre la modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos de 2023 parece dispuesta a hacer, es mejor no incluir ninguna.

2. Tratamiento de la cuestión. Plan. La experiencia francesa muestra que, en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión del derecho transitorio en materia de contratos es esencialmente una cuestión atinente a sus fuentes de origen[15].

---

p. 19; FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. vol. 1, L'acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., Lefebvre-Dalloz, 2024, n.º 90 s.

13. *Ord. n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations , JO 11 févr. 2016, Texte n.º 26*.

14. *Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO, 21 avr. 2018, Texte n.º 1*. Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional relativa al valor de las *ordonnances* no ratificadas: AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Université, 19.ª ed., Lefebvre-Dalloz, 2023, n.º 95.

15. En derecho francés, las fuentes de derecho transitorio en general son a grandes rasgos las siguientes. En la ley, en sentido amplio, solo existe un principio muy general de no retroactividad enunciado por el artículo 2 del Código Civil ("*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*"). La restante legislación está provista por las disposiciones transitorias enunciadas, para sus propias disposiciones, por innumerables leyes. Así pues, la mayoría de los principios generales que definen y completan la irretroactividad se derivan de una abundante y compleja jurisprudencia judicial, administrativa, constitucional y europea. V. en particular: AUBERT, J.-L., SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 108 s.

Teniendo en cuenta la importancia de la cuestión para la seguridad de los contratantes, los reformadores no quisieron dejarla en manos de la jurisprudencia, sino regularla ellos mismos mediante la ley. Como en un primer momento no evitaron el desarrollo de un derecho transitorio jurisprudencial, volvieron sobre la cuestión una segunda vez en la ley de habilitación.

Pero a pesar de estos esfuerzos repetidos, no han podido evitar que se desarrolle un derecho transitorio jurisprudencial que va más allá e incluso en contra de las previsiones del legislador[16]. Esta es la lección más interesante para otros reformadores.

Aparte del derecho transitorio legislativo, el que se encuentra en los textos de reforma (I), es preciso prestar la máxima atención al derecho transitorio jurisprudencial, el cual se sitúa más allá de tales textos (II).

16. FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 99 s.

I. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS EN LOS TEXTOS DE REFORMA

3. Dos fuentes. En su origen, la cuestión es abordada por el artículo 9 de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016. El precepto resulta a continuación parcialmente modificado por el artículo 16-III de la ley de 20 de abril de 2018.

A. Las disposiciones de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016

4. Principios generales. La *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 reforma el derecho de contratos, el régimen general y la prueba de las obligaciones. En lo que respecta al derecho transitorio, la *ordonnance* enuncia, por una parte, los principios generales y, por otra, las disposiciones propias a los contratos. El sistema presenta *a priori* un gran clasicismo. En sustancia, es el siguiente[17].

A título de principios generales, la *ordonnance* opta en un primer momento por una *aplicación diferida*, en fecha de 1 de octubre de 2016, justificada por la necesidad de dejar tiempo a los operadores del tráfico económico y jurídico para aprehender los nuevos textos. A partir de tal fecha, la *ordonnance* se aplica *inmediatamente* a todas las situaciones jurídicas comprendidas en ella, tanto en lo que concierne a su formación como sus efectos. Otra disposición general regula la cuestión de los efectos de la reforma sobre los procesos judiciales en curso[18].

---

17. Para mayores detalles: BENABENT, A., "La 'digestion' de la réforme (entrée en vigueur)", *Le nouveau discours contractuel*, *RDC*, 2016, 3, p. 608; FRANÇOIS, J., "Application dans le temps et incidence de la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de réforme du droit des contrats", *D.*, 2016, p. 506; GAUDEMET, S., "Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016", *JCP G*, 2016, n.º 19, p. 559; CHANTEPIE, G. y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3.ª ed., Dalloz, 2024, n.ºs 44 s.; DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2.ª ed. 2018, p. 19 s.

18. *"Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation"* (párrafo 4 del citado artículo 9). Muchos autores consideran el texto enigmático o en gran medida inútil. Sin embargo, se trata de una disposición transitoria *habitual*, particularmente en las leyes que producen grandes reformas. Está destinada a resolver una cuestión delicada que puede suponer una injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia. Declarar inaplicable una ley nueva a los procedimientos incoados antes de su entrada en vigor, incluso pendientes ante tribunales de apelación o la Corte de Casación, impide cualquier denuncia de este tipo. Pero es difícil ver qué disposición del nuevo derecho de obligaciones podría criticarse como una intromisión del Estado en litigios privados. En cambio, por lo que respecta a las normas sobre la prueba, la precisión evita la duda de si el nuevo texto no debe aplicarse inmediatamente como norma procesal.

5. Reglas relativas a los contratos. Por lo que específicamente respecta a los *contratos*, el artículo 9 enuncia un principio y una excepción.

El principio figura en el párrafo 2 del artículo 9: "*Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne*". *A contrario* por supuesto, los contratos celebrados después del 1 de octubre de 2016 se rigen automáticamente por los preceptos resultantes de la *ordonnance*.

Se plantea la cuestión de saber cuál es el exacto alcance del precepto. Muchos ven en este una simple plasmación del principio de *supervivencia de la ley antigua* establecido por la jurisprudencia en materia contractual y en virtud del cual los contratos permanecen sometidos, para sus efectos en curso en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, a las normas que les resultaban aplicables en el momento en que son celebrados[19]. Por el contrario, algunos autores han considerado que va más allá. Mediante una afirmación más firme de la pervivencia de la antigua ley, el texto solo permitiría las excepciones previstas en la propia *ordonnance*. Quedarían excluidas las excepciones tradicionalmente recogidas en la jurisprudencia[20]. El informe al Presidente de la República tiene más bien el carácter de un simple recordatorio[21], pero su alcance es limitado. El Parlamento, por su parte, considera que el texto no era lo suficientemente claro y quiso zanjar la cuestión mediante la ley de ratificación[22].

La excepción figura en el párrafo 3 del precepto. Este enumera un cierto número de disposiciones declaradas "*applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance*", es decir, desde el 1 de octubre de 2016. La *ordonnance* por lo tanto retoma aquí la *aplicación inmediata* de la ley, lo cual no es infrecuente en materia contractual, ya que la pervivencia del derecho antiguo carece de valor constitucional en este ámbito[23]. Ello solo concierne a las *actions interrogatoires* en materia de pacto de preferencia[24], sobre

---

19. V. particularmente Civ. 1re, 4 mai 1982, n.º 81-11.539, *Bull. civ.* I, n° 156; Com. 10 mai 2005, n.º 03-17.618, *Bull. civ.* IV, n° 100; Civ. 3e, 3 juill. 1979, n.º 77-15.552, *Bull. civ.* III, n.º 149. En ocasiones, las sentencias confunden supervivencia de la ley antigua e irretroactividad. V. por ejemplo, Civ. 3e, 21 janv. 1971, n.º 70-10.543, *Bull. civ.* III, n.º 44, *JCP* 1971. II. 16776, note Level. La confusión no presenta consecuencias sobre el plano práctico, pues los dos principios conducen a la no aplicación de las nuevas normas. Pero se asienta sobre un error. La irretroactividad solamente exige no someter los efectos anteriores a la nueva ley, pero no prohíbe modificar los efectos venideros de una situación constituida antes de la ley.

20. DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *op. cit.*, p. 22.

21. Precisa que el párrafo 2 del artículo 9 "*rappelle le principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle*", con las excepciones que tradicionalmente lo acompañan. Esta parece ser la intención de los redactores de la *ordonnance*, que los jueces deberían haber tenido en cuenta.

22. V. *infra*, n.º 8.

23. AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 116.

24. Artículo 1223, párrafos 3 y 4: "*Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il*

alcance del poder de representante convencional[25] y en materia de nulidad[26]. Este nuevo mecanismo, destinado a combatir ciertas incertidumbres que podrían afectar a la suerte del contrato, se ha considerado lo suficientemente importante, por la certidumbre que se supone que aporta, como para aplicarse a todos los contratos, incluidos los celebrados antes de la entrada en vigor de la *ordonnance*.

La principal dificultad que este sistema ha suscitado es lo que se conoce como la aplicación por anticipación de la reforma; dicho de otra manera, la sujeción al nuevo derecho de los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016. En un intento de resolver la cuestión, la ley de ratificación modifica el artículo 9 de la *ordonnance*.

B. Las disposiciones de la ley de 20 de abril de 2018

6. Entrada en vigor de la ley de ratificación. Principio. La ley de 20 de abril de 2018 contiene en realidad dos tipos de disposiciones transitorias.

Las primeras conciernen su propia entrada en vigor. Su existencia es más normal que la de las segundas, referidas a las disposiciones transitorias de la *ordonnance*[27], ya que la ratificación, como se ha indicado, no es total y la ley modifica el fondo de algunas disposiciones de la *ordonnance*. No obstante, acrecientan la complejidad del derecho transitorio de contratos. La ley contiene, una vez más, un principio y excepciones.

El *principio* se enuncia en el artículo 16, I, párrafo 1: la ley entra en vigor el 1 de octubre de 2018. El legislador optó, por tanto, por una *aplicación diferida*, siguiendo el modelo de la *ordonnance*. Sin embargo, mientras que la aplicación diferida de esta última puede haber estado justificada por la importancia de los cambios introducidos en el derecho de obligaciones, los cambios resultantes de la ley de ratificación apenas la justifican[28].

---

entend s'en prévaloir. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat".

25. Artículo 1158: "*Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.*

L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte".

26. Artículo 1183: "*Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé*".

27. V. *infra*, n.º 8.

28. El artículo 16, I, párrafo 2, enumera a continuación, de forma un tanto inútil porque la solución se deriva del principio del párrafo primero, los preceptos modificados que solo son aplicables a los "*actes juridiques conclus ou établis*" tras su entrada en vigor. La precisión se explica por la voluntad de distinguirlas claramente de los que son objeto de una aplicación retroactiva.

7. Entrada en vigor de la ley de ratificación (continuación). Excepciones; las normas interpretativas. La entrada en vigor diferida al 1 de octubre de 2018 se acompaña de *excepciones* que son de dos tipos.

En primer lugar, el párrafo 3 del citado precepto declara que las modificaciones realizadas en un determinado número de normas tienen un carácter interpretativo. Se trata en particular de las que precisan el daño reparable en caso de *faute* en las negociaciones (artículo 1112, párrafo 2[29]) o de las condiciones del abuso de la situación de dependencia (artículo 1143)[30]. La *ley interpretativa* es una figura bien conocida en el derecho transitorio francés. Se trata de una norma que se limita a "*préciser le sens d'une loi antérieure*"[31]. Este carácter confiere a la disposición en cuestión una *retroactividad natural*, ya que se supone que forma un todo con la ley cuyo sentido revela. En este caso, afirmar que los textos mencionados son declarativos significa que se aplican *al mismo tiempo que la ordonnance* que interpretan, es decir, a partir del 1 de octubre de 2016. Esta afirmación expresa del carácter interpretativo es, en principio, vinculante para el juez.

Pero el proceso es arriesgado, porque los tribunales se han atribuido la facultad de comprobar la realidad de dicho carácter interpretativo para impedir que el legislador oculte de este modo normas retroactivas. Según la Corte de Casación, "*une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un état de droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverse*[32] ", o, dicho de otra manera, "*à interpréter* (una norma) *que sa rédaction avait rendu susceptible de controverses*[33]".

Ahora bien, la calificación como ley interpretativa no procede de forma manifiesta para determinadas disposiciones que, sin embargo, así han sido calificadas. Es el caso de la limitación de la situación de dependencia, que puede dar lugar a abuso, a la que resulte de la posición de una parte "*à l'egard*" de la otra, mientras que el Gobierno

---

29. "*En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser* ni *(loi du 20 avril 2018) la perte des avantages attendus du contrat non conclu* ni la perte de chance d'obtenir ces avantages *(Ibid)*".

30. Para ser completo, hay que añadir los artículos 1165 (sanciones por abuso en la fijación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicio), 1216-3 (condiciones del mantenimiento de las garantías otorgadas por el cedente en la cesión del contrato), 1217 y 1223 (condiciones de la reducción del precio por el acreedor en caso de cumplimiento imperfecto), 1304-4 (momento de la renuncia de una condición), 1305-5 (inoponibilidad del vencimiento del término a los fiadores del deudor), 1327-1 (oponibilidad de la cesión de la deuda al acreedor), 1328-1 (condiciones del mantenimiento de las garantías otorgadas por el deudor en la cesión de la deuda), 1347-6 (oponibilidad de la compensación por la caución) y 1352-4 (alcance de las restituciones debidas por un menor no emancipado o un adulto protegido).

31. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, pref. Gobert, LGDJ, "Bibl. droit privé", t. 133, 1977.

32. Com. 22 oct. 2002, n.º 00-10.715, *Bull. civ.* IV, n.º 150.

33. Civ. 1re, 18 oct. 2005, n.º 04-14.268, *Bull. civ.* I, n.º 365.

pretendía abarcar todas las formas de vulnerabilidad (artículo 1143)[34]. Esto es aún más cierto en el caso de la restricción de la prohibición del cumplimiento en especie desproporcionado en beneficio del deudor de buena fe (artículo 1221)[35]. También el caso de la modificación del artículo 1165 relativa a la determinación unilateral del precio en los contratos de prestación de servicio. Inicialmente, el juez no tenía el poder para sancionar el abuso de la fijación unilateral del precio por el acreedor, mediante la resolución del contrato (artículo 1165). La adición de esta facultad a la de obtener indemnización por daños y perjuicios, siguiendo el ejemplo de lo que se prevé respecto los contratos marco (artículo 1164), difícilmente puede considerarse como un modo de resolver una simple dificultad de interpretación planteada por la redacción anterior[36]. En los tres casos, se trata de modificaciones sustanciales que no ponen fin a interpretaciones jurisprudenciales divergentes causadas por una redacción imperfecta. Si el juez les denegase el carácter interpretativo indicado en la ley, podría, por tanto, rechazar la aplicación de estas previsiones a partir el 1 de octubre de 2016 y admitirla solo a partir del 1 de octubre de 2018. Por el momento, no hay un ejemplo conocido al respecto en la jurisprudencia.

8. Entrada en vigor de la ley de ratificación (fin). Excepciones (continuación); la modificación de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016. La segunda excepción a la entrada en vigor de la ley de ratificación el 1 de octubre de 2018, concierne la modificación que esta realiza en la disposición transitoria de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016.

El párrafo 2 del artículo 9 de la *ordonnance* precisaba un tanto inútilmente[37], tras el principio enunciado en el párrafo primero, que "*les contrats conclus avant* (el 1 de octubre de 2016) *demeurent soumis à la loi ancienne*". La ley de ratificación añade "*y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public*". Esta modificación se declara aplicable a partir del 1 de octubre de 2016, es decir, al mismo tiempo que la propia *ordonnance*. Se trata, por tanto, de una disposición expresamente retroactiva, lo cual es posible. La irretroactividad de la ley carece efectivamente de valor constitucional en materia contractual[38]. No obstante, la admisión de la retroactividad se subordina a un "*motif impérieux d'intérêt général*[39]" cuya existencia podría ser discutida. El objetivo

---

34. FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 417 s.

35. "*Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier*". V. *Ibid.*, n.º 878 s.

36. *Ibid.*, n.º 502.

37. A menos que se considere que no se trata de una simple reiteración de la jurisprudencia anterior, sino que refuerza el principio de la supervivencia del derecho antiguo. V. *supra*, n.º 5.

38. Cons. const. n.º 119 DC du 22 juill. 1980. En este caso, el legislador tomó esta decisión porque, obviamente, la norma no podía declararse interpretativa.

39. Cons. const., 14 févr. 2014, n.º 2013-366 QPC, *RTD civ.* 2014. 605, obs. Deumier, *RFDA* 2014. 589, note Roblot-Troizier; Ass. plén., 24 janv. 2003, n.º 01-41.757 *Bull. ass. plén.*, n.˚3 (esta resolución admite la intervención retroactiva del legislador para salvaguardar la continuidad del

del legislador es no dejar ninguna laguna temporal, en su poder de control de la aplicación de la ley en el tiempo, contra lo deseado por la jurisprudencia.

9. Función de la adición de la ley de ratificación. Esta adición del Parlamento con motivo de la ratificación de la *ordonnance* representa el punto central de la competencia entre la ley y la jurisprudencia por el control del derecho transitorio en materia de contratos. La aplicación del principio de la supervivencia de la ley antigua para los efectos legales y para las disposiciones de orden público está destinada a privar a la jurisprudencia de los medios que ella misma ha inventado para modular la ley antigua en el tiempo.

La jurisprudencia, en efecto, consagra *la aplicación inmediata* de la ley *en dos casos*. Por un lado, cuando la modificación concierne a lo que ella denomina *los efectos legales del contrato*. La noción no está claramente definida. A grandes rasgos, designa los aspectos del régimen contractual que no se derivan del acuerdo de las partes, sino que resultan de la aplicación de un estatuto especial. Así se ha sostenido, por ejemplo, en relación con los arrendamientos de vivienda, respecto a la devolución de la fianza, en presencia de un artículo de la Ley n.º 2014-366, de 24 de marzo de 2014, para el acceso a la vivienda y un urbanismo renovado (denominada Ley ALUR), pese a estar redactado como el artículo 9 de la *ordonnance*[40]. Por otro lado, la jurisprudencia también deroga la aplicación de la ley antigua cuando existe *un motivo de orden público particularmente imperioso*. Su existencia se ha reconocido por ejemplo a propósito de la ley de 15 de mayo de 2001 que modifica el artículo L. 441-6 c. com. al sancionar la falta de comunicación del baremo de precio y condiciones de venta por parte de los productores, prestadores de servicio, etc.[41]. En estas dos hipótesis, si la formación del contrato y sus efectos pasados siguen sujetos a la antigua ley, los efectos futuros, es decir, los posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley, se rigen por esta.

Se podía plantear la cuestión, ya sea con relación a una u otra de estas dos excepciones, respecto a disposiciones emblemáticas de la *ordonnance*, como la sanción del abuso de la situación de dependencia, la revisión del contrato por imprevisión, la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, etc. Al entender que tales disposiciones conciernen los efectos legales del contrato o que la modificación de la ley se basa en un motivo de orden público particularmente imperioso, los jueces podrían

---

servicio público sanitario y de protección social v. también Ass. plén., 23 janv. 2004, n.º 03-13.617, *Bull. ass. plén.*, n.º 2, *D.* 2004. 1108, note Gautier, *RTD civ.* 2004. 603, obs. Deumier, 2004. 341, obs. Théry et 2004. 371, obs. Raynard, *JCP* G 2004. II. 10030, note Billiau.

40. Civ. 3e, 17 nov. 2016, n.º 15-24.552, *publié au Bulletin*, *RTD civ.* 2017. 118, obs. Barbier, *AJDI* 2017. 281, obs. Damas, *RDC* 2017/1. 67, obs. Seube; v. igualmente avis, 16 févr. 2015, n.º 14-70.011, *D.* 2015, *AJDI* 2015. 608, obs. Damas, *RTD civ.* 2015. 569, obs. Deumier.

41. Com., 3 mars 2009, n.º 07-16.527, *Bull. civ.* IV, n.º 31, *CCC* 2009. Comm. 156, obs. Leveneur (por el contrario, basando la aplicación inmediata en el mero carácter de orden público del texto, tradicionalmente insuficiente: Civ. 3e, 9 févr. 2017, n.º 16-10.350, *publié au Bulletin*, *D.* 2017. 1107, note Casu, *RDC* 2017/2. 227, obs. Laithier (sobre el artículo L. 145-7-1 c. com. Resultante de la ley de 2 de julio de 2009 sobre las condiciones de resolución de los contratos de arrendamientos comerciales).

haber decidido que una y/u otra excepción se aplica(n), a partir del 1 de octubre de 2016, a los contratos celebrados antes de esta fecha. Para evitar esta aplicación inmediata, cuando no en algunos casos incluso retroactiva, el Parlamento modifica el artículo 9 de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 en el sentido ya expuesto.

En síntesis, se trata del sistema un tanto complicado y puesto en marcha por el legislador en dos etapas para controlar la aplicación de la reforma en el tiempo. Sin embargo, no lo ha conseguido del todo, tal y como lo demuestra, más allá de los textos de reforma, el derecho transitorio jurisprudencial.

II. EL DERECHO TRANSITORIO DE CONTRATOS MÁS ALLÁ DE LOS TEXTOS DE REFORMA

10. Presentación general. Al analizar la jurisprudencia, se tiene rápidamente la impresión de que el legislador ha fracasado parcialmente en su intento de controlar la aplicación en el tiempo de la reforma del derecho contractual. No obstante, para evitar malentendidos sobre el alcance del fenómeno, es preciso aclarar en primer lugar dos puntos.

Por un lado, ello no significa evidentemente que los jueces deciden de manera general en contra de lo dispuesto por la ley. Cuantitativamente, las decisiones que aplican el derecho transitorio elaborado por la *ordonnance* y la ley de ratificación son infinitamente más numerosas que aquellas que se alejan de aquel. Ello se constata particularmente con relación a determinadas innovaciones de trascendencia, como la eliminación de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y la revisión del contrato cuyo cumplimiento deviene excesivamente oneroso[42].

Por otro lado, la derogación de los principios enunciados por el legislador presenta un sentido único. No existe decisión alguna que haya rechazado aplicar los nuevos textos al contrato celebrado tras la entrada en vigor de los textos en cuestión. Por el contrario, hay numerosas decisiones que los aplican a contratos celebrados antes de la reforma y que deberían, por tanto, quedar sometidos a la ley antigua. Se trata de una aplicación que se remonta en el tiempo, lo que la doctrina denomina *aplicación anticipada*, que el legislador no podía prevenir. De hecho, se trata de una *aplicación retroactiva*, más o menos criticable según los casos.

Cabe analizarlo presentando, en primer lugar, las manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva (A) y, a continuación, su justificación (B).

A. Manifestaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva

11. Diversidad. Las aplicaciones jurisprudenciales que se denominan "anticipadas" de la reforma, pero que en realidad son retroactivas, son diversas. En la forma, en ocasiones son explícitas, cuando las resoluciones evocan en sus fundamentos los textos nuevos o la evolución del derecho de obligaciones en general, o, lo más habitual, implícitas cuando se inspiran directamente en el nuevo derecho, pero sin decirlo[43]. En el fondo, son más o menos conciliables con el derecho anterior, dependiendo de si la solución nueva que consagran lo contradice en mayor o menor medida.

---

42. V. *infra*, n.º 15.

43. Para un ejemplo de este segundo tipo: Civ. 3ᵉ, 23 juin 2021, n.º 20-17.554, *publié au Bulletin*, *D.* 2021. 1574, obs. Molina, *RTD civ.* 2021. 630, obs. Barbier, *JCP G* 2021, doctr. 787, obs. Loiseau et 858, obs. Najjar.

No atenderemos, como línea de principio, a estos criterios para presentarlas, sino que adoptaremos un orden cronológico. Ello es preferible en la medida en que permite observar que, después de haber sido algo dubitativa, la Corte de Casación se inclina ahora cada vez más a menudo en favor de la aplicación del derecho nuevo a situaciones normalmente sujetas al derecho antiguo por la vía de una interpretación de este último a la luz de los nuevos textos.

12. Anterioridad del fenómeno a la entrada en vigor de las nuevas normas. Antes de precisamente examinar este fenómeno, y de nuevo en términos de cronología, hay que señalar que la influencia del nuevo derecho de obligaciones sobre el antiguo se manifestó, desde la adopción de la *ordonnance* por la que se reformó el derecho de contratos, incluso antes de que esta entrase en vigor.

Así, en una sentencia de 20 de marzo de 2016, la sala de lo mercantil, cambiando de jurisprudencia, sentenció, como las otras salas de la Corte de Casación, que la cesión de un bien (en este caso, títulos de sociedad) por un precio irrisorio está sancionada por la nulidad relativa y no la absoluta[44]. Para tal decisión, se basó, sin evocarlo expresamente, en el criterio de calificación de nulidades enunciado en el nuevo artículo 1179 del Código Civil[45].

13. Evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación. Primera etapa. Tras la entrada en vigor de la *ordonnance*, se acentúa la influencia del nuevo derecho sobre el antiguo en la jurisprudencia de la Corte de Casación, pero en dos fases.

Inicialmente, la Corte se pronuncia de forma diferente en función de si el derecho anterior, que se trataba de derecho jurisprudencial, era incierto o no.

Cuando dudaba sobre la solución aplicable, la Corte ha interpretado el derecho antiguo a la luz de los nuevos textos que aportan elementos de clarificación. En varias sentencias, ha considerado que la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 conduce a apreciar y aplicar de forma diferente el derecho anterior. Así lo ha hecho para decidir el carácter relativo o absoluto de la nulidad del mandato de agencia inmobiliaria por irregularidad en la forma. Operando un cambio de jurisprudencia, una sala mixta ha considerado que la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016 conduce a apreciar de forma diferente el objetivo perseguido por las disposiciones relativas a los requisitos formales que debe respetar el mandato. De ahí ha deducido que la sola finalidad de protección del mandante en sus relaciones con el mandatario que contemplan las formalidades conduce a decidir que su incumplimiento debe sancionarse con la nulidad

---

44. Com. 20 mars 2016, n.º 14-14.218, publié au Bulletin, *RTD civ.* 2016. 343, obs. Barbier, *D.* 2017. 375, obs. Mekki, *JCP G* 2016, doctr. 797, obs. Serinet, *Dr. sociétés* 2016, n.º 17, comm. 120, obs. Mortier, *RDC* 2016/3. 435, obs. Laithier et 481, obs. Sautonie-Laguionie et Wicker.

45. "*La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé*".

relativa[46]. De la misma manera, ha calificado una *promesse d'embauche* como oferta de contrato de trabajo y no como promesa de contrato, sobre la base de criterios derivados de la evolución del derecho de obligaciones[47].

Por el contrario, cuando el derecho anterior estaba claramente determinado, la Corte ha rechazado aplicar a los antiguos contratos los nuevos textos que lo contradicen. Así lo ha hecho manteniendo su jurisprudencia muy controvertida, pero firme, que rechaza sancionar la revocación irregular de la promesa unilateral de compraventa mediante la formación del contrato, jurisprudencia que no obstante rechaza el nuevo artículo 1124 del Código Civil[48]. Independientemente de lo que se piense del fondo de la sanción, desde el punto de vista del derecho transitorio, la solución era adecuada. Respondía al deseo de moderación y a las preocupaciones expresadas por los parlamentarios durante el debate de la ley de ratificación sobre una aplicación judicial retroactiva de la *ordonnance*[49].

14. Evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación (continuación). Segunda etapa. Pero la tercera sala de lo civil finalmente abandona su jurisprudencia clásica, criticada pero firme, mediante una sentencia de 23 de junio de 2021. Aprueba la decisión de los tribunales de instancia según la cual la revocación del promitente no constituye una circunstancia que impida la formación de la compraventa, tal y como prescribe el nuevo artículo 1124[50]. Siempre desde un punto de vista de derecho transitorio, para los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016, se trata de un cambio contrario a las previsiones de los contratantes y de una aplicación retroactiva del precepto disimulada.

Esta decisión representa un punto de inflexión en el derecho transitorio jurisprudencial porque, a partir de esa fecha, la Corte de Casación ha aplicado cada vez más textos antiguos a la luz de la evolución del derecho de obligaciones, sin tener en cuenta la

---

46. Ch. mixte 24 févr. 2017, n.º 15-20.411, *publié au Bulletin*, *D.* 2017. 793, obs. Fauvarque-Cosson, *D.* 2018. 371, obs. Mekki, *AJ contrat* 2017. 175, obs. Houtcieff, *RDC* 2017/3. 415, obs. Genicon, *RTD civ.* 2017. 377, obs. Barbier. v. igualmente Civ. 1re, 20 sept. 2017, n.º 16-12.906, *publié au Bulletin*, *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier.

47. Soc. 21 sept. 2017, n.º 16-20.103 et n.º 16-20.104, *publié au Bulletin*, *D.* 2017. 2007, obs. D. Mazeaud, *D.* 2018. 371. obs. Mekki, *RTD civ.* 2017. 837, obs. Barbier, *JCP G* 2017. 1238, note Molfessis et 1269, obs. Loiseau; *Dr. soc.* 2018. 170, obs. Vatinet. Reafirmando la solución: Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, *inédit*, *JCP G* 2024, doctr. 277, obs. Loiseau.

48. Civ. 3e, 6 déc. 2018, n.º 17-21.170 et 17-21.171, *D.* 2019. 298, avis Brun et 301, obs. Mekki, *RTD civ.* 2019. 317 obs. Barbier, *RDC* 2019/1. 22, obs. Laithier, *CCC* 2019, n.º 3, comm. 39, obs. Leveneur, *JCP E* 2019. 1109, obs. Mainguy.

49. PILLET, F., *Rapport présenté au nom de la commission des lois avant l'examen en première lecture du projet de loi de ratification*, 11 oct. 2017, p. 24.

50. La sentencia añade que habían "*exactement déduit que, les consentements des parties s'étant rencontrés lors de la levée de l'option par les bénéficiaires, la vente était parfaite*": Civ. 3e, 23 juin 2021, n.º 20-17.554, *publié au Bulletin*, *D.* 2021. 1574, obs. Molina, *RTD civ.* 2021. 630, obs. Barbier, *JCP G* 2021, doctr. 787, obs. Loiseau et 858, obs. Najjar, préc.

incertidumbre que podía o no haber afectado al derecho anterior. En lo sucesivo, esto la ha llevado a adoptar soluciones que contradicen directamente principios que antes se habían afirmado con firmeza.

15. Islotes de resistencia a la aplicación jurisprudencial retroactiva. Antes de examinar las manifestaciones más recientes y flagrantes de la aplicación jurisprudencial retroactiva del derecho de contratos reformado, hay que precisar que hay cuestiones que se resisten a ella. Estas conciernen precisamente a algunas de las mayores innovaciones de la *ordonnance* de las que el legislador quería evitar su aplicación retroactiva. Desde este punto de vista, cabe señalar que los jueces siguen tales directivas y que, sobre estas cuestiones, la ley ha conseguido alcanzar su objetivo de controlar el derecho transitorio de contratos.

Así, los jueces de instancia descartan de forma abrumadora la aplicación a los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* del nuevo artículo 1171, que considera no escritas las cláusulas que crean un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de adhesión[51]. También se fijan en si el contrato se celebró antes o después del 1 de octubre de 2018 para aplicar la definición original o corregida de contrato de adhesión[52].

También rechazan aplicar a los contratos celebrados antes del 1 de octubre de 2016 el nuevo procedimiento de adaptación del contrato en caso de cumplimiento excesivamente oneroso a causa de un cambio imprevisible de las circunstancias (artículo 1195). Tal rechazo se ha manifestado particularmente con ocasión de la crisis sanitaria causada por el covid-19. Algunos profesionales que tuvieron que cerrar sus establecimientos, debido a las decisiones administrativas adoptadas durante la epidemia, intentaron conseguir la reducción de las rentas de los arrendamientos comerciales celebrados antes del 1 de octubre de 2016 sugiriendo a los jueces interpretar el antiguo artículo 1134 a la luz de la evolución del derecho de obligaciones resultante de la *ordonnance*. Los *jueces de instancia* rechazaron esta aplicación anticipada del artículo 1195, calificándola algunos con razón de aplicación retroactiva con el pretexto de interpretar la antigua ley a la luz de la nueva[53]. Este rechazo también se manifestó fuera del contexto de la epidemia del Coronavirus, en relación con un préstamo en divisa extranjera, reembolsable en euros, celebrado antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* y cuyo coste de reembolso había aumentado considerablemente como

51. CHANTEPIE G. y LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations*, 3.ª ed., Dalloz, 2024, n.º 449-2 y las decisiones citadas.

52. V. por ejemplo: Paris, Pôle 5, ch. 3, n.º 20/02499, que se basa en la ausencia de condiciones particulares para concluir que se trata de condiciones generales *"au sens de l'article 1171 en vigueur au 1er octobre 2016"*.

53. TJ Paris, 1re ch. 2e sec., 21 mars 2024, n.º 21/00742, *Gaz. Pal.* 2024, n.º 15, 2, obs. Houtcieff.

consecuencia de la variación del tipo de cambio[54] y de un mercado de construcción *à fortait* perturbado por el considerable aumento del coste de obra[55].

16. Alcance de la aplicación jurisprudencial retroactiva. Pero fuera de estas materias sobre las que los reformadores tomaron claramente partido, nada parece realmente resistirse a la aplicación jurisprudencial retroactiva del nuevo derecho de contratos.

En primer lugar, hay que señalar que la nueva sanción por revocación irregular de una promesa unilateral de contrato se generalizó en la jurisprudencia después de que la Sala de lo Mercantil adoptara la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Civil en sentencia de 15 de marzo de 2023[56]. Se trata de una decisión importante, sobre la que volveremos al analizar las justificaciones de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia[57].

Más allá de esta cuestión emblemática, la Corte de Casación aplica la antigua ley, a la luz de la nueva, con relación a otras cuestiones. Sin decirlo y, a diferencia de otros casos, sin invocar expresamente cambios en el derecho de obligaciones, la Corte de Casación ha aplicado anticipadamente la nueva sanción de la perpetuidad[58] a un contrato celebrado antes de la entrada en vigor de la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016[59]. Procediendo del mismo modo, la Sala de lo Mercantil ha aplicado anticipadamente el nuevo artículo 1157, que prevé de manera general la sanción por abuso de poder, a un mandato regido por la antigua ley[60].

17. Manifestación extrema de la aplicación jurisprudencial retroactiva. La manifestación más espectacular y una de las más criticables se refiere a una innovación muy controvertida de la *ordonnance*: la exclusión del cumplimiento *in natura* en caso de desproporción manifiesta entre su coste para el deudor de buena fe y su interés para el acreedor (artículo 1221).

---

54. Paris, 9 mai 2019, n.º 17/04789, *Gaz. Pal.* 2019, n.º 31. 21, obs. Houtcieff.

55. Paris, p. 4, ch. 6, 4 juin 2021, n.º 19/10047, *Gaz. Pal.* 2021. n.º 31. 25, obs. Houtcieff.

56. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, *publié au Bulletin*, *D.* 2023. 985, note Tisseyre, *RTD civ.* 2023. 345, obs. Barbier, *JCP G* 2023, act. 671, note Traullé, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 15, 2, obs. Houtcieff et 18, note François, *Rev. soc.* 2023, 517, note Pillet.

57. V. *infra*, n.º 20.

58. La posibilidad para cada contratante de poner fin al contrato en las condiciones previstas para los contratos de duración indeterminada (artículo 1210, párrafo 2).

59. Com. 21 sept. 2022, n.º 20-16.994, *publié au* Bulletin, *D.* 2023. 254, obs. Mekki, *RTD civ.* 2022. 879, obs. Barbier, *JCP G* 2022, doctr. 1292, note Schiller et doctr. 1426, obs. Loiseau, *RDC* 2023/1. 54, obs. Hamelin.

60. Com. 29 mars 2023, n.º 22-10.001, *publié au Bulletin*, *RDC* 2023/3. 14, obs. Pellet. La sentencia considera que resulta del artículo 1998 del Código Civil —que, sin embargo, no dice absolutamente nada sobre el abuso de poder— "*que, même lorsque le mandataire détourne ses pouvoirs au détriment du mandant, les engagements pris par le mandataire à l'égard d'un tiers obligent le mandant, sauf si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer*". Es lo que precisamente resulta del nuevo artículo 1157.

El litigio se refiere a acciones de demolición/reconstrucción de edificios interpuestas por propietarios de inmuebles ante obras defectuosas. Inicialmente, la Corte de Casación no parecía dispuesta a cambiar su jurisprudencia, que consistía en ordenar la medida, independientemente del alcance de los defectos[61]. Pero en dos sentencias de 13 de julio de 2022, aplica el artículo 1221 sin decirlo[62]. En un caso regulado por la antigua ley, aprueba la desestimación por los tribunales de instancia de una solicitud de demolición de un edificio construido infringiendo el pliego de condiciones de una zona residencial y en su lugar concede una indemnización por daños y perjuicios. Considera que se pudo proceder así tras estimar que era totalmente desproporcionado exigir la demolición de un bloque de viviendas con el único fin de evitar a los propietarios de un chalé las molestias de esta vecindad, cuando el edificio había sido construido conforme a lo dispuesto en el régimen de parcelación y no causaba ninguna pérdida de vista o de perspectiva. El tribunal de apelación destacó así la existencia de una desproporción manifiesta entre el coste de la demolición para el deudor y su interés para los acreedores. La fórmula es exactamente la del artículo 1221, que inspiró la decisión. Es tanto más notable, y lamentable, cuanto que operando un cambio de orientación[63], constituye en realidad una aplicación *retroactiva* del citado precepto. Esto es contrario a la voluntad del legislador y compromete las expectativas de las partes contratantes.

Sin embargo, la solución es confirmada y ampliada por una sentencia de 6 de julio de 2023 que aplica el antiguo artículo 1184, que no mencionaba la cuestión en absoluto, del mismo modo que el nuevo artículo 1221. La Corte estima, en forma de principio que "*le juge saisi d'une demande de démolition-reconstruction d'un ouvrage en raison des non-conformités qui l'affectent, que celle-ci soit présentée au titre d'une demande d'exécution forcée sur le fondement de l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n.° 2016-131 du 10 février 2016 ou, depuis la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, sur le fondement de l'article 1221 du même code, ou sous le couvert d'une demande en réparation à hauteur du coût de la démolition-reconstruction, doit rechercher, si cela lui est demandé, s'il n'existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées*[64]".

---

61. Civ. 3e, 4 mars 2021, n.° 19-24.176, *inédit*, *JCP G* 2021, n. 28. 787, obs. Grosser. La tercera sala de lo civil invoca la violación del antiguo artículo 1184 para casar una decisión que había rechazado la solicitud de demolición-reconstrucción de una casa y de una piscina alegando que las obras se habían realizado conforme a la *lex artis*, aunque se había modificado el proceso de construcción, y que la sustitución de materiales no presentaba ningún inconveniente, mientras que, según la Corte de Casación, las obras no se ajustaban a las estipulaciones contractuales.

62. Civ. 3e, 13 juil. 2022, n.° 21-16.407 et 21-16.408, *publiés au Bulletin, D.* 2022. 1647, obs. Genicon, *D.* 2023. 254, obs. Boffa, *JCP G* 2022, doctr. 1426, obs. Grosser, *RDC* 2022/4. 10, obs. Dournaux.

63. Aunque la Corte invoque un precedente que auguraba cierta cabida a la proporcionalidad: 3e Civ., 21 janv. 2016, n.° 15-10.566, *Bull. civ. III*, n.° 14. V. la jurisprudencia citada ss n.° 765.

64. Civ. 3e, 6 juil. 2023, n.° 22-10.884, *publié au Bulletin*, *D.* 2023. 1843, note Cormier, *D.* 2024. 275, obs. Mekki, *RTD civ.* 2023. 622, obs. Barbier, *JCP G* 2024, doctr. 783, obs. Bloch, *RDC* 2023/4. 14, note Dournaux, *Gaz. Pal.* 2023, n.° 26, 5, obs. Houtcieff, *CCC* 2023. Comm. 164, obs. Leveneur.

Por obra de la Corte de Casación, no solo las acciones para exigir el cumplimiento de los contratos regulados por la antigua ley, sino también las acciones de indemnización de daños y perjuicios para compensar la pérdida causada por el incumplimiento[65] están sujetas, por tanto, de manera muy cuestionable, a la excepción de desproporción manifiesta introducida, solo para los contratos celebrados después de su entrada en vigor y solo para la pretensión de cumplimiento, por la *ordonnance* de 10 de febrero de 2016.

Queda por ver qué puede justificar tal postura de la Corte de Casación.

B. Justificaciones de la aplicación jurisprudencial retroactiva

18. La evolución del derecho de obligaciones. Raramente se ofrecen las justificaciones de la aplicación retroactiva del nuevo derecho de contratos porque, como hemos visto, suele estar implícita. Se encuentran en las pocas sentencias en las que es explícita y, en particular, en aquellas que han utilizado la motivación desarrollada para apoyar su decisión. Estas justificaciones son escasas.

La primera, sistemáticamente invocada y claramente enunciada, es que la evolución del derecho de obligaciones obliga a reconsiderar el derecho anterior[66]. Subyace la idea del progreso del derecho, la suposición de que el derecho de hoy es mejor que el de ayer y que, por lo tanto, convendría garantizar que el derecho reformado tenga un ámbito de aplicación temporal lo más amplio posible. Se trata de un argumento débil, genérico y peligroso. En general, no es seguro, aunque este sea el objetivo perseguido en general, que las nuevas normas sean más útiles o más justas que las antiguas, sobre todo para situaciones creadas en un momento en que no existían. Esto es aún más cierto en asuntos contractuales, donde están en juego intereses privados y una modificación de la ley suele beneficiar a una de las partes contratantes en litigio en detrimento de la otra. Más concretamente, el argumento puede conducir a cambios en las normas y soluciones a raíz de curiosos análisis, tanto desde el punto de vista de derecho sustantivo como del de derecho transitorio[67].

Respecto al primer punto, podemos citar esta reciente decisión de la sala de lo social que considera que "*il résulte des articles 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, et L. 1221-1 du code du travail que la promesse unilatérale de contrat de travail est le contrat par lequel une*

65. Sin embargo, esta solución no se aplica cuando el demandante actúa sobre la base de la responsabilidad extracontractual.: Civ. 3e, 4 avr. 2024, n.º 22-21.132, *publié au Bulletin*, *JCP G* 2024, act. 653, note Borghetti, *RC Ass.* 2024, comm. 138, note Vitale que considera, basándose particularmente en el principio de reparación integral, que "*en matière extracontractuelle, les juges du fond ne peuvent apprécier la réparation due à la victime au regard du caractère disproportionné de son coût pour le responsable du dommage*".

66. Se invoca en particular por: Ch. mixte, 27 févr. 2017, n.º 15-20.411 préc.; Soc. 21 sept. 2017, n.º 16-20.103 et n.º 16-20.104, préc.; Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, *inédit*; Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, préc.

67. Soc. 17 janv. 2024, n.º 21-25.029, préc.

partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat de travail, dont l'emploi, la rémunération et la date d'entrée en fonction sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire". Todos sabemos que el antiguo artículo 1134 establecía que "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*". En cuanto al artículo L. 1221-1 del Código de Trabajo, prevé que "*le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter*". Hace falta mucha imaginación para llegar a una definición de promesa unilateral de contrato de trabajo en realidad directamente inspirada en la definición de promesa unilateral de contrato establecida en el nuevo artículo 1124 párrafo primero.

Por lo que se refiere al derecho transitorio, nos atendremos a la motivación de la sentencia de la sala de lo mercantil de 15 de marzo de 2023 que considera que " *si, conformément à son article 9, les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont applicables qu'aux contrats souscrits postérieurement à son entrée en vigueur, il apparaît nécessaire, compte tenu de l'évolution du droit des obligations, de modifier la jurisprudence de la Cour pour juger, désormais, à l'instar de la troisième chambre civile (3e Civ., 23 juin 2021, pourvoi n.º 20-17.554, publié au Bulletin; 3e Civ., 20 octobre 2021, pourvoi n.º 20-18.514, publié au Bulletin), que le promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente s'oblige définitivement à vendre dès cette promesse et ne peut pas se rétracter, même avant l'ouverture du délai d'option offert au bénéficiaire, sauf stipulation contraire*[68]".

La alusión al artículo 9 de la *ordonnance* es una concesión puramente formal a la voluntad del legislador, ya que no impide que la nueva sanción para la revocación se aplique a un contrato celebrado antes de su entrada en vigor.

19. Igualdad de trato de los litigantes. La segunda justificación para la aplicación jurisprudencial retroactiva del derecho de contratos reformado es implícita y mucho menos frecuente, como si el desarrollo del derecho de obligaciones pudiera servir para todo. Surge de la citada sentencia de la sala tercera de lo civil de 6 de julio de 2023[69] y radica en el carácter injustificado de la diferencia de trato entre partes que se encuentran en una situación similar.

Formalmente, el argumento solo se desarrolla desde un punto de vista sustantivo, en relación con el constructor responsable de defectos de construcción, que se enfrenta bien a una acción de cumplimiento en forma de demolición/reconstrucción, bien a una reclamación de daños y perjuicios. La Corte estima: "*10. En l'état de la jurisprudence, la demande de démolition et de reconstruction peut faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité lorsqu'elle est formée au titre de l'exécution forcée ou en nature du*

68. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, *préc.*

69. Civ. 3e, 6 juil. 2023, n.º 22-10.884, *publié au Bulletin*, *D.* 2023. 1843, note Cormier, *D.* 2024. 275, obs. Mekki, *RTD civ.* 2023. 622, obs. Barbier, *JCP G* 2024, doctr. 783, obs. Bloch, *RDC* 2023/4. 14, note Dournaux, *Gaz. Pal.* 2023, n.º 26, 5, obs. Houtcieff, *CCC* 2023. Comm. 164, obs. Leveneur.

contrat, tandis que si elle est présentée sous le couvert d'une demande de dommages-intérêts d'un montant égal à celui de la démolition et de la reconstruction, le juge saisi, qui apprécie souverainement les modalités de réparation et leur coût, n'est pas tenu à un tel contrôle. 11. La différence de traitement qui en résulte, tant au regard des droits et obligations des parties placées dans une situation semblable qu'en ce qui concerne l'office du juge, n'apparaît pas justifiée".

Pero a la vista de la amalgama que la sentencia realiza entre el derecho antiguo y el Código Civil reformado, cabe pensar, sin excesiva extrapolación, que en el argumento subyace también la aplicación retroactiva del rechazo de la pretensión de cumplimiento en caso de coste manifiestamente desproporcionado. En efecto, continua señalando la sentencia: "*12. Il résulte des considérations qui précédent que le juge saisi d'une demande de démolition-reconstruction d'un ouvrage en raison des non-conformités qui l'affectent, que celle-ci soit présentée au titre d'une demande d'exécution forcée sur le fondement de l'article 1184 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 ou, depuis la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance, sur le fondement de l'article 1221 du même code, ou sous le couvert d'une demande en réparation à hauteur du coût de la démolition-reconstruction, doit rechercher, si cela lui est demandé, s'il n'existe pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier au regard des conséquences dommageables des non-conformités constatées*". El artículo 1184 disponía: "*La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts*". Nada en el artículo 1184 restringía la posibilidad de que el acreedor obtuviera el cumplimiento de la prestación e incluir en el precepto la excepción de desproporción manifiesta resulta evidentemente forzado.

¿Lo justifica la igualdad de trato "*des parties placées dans une situation semblable*", como dice la Corte de Casación? Es dudoso. En primer lugar, significa considerar la cuestión desde el punto de vista de una sola de las partes contratantes, y no desde el de la otra o desde un punto de vista general. Así, en este caso, se toma en consideración la situación del constructor responsable de los defectos de construcción, no la del propietario del inmueble. Además, para considerar que las situaciones son similares, es necesario prescindir del estado del derecho, que precisamente no es el mismo antes y después de la entrada en vigor de los nuevos textos y en el que se basan las partes contratantes.

20. Inanidad de las objeciones basadas en la legislación europea sobre derechos humanos. Como no parece haber nada en el derecho francés que limite la aplicación jurisprudencia retroactiva de la reforma del derecho de contratos cuando no choca con la voluntad firme del legislador, algunos litigantes han tenido la idea de apoyarse en el derecho europeo sobre derechos humanos para limitarla.

En el asunto que da lugar a la citada sentencia de la sala de lo mercantil de 15 de marzo de 2023[70], el demandado en casación invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los litigantes para que no se aplique en el caso de autos la nueva sanción ante la revocación irregular de una promesa unilateral de contrato. Más concretamente, alega que el cambio de jurisprudencia que la sala de lo mercantil efectúa mediante la sentencia, consistente en sostener, como ahora hace la sala tercera de lo civil, que el promitente que suscribe una promesa unilateral de compraventa queda definitivamente obligado a vender desde el momento de dicho compromiso y no puede retractarse, ni siquiera antes de que haya comenzado el plazo de opción ofrecido al beneficiario, salvo estipulación en contrario, no puede aplicarse inmediatamente al presente litigio sin menoscabar injustificada y desproporcionadamente el principio de seguridad jurídica y el derecho a un proceso justo[71]. El demandado, por lo tanto, no contesta sobre el fondo el cambio de jurisprudencia. Solo critica su aplicación inmediata al litigio en curso, entendiendo que solo era posible, en atención a la seguridad jurídica, su aplicación a litigios futuros; dicho con otras palabras, lo que se denomina un cambio jurisprudencial para el avenir[72]. Lo hacía basándose no en los principios del derecho transitorio francés, sino en los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y libertades fundamentales.

Siguiendo la orientación tomada por la Corte de Casación después de varios años, la sala de lo mercantil acepta someter el cambio que se propone operar a este control convencional. Lo hace basándose naturalmente, primero, en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que cita y que permiten precisar el alcance de los derechos invocados. De ahí resulta que las exigencias de la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima de los justiciables no consagran el derecho a una jurisprudencia constante, "*une évolution de jurisprudence n'(étant) pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dans la mesure où l'absence d'une approche dynamique et évolutive serait susceptible d'entraver tout changement ou amélioration*". Considera que, en el caso de autos, el promitente no puede prevalerse de un derecho definitivamente adquirido, en la medida en que la sentencia del tribunal de apelación que rechaza la demanda de ejecución *in natura* de la compraventa era susceptible de un recurso en casación según las formas y plazos previstos por el Código sobre el proceso

70. Com. 15 mars 2023, n.º 21-20.399, *publié au Bulletin*, préc. V. *supra*, n.º 15.

71. También invocó una infracción similar del derecho de propiedad consagrado en el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 del Convenio.

La Corte lo desestimó alegando que el promitente que se había retractado ilícitamente no tiene un crédito exigible en este caso, en la medida en que la sentencia de la corte de apelación que solo le había condenado al pago de daños y perjuicios no había devenido firme. Tampoco tiene "*une "espérance légitime" de ne pas être condamné à l'exécution forcée du contrat, compte tenu de la controverse qui existait sur la jurisprudence antérieure et de la réforme du droit des contrats qui y a mis fin pour l'avenir*". Para el futuro, en efecto, y no para el pasado, se tiene la tentación de observar...

72. Sobre esta figura y, en general, sobre la aplicación de la jurisprudencia en el tiempo, v. AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *op. cit.*, n.º 180 s.

civil. Añade que el nuevo estado del derecho, resultante del cambio de la tercera sala de lo civil, no era imprevisible en el día en que el beneficiario de la promesa presentó su recurso. Una gran mayoría de la doctrina sostenía esta opinión mucho antes de la celebración de la promesa. La reforma del derecho de contratos, realizada con anterioridad a la retractación, y que pone fin a esta para los contratos celebrados tras su entrada en vigor, confirma las dudas preexistentes en cuanto al correcto fundamento, y por tanto, al mantenimiento, de la jurisprudencia anterior. Así, concluye la sala de lo mercantil que el cambio que realiza mediante su sentencia no tiene por efecto privar, incluso retroactivamente, al promitente de su derecho a un proceso justo.

Añade que las consecuencias para el promitente de este cambio jurisprudencial no parecen desproporcionadas dado que, conforme a la jurisprudencia anterior, este habría debido de indemnizar los daños y perjuicios para reparar el perjuicio causado por su *faute*, mediante un montante destinado a situar, en la medida de lo posible, al beneficiario en la situación que se habría encontrado si el promitente no se hubiese retractado de forma ilícita. Precisa la Corte además que si el promitente percibe como una injusticia el hecho de que el beneficiario gane el caso, esta situación es inherente a todo cambio de solución jurídica y que la aplicación del cambio tiene como sola consecuencia el sujetar al primero, más que al segundo, a las consecuencias de su revocación ilícita al imponérsele ceder sus títulos para respetar sus compromisos.

21. Apreciación crítica. La decisión y su motivación precisarían, en sí, un estudio en profundidad que no puede llevarse aquí a cabo y que, por suerte, no es indispensable, al tratarse únicamente de una pieza entre otras sobre la cuestión que tratamos. Desde el punto de vista más general que ahora nos interesa sobre el derecho transitorio de contratos, cabe formular, no obstante, las siguientes breves observaciones.

La decisión parece poco discutible, en lo que respecta al derecho europeo sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte de Casación, así como en lo que respecta a los principios sobre los que se funda al tratarse de una evolución de la jurisprudencia. Pero la aplicación concreta de cada uno de los argumentos mencionados suscita importantes reservas.

En primer lugar, respecto a los motivos de la ausencia de contravención al derecho a un proceso justo. Fundar la previsibilidad del nuevo estado del derecho sobre las críticas doctrinales dirigidas contra la jurisprudencia anterior supone otorgar un rol y una importancia a la doctrina que la Corte de Casación no acostumbra a hacer. Sobre todo, supone olvidar que, durante años, la Corte ha mantenido firmemente su jurisprudencia contra estas críticas, pudiendo así dar base para una creencia legítima sobre su perdurabilidad. Siguiendo con esta objeción, cabe admitir que el nuevo derecho de contratos, que se aparta de la jurisprudencia, refuerza las dudas sobre su correcto fundamento, pero no sobre el mantenimiento de la jurisprudencia. En todo caso, no sobre su mantenimiento tal y como la Corte lo entiende. Por supuesto, tras la entrada en vigor de la *ordonnance*, esta no puede mantener su jurisprudencia anterior, que sería entonces claramente *contra legem*. Pero esto solo es así en las condiciones fijadas en la *ordonnance*, es decir, para los contratos celebrados a partir del 1 de octubre de 2016.

Para aquellos celebrados con anterioridad, el nuevo texto reformado nada impone y el cambio de jurisprudencia era tanto menos previsible cuanto que, inicialmente, la Corte de Casación se negó a hacerlo[73].

También son discutibles las razones por las que las consecuencias de la aplicación inmediata del cambio de jurisprudencia, que implica una aplicación retroactiva del nuevo derecho de contratos, no se consideran desproporcionadas. Contrariamente a las apariencias, la motivación se muestra liviana, por no decir más. Por un lado, no habría desproporción porque, en el derecho anterior, el promitente habría debido en todo caso reparar el perjuicio causado al beneficiario de la promesa por la revocación irregular. Pero esto supone ignorar que el reconocimiento de la indemnización no equivale en absoluto a la pretensión de cumplimiento, que se traduce en la celebración del contrato prometido (en el caso de autos, la cesión de participaciones sociales). Esto es cierto para el beneficiario, que no obtiene la misma ventaja, pero también para el promitente, que no se ve sometido a las mismas exigencias. Solo en un caso está obligado a ceder la propiedad de los bienes objeto de la promesa. La sala de lo mercantil se esfuerza en atenuar la diferencia al indicar que la indemnización de los daños y perjuicios deben ser de un montante destinado a situar al beneficiario, en la medida de lo posible, en la situación en la que se encontraría si el promitente no hubiese realizado la revocación de manera ilícita[74]. Ello supone olvidar que la valoración de los daños y perjuicios destinados a indemnizar al beneficiario de la promesa por el perjuicio causado por la revocación irregular era discutida y que no era seguro que pudieran incluir la indemnización por la pérdida de las ventajas que el beneficiario habría obtenido del contrato prometido si este finalmente se hubiera celebrado. Incluso desde este punto de vista, la equivalencia de las sanciones no está asegurada[75].

Lo peor, sin embargo, es la intromisión en la psicología del promitente y la eliminación de cualquier sentimiento de injusticia que pueda sentir. Básicamente, el argumento de la Corte es que esta consecuencia es inevitable para una de las partes del proceso cuando cambia la ley y que, en este caso, el promitente solo puede responsabilizarse a sí mismo, ya que es él quien, por su culpa, ha causado el problema. Se trata de una curiosa forma de valorar la proporcionalidad de las consecuencias de un cambio de

---

73. V. *supra*, n.º 13.

74. Se trata de una formulación del principio de evaluación de los daños y perjuicios en materia extracontractual según el cual la finalidad de la responsabilidad civil es restablecer, con la mayor exactitud posible, el equilibrio destruido por el daño y volver a colocar a la víctima en la situación en que se encontraría si no se hubiera producido el hecho dañoso. V. en particular, en la abundante jurisprudencia: Soc. 23 nov. 2005, n.º 03-40.826, *Bull. civ.* V, n.º 332; Civ. 2e, 18 janv. 1973, n.º 71-14.282, *Bull. civ.* II, n.° 27; Civ. 2e, 1er avr. 1963, *Bull. civ.* III, n.º 309, *D.* 1963. 453, note Molinier, *JCP* 1963. II. 13408, note Esmein.

75. En realidad, esta no es indispensable para la conformidad con el Convenio del cambio de la jurisprudencia con efecto inmediato. Basta con que la sustitución de una (el cumplimiento *in natura* de la promesa mediante la celebración del contrato prometido) por la otra (la indemnización de daños y perjuicios) no tenga consecuencias desproporcionadas para quien la sufre. La Sala de lo Mercantil prescinde de la necesidad de demostrarlo avanzando una equívoca equivalencia.

jurisprudencia. Evidentemente, tal proporcionalidad no puede desprenderse del carácter inevitable de estos últimos, pues de lo contrario se consideraría que un cambio en el estado del derecho nunca tiene consecuencias desproporcionadas, incluso cuando resulta, como en el presente caso, de una aplicación retroactiva del nuevo derecho causado por un cambio jurisprudencial con efecto inmediato. En cuanto a la *faute* del promitente en el origen del conflicto, puede constituir, a lo sumo, un elemento entre otros a la hora de evaluar las consecuencias del cambio de sanción, pero no su único fundamento. El contratante que falta a su palabra no tiene que soportar cualquier tipo de consecuencias por su incumplimiento, sino solo las previstas por la ley. Si esta última cambia, las nuevas sanciones solo se aplican en las condiciones previstas por la ley transitoria, especial o general. La modificación puede resultar de un cambio con efecto inmediato, siempre que se demuestre que no tiene consecuencias desproporcionadas, cosa que la sentencia no logra a pesar de sus pretensiones.

* * *

22. Conclusión. Tras este recorrido por el derecho transitorio de contratos francés, es posible tener la impresión de que sale reforzada la opción de la Propuesta española revisada de no adoptar disposiciones transitorias propias.

La experiencia francesa demuestra que el legislador ha realizado esfuerzos repetidos y algo torpes para controlar la aplicación en el tiempo del derecho contractual reformado, pero que no lo ha conseguido del todo. Así pues, nos encontramos con un derecho transitorio legislativo complicado, en parte desbordado por una jurisprudencia no siempre bien fundada. ¿Acaso no es mejor abstenerse y confiar en los principios generales del derecho transitorio? Aunque desconfiemos de dar consejos que pudieran estar fuera de lugar, parece que la respuesta ha de ser matizada.

En primer lugar, conviene recordar que algunas de las dificultades se derivan del procedimiento particular adoptado por los reformadores franceses: la "legislación" mediante *ordonnance*. Pero uno de los posibles procedimientos de reforma en España podría quizá suscitar cuestiones similares.

En segundo lugar, las fuentes del derecho transitorio francés se caracterizan por una concurrencia relativamente viva entre la ley y la jurisprudencia, que no sabemos si tiene equivalente en España.

Por último, la experiencia demuestra que, en un sistema de este tipo, la adopción de disposiciones transitorias especiales sigue permitiendo limitar la inclinación de los jueces a aplicar la nueva legislación de forma inmediata, o incluso retroactiva. Para renunciar a esta vía, es preciso que la aplicación de los principios generales del derecho transitorio sea suficientemente previsible y segura y conducir a resultados adecuados.

Santiago de Compostela, julio de 2024.

BIBLIOGRAFÍA

AUBERT, J.-L. y SAVAUX, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey-Université, 19.ª ed., Lefebvre-Dalloz, 2023.

BÉnabent, A., "La 'digestion' de la réforme (entrée en vigueur)", *Le nouveau discours contractuel*, *RDC*, 2016, 3, pp. 608 s.

CHANTEPIE, G. y LATINA, M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3.ª ed., Dalloz, 2024.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, pref. Gobert, LGDJ, "Bibl. droit privé", t. 133, 1977.

Deshayes, O., "Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères?", *RDC,* 2014, 2, pp. 157 s.

DESHAYES, O., GENICON, T. y LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2.ª ed. 2018.

FLOUR, J., AUBERT J.-L. y SAVAUX, E., *Droit civil. Les obligations. vol. 1, L'acte juridique*, Sirey-Université, 18.ª ed., 2024, Lefebvre-Dalloz, 2024.

FRANÇOIS, J., "Application dans le temps et incidence de la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de réforme du droit des contrats", *D.*, 2016, p. 506 s.

GALLET, J. L., "Méthode législative et objectifs: la lecture du Conseil d'État", *Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité*, (directores V. Larribau-Terneyre y S. Pellé), Presses de l'Université de Pau, 2016, pp. 19-28.

GAUDEMET, S., "Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016", *JCP G*, 2016, n.º 19, p. 559 s.

HAROUEL, J. L., TEBOUL, G. y TOURNAFOND, O., "Le droit des contrats réformé par ordonnance?", *D.*, 2014, 19, chron. 1099 s.

LATINA, M., "Apprécier la réforme", *Le nouveau discours contractuel*, *RDC,* 2016, 3, p. 615 s.

PIMONT, S., "Critique de la méthodologie de la réforme. À propos d'une réécriture aristocratique du droit civil", *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre. Dialogues autour de la réforme du Titre III du Livre III du Code civil* (director G. Pignarre), Institut universitaire Varenne, 2016, pp. 297-312.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y PLURILEGISLACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL*[1]

ALBERT FONT I SEGURA

Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

RESUMEN

El artículo analiza la plurilegislación en el derecho español en materia de obligaciones contractuales, subrayando las incertidumbres que esta genera por la inactividad del legislador estatal para definir cuestiones clave como las bases contractuales, la aplicación procesal del principio iura novit curia en un ordenamiento plurilegislativo o la conjugación de la uniformidad mercantil con la plurilegislación civil. A falta de una regulación estatal clara, algunos de los problemas referidos son abordados por la jurisprudencia constitucional.

PALABRAS CLAVE

Plurilegislación; obligaciones contractuales; derecho común.

---

* Fecha de recepción: 4-2-2025. Fecha de aceptación: 5-3-2025.

1. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, sobre "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) (investigador/a principal: M.ª P. García Rubio y J. Maseda Rodríguez).

CONTRACTUAL OBLIGATIONS AND PLURILEGISLATION IN SPANISH LAW

ABSTRACT

The article analyses the plurilegislation in Spanish law on contractual obligations, highlighting the uncertainties that this generates due to the inactivity of the state legislator in defining key issues such as the contractual bases, the procedural application of the iura novit curia principle in a plurilegislative system or the conjugation of commercial uniformity with civil plurilegislation. In the absence of clear State regulation, some of the problems referred to are addressed by constitutional case law.

KEY WORDS

Plurilegislation; contractual obligations; ius commune.

SUMARIO

1. Introducción 4

2. LA PLURILEGISLACIÓN: RASGO CARACTERÍSTICO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 6

3. LA INDEFINICIÓN DE LAS BASES CONTRACTUALES 9

3.1. Naturaleza y fundamento de la competencia estatal 9

3.2. Inactividad del legislador estatal versus actividad de los legisladores autonómicos 10

3.3. Una aproximación a la delimitación jurisprudencial de las bases de las obligaciones contractuales 13

3.4. Problemas de delimitación frente al art. 149.1.6.ª CE 15

4. SUPUESTOS PURAMENTE INTERNOS Y PLURILEGISLACIÓN 18

4.1. Sentido de la identificación de los supuestos puramente internos 18

4.2. Fundamento jurídico para la aplicación del derecho civil propio en "supuestos puramente internos" 20

4.3. Iura novit curia y plurilegislación 23

5. UNIFORMIDAD MERCANTIL Y PLURALIDAD CIVIL 31

5.1. Praxis en la jurisdicción ordinaria 32

5.2. Perspectiva competencial 37

6. REFLEXIONES FINALES 43

Bibliografía 45

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico español se distingue por la coexistencia de distintas legislaciones civiles dentro de un mismo marco estatal, lo que constituye un rasgo estructural que se ha mantenido desde la codificación del siglo XIX. En efecto, aunque el Código Civil nació con una vocación unificadora, no logró suprimir la diversidad de derechos civiles en determinados territorios, que fueron reconocidos bajo la categoría de derecho foral y admitidos como derecho especial. El arraigo innegable que este fenómeno ha tenido, en materia de familia y sucesiones, conformó la estructura y composición del ordenamiento. El ordenamiento jurídico que nace de la CE no es ajeno a este rasgo caracterizador. De hecho, la CE supone un vuelco a la configuración del sistema preconstitucional porque la multiplicación de los polos de producción normativa revela un reconocimiento de la pluralidad. No obstante, el reconocimiento de la pluralidad legislativa en materia civil ha derivado en una distribución competencial ambigua, lo que ha revertido en una excesiva conflictividad competencial. No cabe duda de que esta configuración del ordenamiento está plenamente consolidada, pero ello no impide poner en tela de juicio un sistema que presenta algunas incertidumbres significativas. Por ello, partiendo en el epígrafe 2 de la dificultad que ha generado la depuración de las ambigüedades presentes en la competencia dual conferida al Estado y a determinadas CC. AA. en el art. 149.1.8.ª CE, esta contribución pretende señalar alguno de los dilemas que suscita el desarrollo de los derechos civiles autonómicos en materia contractual.

En este sentido, el epígrafe 3 se detiene en una de las incógnitas más llamativas del art. 149.1.8.ª CE. Se trata de la reserva al Estado de las bases de las obligaciones contractuales, cuya definición no se encuentra en dicha disposición, ni tampoco en cualquier otra disposición de la CE, provocando una litigiosidad constante sobre los límites de la legislación autonómica en esta materia. Mientras que algunas CC. AA. con derecho civil propio han desarrollado o están desarrollando una normativa en esta materia, el legislador estatal ha permanecido inactivo, dejando al TC la tarea de delimitar ex post lo que debería haber sido definido ex ante por el Estado.

La ausencia de una regulación clara genera inseguridad jurídica, especialmente en la determinación del derecho aplicable en supuestos que, aunque puramente internos, pueden quedar sujetos a la aplicación supletoria del derecho estatal. Ello genera una percepción diversa de la plurilegislación, como realidad normativa, en función del territorio desde el cual se enjuicia el supuesto. Pero también conduce a una incorrecta determinación del derecho aplicable. El epígrafe 4 muestra el alcance de este problema y pone de relieve la falta de un sistema procesal adecuado que permita aplicar correctamente el derecho civil que corresponda sin vulnerar el principio *iura novit curia* ni generar situaciones de indefensión. El problema radica en que los jueces no aplican de oficio el derecho civil que correspondería. Este problema se manifiesta con especial intensidad en los tribunales sitos en territorio con derecho civil propio, donde en algunos casos se ha aplicado incorrectamente el CC estatal en detrimento de la legislación autonómica.

Finalmente, la coexistencia de un derecho mercantil uniforme con una pluralidad de derechos civiles plantea un reto adicional, cuestión que se aborda en el epígrafe 5, la

dificultad de conciliar la uniformidad mercantil con la pluralidad civil. Ciertamente, convergen en esta cuestión distintas apreciaciones —como la concepción y alcance de la pluralidad, la configuración de la dualidad del derecho privado, la noción de derecho común o la concepción de unidad de mercado— que no contribuyen a establecer un marco claro en la articulación de ambos ámbitos de regulación. La *praxis* jurisprudencial se decanta claramente en favor de integrar las lagunas del derecho mercantil mediante la aplicación del derecho civil que corresponda, sin que este sea necesariamente el CC estatal por la pluralidad civil. No obstante, se trata de una cuestión que debe ser resuelta en la delimitación competencial.

Anticipo ya, a modo de conclusión, que estos inconvenientes son un lastre del sistema que encuentran su origen en la inactividad del legislador estatal, que es quien tiene la responsabilidad de una competencia que le ha sido conferida para despejar la inseguridad en el tráfico jurídico.

2. LA PLURILEGISLACIÓN: RASGO CARACTERÍSTICO DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La pluralidad legislativa es un elemento estructural del ordenamiento español en materia civil que viene garantizado por el artículo 149.1.8.ª CE[2]. Esta pluralidad, si bien con límites, comprende la regulación de las obligaciones contractuales. Sin embargo, su delimitación ni es fácil ni está exenta de debate. En efecto, con base en esta misma disposición se constatan distintas incertidumbres, pero puede decirse que, en esencia, las dudas se reducen a dos cuestiones, tan relevantes como determinantes. Por una parte, una incertidumbre relativa a la determinación de los polos de producción normativa. Por otra, una incertidumbre relativa al alcance material de la competencia legislativa del Estado y a la de las CC. AA., cuya competencia comprenda las obligaciones contractuales. Ambos puntos de debate basculan entre las dos reglas de competencia contenidas en los dos incisos que configuran el mencionado precepto constitucional. Como es sabido, la disposición prevé primero una doble regla conforme a la cual se atribuye competencia exclusiva al legislador estatal en materia de legislación civil, sin perjuicio de la competencia que tienen los legisladores autonómicos para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. Se establece así una regla conforme a la cual tienen competencia exclusiva, en su respectivo ámbito de atribución, el legislador estatal y aquellos legisladores autonómicos cuya competencia derive de dicha regla. A continuación, el artículo 149.1.8.ª CE establece un listado de materias cuya competencia es, en todo caso, exclusiva del Estado. Entre estas materias está "la base de las obligaciones contractuales", cuyo origen se encuentra en el artículo 15 de la CE 1931.

Respecto a la existencia de diversos polos de producción normativa en materia de obligaciones contractuales, no hay duda de la competencia que tiene atribuida el legislador estatal, cuya habilitación deriva tanto del primer inciso, como del segundo, que refuerza y blinda la competencia estatal de "las bases" frente a los legisladores autonómicos. La pluralidad normativa proviene de la competencia que también tienen atribuida los legisladores autonómicos, cuya delimitación depende de la fórmula "allí donde existan" y del alcance conferido a la expresión "derechos civiles, forales o especiales". Según el TC, la fórmula "allí donde existan" posee una doble función, locativa y temporal, en virtud de la cual solo pueden ejercer esta competencia las CC. AA. que, asumiendo esta competencia en el Estatuto[3], tuvieran derecho civil vigente en su territorio

2. Como ha declarado el TC (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1), el art. 149.1.8 CE "introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política".

3. Con independencia de la vía de acceso seguida para el autogobierno. *Vid.* la STC 88/1993, de 12 de marzo, que consideró conforme a la Constitución la ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del derecho civil de Aragón, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", *Iuris*, 1994, 1, pp. 37-76, quien destaca que el TC se ha centrado especialmente en el origen y fundamento histórico de las competencias en materia de derecho

en el momento de entrada en vigor de la Constitución[4]. Se trata de una regla de reconocimiento cuyo fundamento tiene una doble raíz: histórica y democrática[5].

Por lo que se refiere al alcance material de la competencia, el TC elaboró la doctrina de la conexión institucional suficiente, que exige una conexión necesaria con una institución previamente regulada, y vigente en el momento de entrar en vigor la CE, para avalar la competencia para la conservación, modificación o desarrollo de los derechos civiles autonómicos. Esta institución preexistente constituye un punto de arranque —y, al mismo tiempo, de anclaje— que priva de antemano un desarrollo homogéneo de los distintos derechos civiles autonómicos, perpetuando el carácter fragmentario y dispar del ordenamiento plurilegislativo en función de los ámbitos regulados por el legislador estatal en periodo preconstitucional. No obstante, la noción constitucional de "desarrollo" ha relajado la doctrina del criterio de conexión, permitiendo un "crecimiento orgánico" que respete el derecho civil autonómico como un conjunto normativo coherente dotado de principios, normas e instituciones, como se ha puesto de manifiesto en la STC 132/2019[6], con una carga de profundidad que puede alterar el alcance temporal de la

civil "foral", con independencia de la vía de acceso a la autonomía o del grado o alcance de la misma.

4. SSTC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 1; 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 76. El TC precisó que no era necesario que se tratara de derecho compilado, bastaba con que fuera una costumbre civil, más concretamente, "normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución" que subsistieran en el territorio de la C. A., STC 121/1992, FJ 1, *vid*. también la STC 182/1992 16 de noviembre, lo que explicaría la constitucionalidad de la ley de arrendamientos históricos valenciana, la ley de arrendamientos rústicos gallega o el fuero de Guipúzcoa, aunque respecto del último no se ha pronunciado el TC. Debe demostrarse, sin embargo, "su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas", STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 6.

5. *Vid.* FONT i SEGURA, A., "Incidencia del art. 149.1.8.ª de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil", *CDT*, 2025, vol. 17, n.º 1, pp. 1162-1196.

6. *Vid*. STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 3: "Es preciso decir, además, que la noción de «desarrollo» de los derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Esto significa que cabe que las comunidades autónomas dotadas de derecho civil regulen instituciones conexas con las ya existentes en su ordenamiento dentro de la actualización o innovación de sus contenidos a la que se ha hecho referencia y según los principios informadores peculiares del derecho foral. Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1.8 CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí."; confirmando a continuación que "Ha de quedar, pues, asentada la idea de que la competencia legislativa autonómica para el desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel Derecho".

conexión hasta ahora no desmentido[7]. Se trata de un pronunciamiento controvertido —sea por el resultado al que se llega[8], sea por la falta de argumentación en el cambio de criterio[9]— que introduce una modificación explícita del factor temporal de la conexión[10]. En efecto, el TC acepta que la conexión suficiente pueda derivar tanto del derecho preconstitucional como de normas posconstitucionales que mantuvieran una relación razonable con el acervo normativo autonómico. Si la doctrina adoptada hasta que se dictó dicha sentencia ya ha permitido un notable desarrollo del derecho civil autonómico en materia de obligaciones contractuales en Navarra y Cataluña, la potencialidad del pronunciamiento constitucional puede suponer que, en un futuro, legisladores como, por ejemplo, el gallego o el valenciano, amplíen sus normas en materia contractual considerando su regulación sobre contratos agrarios, en particular en materia arrendamientos.

7. Si bien es cierto que en la posterior STC 157/2021, de 16 de septiembre, no se reproduce la alteración de la doctrina introducida en la STC 132/2019 respecto a la referencia temporal del derecho a tomar en consideración, ello se debe a que el legislador navarro no introdujo en la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo modificaciones sustantivas sino puramente instrumentales respecto de su derecho vigente. Como se apunta en el FJ 9 d) II) "No se trata de una operación de desarrollo del derecho civil foral sino de algo mucho más modesto, de una operación de mero mantenimiento en el tiempo del derecho civil propio, a partir del ya compilado, sin desbordar, por tanto, el derecho históricamente vigente en Navarra.", lo que supone una especificidad frente al caso resuelto en la STC 132/2019.

8. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2020, 7, pp. 3-22; ARENAS GARCÍA, A., "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional", *AEDIPr*, xix-xx, 2019-2020, pp. 615-626 o DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, (coordinadores M. J. Castellano y A. B. Campuzano Laguillo), vol. 1, t. 1, 2024, pp. 307-350, en particular pp. 330-333.

9. *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil", *Revista de Derecho Civil*, 2019, 4, pp. 1-43, en el mismo sentido ÁLVAREZ SANTIAGO, S., "La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña ¿Incidente o punto de inflexión?", *REDI*, 2020, 72, pp. 313-320, si bien considerando que la doctrina adoptada no refleja el contenido del art. 149.1.8.ª CE.

10. Favorable, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. vii, n.º 5, pp. 41-89; igualmente, *vid. op. cit.* FONT i SEGURA, A., "Incidencia del art. 149.1.8.ª de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil", *CDT*, (en prensa).

3. LA INDEFINICIÓN DE LAS BASES CONTRACTUALES

3.1. Naturaleza y fundamento de la competencia estatal

La competencia de aquellas CC. AA. que pueden legislar en materia de obligaciones contractuales no es, sin embargo, plena. Conforme al segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE el Estado tiene competencia exclusiva, "en todo caso"[11], en relación con las bases de las obligaciones contractuales. En efecto, aun en el caso de que, por la existencia de una institución contractual en las CC. AA. con derecho civil propio, quepa su conservación, modificación o desarrollo conforme a la doctrina de la conexión suficiente, la competencia del Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales constituye un límite infranqueable para la competencia autonómica. De momento, en la STC 132/2019, se han esbozado lo que el TC ha declarado como "las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de los contratos", puesto que la competencia exclusiva al Estado no se otorga "para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional." En este sentido, se apunta que las bases de las obligaciones contractuales "no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas."

Se plantea, en consecuencia, la duda de si esta es una competencia básica, que permitiría el desarrollo por parte de las CC. AA. una vez trazadas las bases estatales, o bien si la referencia a las bases alude a las reglas esenciales que, en cualquier caso, deben respetar todos los derechos civiles coexistentes en España. El TC[12] se ha inclinado por la primera opción declarando que "existe una situación de concurrencia de competencias estatal y autonómica sobre la legislación civil contractual" y que, de acuerdo con la doctrina constitucional, "la definición de lo básico ha de permitir a las comunidades autónomas su desarrollo a través de la consecución de opciones legislativas propias, de forma que la legislación básica no agote completamente la materia". No obstante, la doctrina se inclina más bien por la segunda opción[13]. En efecto, en aras de la claridad,

---

11. "El sentido de esta segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno", *vid.* STC156/1993, de 6 de mayo, FJ 1 a).

12. *Vid.* por todas la STC 120/2024, de 8 de octubre, FJ 5 C) b) II, con cita de pronunciamientos anteriores.

13. *Vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", pp. 334-337; *vid.* VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. x, 2024, 5, pp. 75-124, en particular pp. 103-105. Con argumentos fundados ambos, aunque temiendo el primero de los autores que ello propicie un desbordamiento de la regla competencial debido a la falta de concreción; mientras que el segundo pone de manifiesto que esta concepción no ha impedido al TC auspiciar una especie de

certidumbre y seguridad jurídica, parece más conveniente que las bases sean unas reglas precisas y vinculantes que fijen el núcleo esencial del derecho de obligaciones contractuales.

En cualquier caso, según el TC[14], dichas bases constituyen "una garantía estructural del mercado único y supone un límite en sí —un límite directo desde la Constitución— a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos". Se establece asimismo que las bases de las obligaciones permiten garantizar "un régimen contractual común para todos los ciudadanos". El TC ha subrayado que la reserva estatal prevista en el art. 149.1.8.ª CE para adoptar una regulación básica uniforme en la ordenación contractual se justifica por la finalidad del contrato como instrumento jurídico "al servicio de la economía ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)", que "son reglas esenciales en el orden jurídico global al ser las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad". De manera más concreta y particular sobre el segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE, "la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional."

La realidad apunta a que va a ser la jurisprudencia constitucional la que, a cuenta de los conflictos competenciales que se generen, delimite el contorno y contenido de estas bases, dada la inactividad del legislador estatal.

3.2. Inactividad del legislador estatal versus actividad de los legisladores autonómicos

No obstante, el legislador estatal no ha definido cuáles son estas bases[15]. Sin duda, esta sería, a mi juicio, la solución óptima[16]. En efecto, cabría presumir que si el legislador

---

regla espejo, consistente en admitir "la potestad legislativa de las Autonomías en materia contractual pasaría porque su regulación se corresponda, total o sustancialmente, a la del Estado".

14. *Vid.* por todas la STC 120/2024, de 8 de octubre, FJ 5 C) b), con cita de pronunciamientos anteriores.

15. *Vid.* por todas la STC 120/2024, de 8 de octubre, FJ 5 C) b) v) i VI), con cita de pronunciamientos anteriores.

16. Así lo pone también de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2015 al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil [837/2014 (JUSTICIA)]. Igualmente, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 4, pp. 27-65, ya advertía que la unificación del "sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias" pasa por el ejercicio de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.8.ª CE, *vid.* p. 42; también, DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los derechos civiles españoles hace cuarenta años ¿qué ha cambiado?", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), 2019,

estatal ejerciera como debería su competencia exclusiva, lo haría en atención a la diversidad legislativa, ponderando el impacto de dicha diversidad[17] y considerando los límites a que está sometida su competencia. Por este motivo, cabría esperar que una normativa estructural como la de las bases de las obligaciones contractuales, de carácter cuasi-codificador, precisaría de un consenso técnico-jurídico con participación activa, aunque no vinculante, de las CC. AA. con derecho civil propio, en especial aquellas que ostentan competencias en materia contractual. En efecto, no es por casualidad que el propio TC advierte que estas bases no deben adoptarse con menoscabo de la autonomía política de las CC. AA.[18]. Evidentemente, esta delimitación no evitaría el conflicto

---

Tirant lo Blanch, pp. 21-46, en particular pp. 40-41; igualmente, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 1, p. 25; asimismo, OLIVA BLÁZQUEZ, F. "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 3, pp. 37-66, en particular, pp. 59-60; FENOY PICÓN, N. "La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña", *ADC*, t. LXVIII, 2015, fasc. III, pp. 801-1082 (con un completísimo aporte doctrinal), en particular, pp. 1067-1068 y, aunque implícitamente, también GÓMEZ POMAR, F., "Un nuevo Código", Editorial, *InDret*, 2013. Por el contrario, *vid.* BUSTO LAGO, J. M., "Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de derecho civil", *Revista Xuridica Galega*, 2002, 35, pp. 13-64, mantenía que "no es previsible, ni siquiera deseable" que el legislador estatal elabore una ley conteniendo las bases de las obligaciones contractuales.

17. Es interesante resaltar que esta aproximación es adoptada en la STC 157/2021, FJ 9 f). El TC al analizar si la cesión de créditos prevista en la ley 511 FNN socava el principio constitucional de unidad de mercado apunta que "Debe descartarse que la norma amenace el principio constitucional de unidad de mercado, *pues nada alega al respecto el abogado del Estado*, más allá de la cita de la STC 13/2019. Debe señalarse que la continuada vigencia de la norma cuestionada desde 1973 no hubiera impedido, llegado el caso, proporcionar a este Tribunal argumentos en tal sentido (en un sentido similar, respecto a la carga alegatoria en relación con la unidad de mercado, STC 100/2020, de 22 de julio, FJ 3)". (El destacado es del autor). Esto es, si no se aporta prueba que demuestre tal amenaza, cabe presumir que no hay tal amenaza. Interesante también que el tiempo transcurrido, desde que la institución fue adoptada en 1973, ofrece una perspectiva temporal suficientemente amplia como para valorar la incidencia del impacto.

18. *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 6, párrafo 16: "Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece y, *en todo caso, deben quedar opciones diversas para que el legislador autonómico pueda ejercitar su competencia*." (El destacado es del autor); *vid.* asimismo STC 157/2021, FJ 9 c) II), recordando la doctrina adoptada con anterioridad: "este precepto constitucional atribuye al Estado la competencia para establecer los criterios de ordenación general del sector de la contratación privada en aquellos territorios autonómicos que cuenten con legislación propia, pero no le permite regular pormenorizadamente aspectos materiales concretos de estas obligaciones, pues tal regulación menoscabaría las competencias de las comunidades autónomas que tengan un Derecho civil foral o especial propio".

competencial, puesto que la ley estatal estaría sujeta al criterio constitucional de lo que deba entenderse por tales bases, pero desde luego reduciría el número de controversias competenciales y, por descontado, la inseguridad a que se ve sometida la actividad legislativa. En el horizonte, además, la definición de las bases se establecería con la confianza de que, junto con una regulación uniforme de las bases de las obligaciones contractuales que dejara margen para la diversidad, se adoptara una regulación también uniforme para regular los conflictos internos de leyes sujeta al principio de paridad, que proporcionara previsibilidad y seguridad en el tráfico jurídico interregional.

Lamentablemente, este no es el panorama que se ha dibujado en la actualidad. Ahora bien, la inacción del legislador estatal no impide la acción legislativa autonómica[19]; no en vano, se trata de una competencia compartida en la que, más allá de las bases, los legisladores autonómicos competentes pueden adoptar normas en materia contractual. De esta forma, como los límites no son precisos, la situación se mueve al albur del conflicto competencial y de las sentencias que, en consecuencia, debe dictar el TC para inferir de la legislación estatal cuáles son estas bases de las obligaciones contractuales[20]. No hay duda de que, frente a una ley estatal que fije las bases, resulta mucho menos eficiente dejar que, a instancia de quien corresponda, quede en manos del TC acotar las bases cada vez que un legislador autonómico adopta normativa en materia de obligaciones contractuales. Menos eficiente y más inseguro. En realidad, como se pone de relieve en el Dictamen del Consejo de Navarra 5/2020 de 17 de febrero, ante la dificultad de fijar el contenido de la noción de bases, el TC ha eludido tradicionalmente recurrir exclusivamente a la aplicación del art. 149.1.8.ª CE, aplicando también la atribución más amplia, y sin excepción, contemplada en el art. 149.1.6.ª CE, donde se atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación mercantil[21]. Por el contrario, el ejercicio de la competencia estatal reduciría el riesgo del *continuum* jurisprudencial al que se asiste en la actualidad. Todo ello redunda en un desgaste de la función del TC y en una inseguridad que se podría evitar con la intervención de quien tiene responsabilidad y competencia para ello. El TC no debe desplegar una función que propiamente atañe al legislador ordinario y, por consiguiente, no le corresponde establecer

19. Así lo ha reconocido el propio TC, recordando que "las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal", *vid.* STC 120/2024, de 8 de octubre de 2024, FJ 5 C) IV.

20. SSTC 120/2024, de 8 de octubre 5 C); 150/2022, de 29 de noviembre de 2022, FJ 2; 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4 C); 157/2021, FJ 9 c) III); 132/2019, FJ 6. Hasta entonces, la jurisprudencia se había dictado esencialmente con ocasión de las normas contractuales adoptadas por las CC. AA. en materia de protección del consumidor y en la ordenación del comercio en las relaciones jurídicas *inter-privatos* (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 88/1986, de 1 de julio; 264/1993, de 22 julio; 54/2018, de 24 de mayo; 13/2019, de 31 de enero).

21. *Vid.* p. 42 del mencionado Dictamen, emitido a raíz de STC Recurso de inconstitucionalidad de las leyes 11, 12, 54 —párrafo segundo de la letra c—, 72 —último párrafo—, 471 —último párrafo—, 483 —párrafo segundo—, 495 —párrafos segundo y tercero—, 511 y 544 aprobadas por Ley Foral 21/2019, 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

con precisión las bases de las obligaciones contractuales[22]. Además, la respuesta jurisprudencial no permite fijar estas bases con claridad y con carácter general, porque la intervención del TC es consecuencia del conflicto competencial suscitado por la adopción de una norma autonómica. De esta manera, el TC actúa en consonancia con el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno, o quien corresponda, y resuelve el conflicto en cuestión, en el marco de la vulneración en el ejercicio de la competencia exclusiva del legislador estatal, pero como consecuencia de la adopción de una norma autonómica en particular, relativa a algún ámbito vinculado a las obligaciones contractuales. Dejar que sea el TC quien vaya fijándolas a través de la casuística, sustrae el debate e impide un pacto de Estado al respecto, que entiendo necesario, y que debe ser adoptado en el Congreso, por ser el legislador estatal quien tiene atribuida la competencia exclusiva. No obstante, su inactividad imposibilita, en definitiva, que quién es el principal actor desarrolle su función constitucional.

3.3. Una aproximación a la delimitación jurisprudencial de las bases de las obligaciones contractuales

En cualquier caso, aunque resulte difícil establecer un catálogo de las bases de las obligaciones contractuales, pueden extraerse las siguientes consideraciones de la jurisprudencia constitucional:

- Las CC. AA. no pueden introducir un "*novum* en el contenido contractual" o "en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas"[23].
- Corresponde al Estado "la normación de las condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios"[24].
- "La determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva" (149.1.8.ª CE, aunque también se cita el art. 149.1.6.ª CE).
- "Los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos pertenecen a la titularidad estatal" (149.1.8.ª CE, aunque también se cita el art. 149.1.6.ª CE)[25].

---

22. Circunstancia que el TC tiene presente al señalar que su declaración se efectúa "en defecto de pronunciamiento del legislador estatal", STC 157/2021, FJ 9 c) III).

23. Entre otras, SSTC 88/1986, de 1 de julio, FJ 5; 264/1993, de 22 de julio, FJ 5; y 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 11.

24. SSTC 62/1991, FJ 4 e), y 264/1993, de 22 de julio, FJ 5.

25. *Vid.* SSTC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5, y 284/1993, de 30 de septiembre, FJ 5.

– Constituyen bases de las obligaciones contractuales "directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal" [26].

– Constituye "regla básica la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos"[27]; en particular, el principio de libre estipulación de la renta en los arrendamientos urbanos "en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato, el cual, salvo algunos aspectos determinados imperativamente por el legislador (ámbito de aplicación del contrato, fianza y formalización) se rige por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes"[28].

– A falta de una legislación estatal específica, cabe inferir del Libro IV del CC principios generales en los que se inspiran sus disposiciones, "como por ejemplo, el principio *favor debitoris* y *favor creditoris*, las reglas sobre los modos de producirse la responsabilidad por el incumplimiento del contrato o el problema de distribución de los riesgos derivado de la ejecución del mismo" o bien "los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC)", así como el ya referido de la autonomía de la voluntad, "la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores"[29]. Cabe añadir a

---

26. *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 6, enfatizando el carácter esencial del principio de la autonomía de la voluntad que vincula a los arts. 10 CE, 1.1 CE y 38 CE.

27. Como se pusiera de relieve en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 8, "el Derecho civil —sea el común o el foral— es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal. Dada la naturaleza dispositiva y la primacía de la autonomía de la voluntad que rige esta disciplina, los particulares deben seguir alcanzando libremente sus pactos de autorregulación, sometiéndose a la reglamentación que estimen más acorde a sus intereses".

28. *Vid.* STC 118/2022, de 29 de septiembre, FJ Único; STC 37/2022, de 10 de marzo, FJ 4 C). En la STC 57/2022, de 7 de abril, se trae consecuencia de la vulneración de las bases de las obligaciones contractuales establecida en la STC 37/2022 para implantar el régimen de contención y moderación de rentas, para concluir que "tampoco la tiene para controlar su cumplimiento o las consecuencias de su infracción".

29. *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 6.

este listado genérico de bases el contenido en el art. 1166 CC[30], "pues pretende garantizar la exactitud de la prestación como elemento esencial del cumplimiento y extinción de la obligación"[31].

– Aunque las CC. AA. "pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual", no pueden "variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país"[32].

Más allá de estas bases, en ocasiones tan vagas como genéricas, los legisladores autonómicos con competencia en materia de obligaciones contractuales pueden desarrollar su derecho civil propio bajo el criterio de la doctrina de la conexión institucional para llevar a cabo un crecimiento orgánico. No cabe duda de que el planteamiento constitucional genera importantes incertidumbres Con todo, nadie puede negar que —sin perjuicio de instituciones contractuales que puedan encontrarse en otros derechos civiles autonómicos—, tanto en el derecho foral navarro, como en el derecho civil catalán, como, desde luego, en el derecho civil estatal, existe una regulación substantiva de las obligaciones contractuales con un alcance y extensión relevantes y un impacto en el tráfico interregional.

3.4. Problemas de delimitación frente al art. 149.1.6.ª CE

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que un grueso importante de la contratación se produce en el ámbito mercantil, ámbito en el que el legislador estatal ostenta la competencia exclusiva conforme al art. 149.6.ª CE. La posibilidad de ofrecer un contorno competencial preciso y delimitado es en extremo difícil. Primero, porque debe distinguirse "lo que es regulación de relaciones contractuales *inter privatos* y lo que atañe a la intervención de los poderes públicos en esas relaciones contractuales"[33], siendo solo el primer ámbito el que queda sujeto al art. 149.1.6.ª CE, puesto que "sólo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil"[34]. Segundo, porque la materia sobre la que se detenta competencia exclusiva con base en el art. 149.1.6.ª CE no es todo el derecho privado, sino solo sobre la mercantil y —especialmente si nos centramos en el ámbito contractual— ello exige deslindar el art. 149.1.6.ª CE del el art. 149.8.ª CE. En efecto, no hay que considerar solo si las normas de aquellas CC. AA. con derecho civil propio y competencia para regular las obligaciones contractuales invaden la reserva estatal referida a las bases de las obligaciones contractuales, sino también si las instituciones contractuales reguladas por los legisladores autonómicos no afectan a la regulación del contenido obligacional

30. Conforme al cual "El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida".

31. *Vid.* STC 157/2021, de 16 de septiembre, FJ, 10 b), en relación con la dación en pago.

32. *Vid.* STC 132/2019, de 13 de noviembre de 2019, FJ 6.

33. *Vid.* STC 37/1997, FJ 2.

34. *Vid.* SSTC 37/1981, 14/1986.

de un contrato de naturaleza mercantil[35] o, en palabras del TC, a "las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales, las condiciones generales de contratación y, en principio, los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil"[36]. Por último, la dificultad también reside en el hecho de que la causa que justifica la "uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado"[37], que es, al mismo tiempo, la causa que explica la reserva estatal relativa a las bases de las obligaciones contractuales. Esta circunstancia puede ocasionar un solapamiento que no responde a la sistemática constitucional. Pese a la coincidencia en la razón de ser, la dinámica relacional del segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE es distinta a la del art. 149.1.6.ª CE. El primer precepto se mueve en el ámbito civil, en el que se establece una competencia compartida entre el Estado y algunas CC. AA., el segundo, en cambio, en el ámbito mercantil, en el que debe preservarse la competencia exclusiva del Estado. No cabe, una interpretación conjunta guiada por el objetivo de la unidad de mercado porque, en este caso, la competencia autonómica establecida en el seno del art. 149.1.8.ª CE queda relegada por la competencia exclusiva en materia mercantil laminando la competencia que las CC. AA. comparten con el Estado de acuerdo con el segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE, en materia contractual, pero salvando "las bases". La interpretación se debe efectuar en dos escalones. Una vez se justifica la competencia autonómica, conforme al primer inciso del art. 149.1.8.ª CE y la doctrina constitucional relativa a la conservación, modificación y desarrollo, debe comprobarse si la norma autonómica invade la competencia estatal para preservar las bases de las obligaciones contractuales y es, a continuación, cuando debe contrastarse si se quiebra la competencia estatal *ex* art. 149.1.6.ª CE. No procede llevar a cabo un ulterior análisis bajo el principio de unidad del mercado[38] puesto que este principio no es en sí mismo una regla que atribuya competencia de manera exclusiva al Estado, como sí lo son el segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE y el art. 149.1.6.ª CE. El principio de unidad de mercado es, si acaso, el fundamento que justifica la existencia de estas dos reglas. En realidad, el principio de unidad del mercado es el resultado, sin duda buscado, de la previsión establecida en distintos preceptos constitucionales, como el art. 38 CE o el art. 139.2 CE, para garantizar

35. *Vid.* STC 97/2014, de 12 de junio, FJ 6.

36. *Vid.* STC 26/2012, de 1 de marzo, FJ 10.

37. *Vid.* STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 3.

38. Como, por el contrario, sucede en la STC 132/2019, FJ 7.C), con una argumentación cuya reiteración es reconocida por el propio TC "Esta normativa, *como se ha indicado*, respeta, además, el principio de unidad de mercado." (El destacado es del autor). En efecto, en contra de lo que sostiene el abogado del Estado, la diferente regulación de las obligaciones contractuales que en ella se contiene no impide que el Derecho a la libertad de empresa se ejerza en condiciones básicas de igualdad (art. 38 CE), pues estas condiciones están garantizadas por la legislación básica estatal, ni constituye un obstáculo a la libertad de circulación impuesta por el art. 139.2 CE, ya que esta regulación no incide en el ámbito garantizado por este principio constitucional.

la unicidad del orden económico[39], pero no impide *per se* la pluralidad normativa en materia contractual[40]. Debe además ponderarse en este análisis que se parte de un aval constitucional de la dualidad civil-mercantil (derecho general - derecho especial)[41] y que ello debe articularse con el binomio pluralidad-unidad[42].

39. Vid. SSTC 132/2019, FJ 7 C); 79/2017, FJ 2 a). "De acuerdo con nuestra doctrina, el mercado único tiene como rasgos fundamentales: ser un espacio donde se encuentren garantizadas la libre circulación de personas y bienes, y ser un espacio donde las condiciones esenciales de ejercicio de la actividad económica sean iguales".

40. *Vid.* el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, "... es necesario enfatizar que el servicio a la unidad de mercado no puede afectar, sino que debe dejar a salvo las ya aludidas competencias que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas en materia de Derecho Civil, en los términos previstos por el artículo 149, 1, 8.ª, de la Constitución, que no pueden quedar erosionadas por las competencias estatales en relación con la legislación mercantil (artículo 149, 1, 6.ª, de la Constitución)."

41. Consagrada constitucionalmente en la medida en que se prevén dos reglas de competencia distintas. *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., "¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil - Código de comercio?", en *Derecho contractual europeo*, (director E. Bosch, coordinadores Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña), Barcelona, Bosch, 2009, pp. 509-524; FONT I SEGURA, A. y Oró Martínez, C., "Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional" en *Estudios sobre el Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, (editores J. Valle Zayas, J. A. Pérez Rivarés y J. R. Salelles), Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 433-470; MARTÍN RODRÍGUEZ, M.ª A., *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 201, se refiere también a ello. Como se ha puesto de relieve, *vid. op. cit.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil", nota 12, el fundamento constitucional resulta esencial para rechazar que desde el ámbito mercantil se lleve a cabo la regulación de las bases de las obligaciones contractuales.

42. *Vid. infra* epígrafe 4.4.

4. SUPUESTOS PURAMENTE INTERNOS Y PLURILEGISLACIÓN

4.1. Sentido de la identificación de los supuestos puramente internos

La peculiar configuración plurilegislativa del ordenamiento español obliga a considerar una cuestión tan elemental como cuál es el derecho que vincula al juez para la resolución de un supuesto litigioso. Se trata de un punto tan crucial como simple. Obsérvese que este es un factor que antecede a la resolución de un supuesto heterogéneo. No se trata de determinar cuál es el derecho aplicable como consecuencia de los vínculos territoriales, personales o formales que pueda tener el supuesto de hecho con distintos derechos. No es un problema de derecho internacional privado ni de derecho interregional privado. Como decía, es un aspecto que se presenta con carácter previo. En un Estado unitario en el que hay un solo derecho privado, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, ni las partes ni la magistratura se plantean en ningún momento cuál es el derecho aplicable a un supuesto de hecho puramente interno, exclusivamente vinculado con ese derecho. En España, con una realidad normativa plural en el ámbito civil —también en materia de obligaciones contractuales[43]—, pero unitaria en el ámbito mercantil —aunque con remisión a la plurilegislación civil en calidad de derecho civil común o derecho civil general[44]— esta es una cuestión que se suscita con carácter previo y estructural. En efecto, por más interna y doméstica que pueda ser la relación jurídica en cuestión, la composición plurinormativa del ordenamiento español es determinante y obliga a establecer el derecho rector de dicha relación. Como veremos, no se quiere decir con ello que deba llevarse a cabo una operación localizadora, dado que el supuesto es puramente interno.

Hay que decir, sin embargo, que el reparto de competencias configurado en el art. 149.1.8.ª CE condiciona la visibilidad y consecuente incidencia de la plurilegislación civil. Así es, la plurilegislación del ordenamiento español se caracteriza por dos notas que supeditan la aproximación (territorial) a este fenómeno. Por una parte, este fenómeno no tiene una factura federal. Es decir, no existen tantos legisladores civiles como derechos civiles hay en España. A diferencia de lo que sucede en países federales con pluralidad legislativa en derecho privado, en España el legislador "federal", *rectius* estatal, es legislador de uno de los derechos civiles coexistentes en el país, con la singularidad añadida de que tiene encomendada una función de supletoriedad respecto del resto de derechos civiles[45]. Así, ese derecho civil se adopta por el legislador estatal y es, al mismo tiempo, el derecho civil de un territorio —el territorio de "derecho civil común"— y

43. Pese a la existencia de un fondo común como consecuencia de la competencia exclusiva del Estado en materia de las bases de las obligaciones contractuales, *vid. supra* epígrafe 3.

44. *Vid.* epígrafe 4.4.

45. A tener en cuenta, sin embargo, que se trata de una supletoriedad de segundo grado, puesto que, de acuerdo con el principio de autointegración, hay que agotar el sistema de fuentes previsto en el derecho civil que corresponda aplicar. Si tenemos presente los dos Derechos civiles autonómicos, el catalán y el navarro, que contienen un cuerpo normativo más desarrollado en materia de obligaciones contractuales, las disposiciones a considerar son el art. 111-5 CCCat y la

el derecho civil general del país, siempre y cuando no sea de aplicación otro derecho civil español. Por otra parte, a diferencia también de lo que sucede, en general, en países federales con plurilegislación en derecho privado, en España la reserva de competencia exclusiva al legislador estatal es muy amplia alcanzando las bases de las obligaciones contractuales, la legislación mercantil y la legislación procesal, aparte de la legislación civil contenida en el derecho civil común, cuando procede su aplicación.

Estos dos factores hacen que la aproximación de los tribunales a la plurilegislación dependa del lugar en el que estén sitos; por ello se apuntaba que se trataba de una aproximación territorial. Para un tribunal con sede en territorio de derecho civil común, la plurilegislación no es un *prius*. La resolución en territorio de derecho civil común de un litigio relativo a la celebración en ese territorio de un contrato de compraventa de un inmueble situado en ese territorio entre personas domiciliadas y con residencia habitual en ese mismo territorio y con vecindad civil común, no exige considerar *ex ante* la plurilegislación. Se trata de un supuesto exclusivamente vinculado al derecho de aquel territorio, que es el derecho estatal. En cambio, para un tribunal con sede en Cataluña, la resolución en territorio de derecho civil catalán de un litigio relativo a la celebración en ese territorio de un contrato de compraventa de un inmueble situado en ese territorio entre personas domiciliadas y con residencia habitual en ese mismo territorio y con vecindad civil catalana, exige tener en consideración la plurilegislación porque se tiene en cuenta la existencia del libro sexto del CCCat, que contiene una regulación de la compraventa civil, pero para las cuestiones que no quedan reguladas per el derecho civil catalán, se aplica el derecho estatal, que puede abarcar tanto aspectos civiles, como registrales o procesales. Se trata igualmente de un supuesto exclusivamente vinculado al derecho de aquel territorio, pero se da la circunstancia distintiva de que en ese territorio está "vigente" tanto el derecho estatal como el derecho catalán[46].

Así, aun tratándose de tribunales pertenecientes a la misma jurisdicción, la española, el impacto de la plurilegislación se presenta en distintos estadios y podría apuntarse además que la determinación de la ley aplicable responde a una lógica distinta. Para el tribunal con sede en territorio de derecho catalán, la plurilegislación está presente en todo momento, *incluso si* el supuesto es puramente interno. En lo que ahora importa, —esto es, en los supuestos puramente internos—, la determinación de la ley aplicable responde a una lógica competencial. Es decir, basada en determinar la ley aplicable atendiendo al legislador constitucionalmente competente en un marco regido por la atribución competencial conforme al art. 149.1.8.ª CE y por el carácter supletorio del derecho civil estatal. En cambio, para el tribunal con sede en territorio de derecho común,

---

Ley 1 y Ley 2 CDCFN (en la Ley 6 se materializa la supletoriedad de segundo grado). *Vid.* epígrafe 4.4 para sopesar el impacto que ello tiene en la dualidad civil-mercantil.

46. Entiéndase bien, ello no significa que el Derecho catalán no esté vigente en toda España. Sobre esta cuestión, aunque desde la perspectiva del derecho civil gallego, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Artículos 4 y 5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (directores M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XXXII, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1997, pp. 131-154, en particular pp. 123-138.

la plurilegislación está presente *solo si* el supuesto está también conectado con otro derecho civil español con sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales. Por ejemplo, si continuamos con la hipótesis de la compraventa del inmueble —aunque alterando algún dato—, por el mero hecho de que este se encuentre situado en Cataluña. Pero cabe observar que en este caso el supuesto ya no es puramente interno y, por lo tanto, la determinación de la ley aplicable ya no sigue una lógica competencial, sino conflictual. En efecto, se determina la ley aplicable conforme a una norma de conflicto que designa como aplicable la ley que, en principio, presenta los vínculos más estrechos o significativos con el supuesto de hecho. Así, se efectúa un análisis basado en la proximidad, fundado en valores jurídicos como la justicia conflictual.

De ello se sigue que, mientras que los tribunales sitos en territorio de derecho civil común no justifican la ley aplicada en supuestos puramente internos, los tribunales sitos en territorio con derecho civil propio en materia de obligaciones contractuales justifican la aplicación de ese derecho. En otras palabras, la plurilegislación está casi siempre presente en los tribunales sitos en territorio con derecho civil propio, a diferencia de lo que sucede en los tribunales sitos en territorio de derecho civil común, donde solo aparece cuando el supuesto es interregional. No es en absoluto un reproche, se trata de una mera constatación, pero explica quizá la distinta sensibilidad con la que se afronta la pluralidad legislativa. Examinemos a continuación el fundamento jurídico empleado para sostener la aplicación de los derechos autonómicos porque posiblemente es el umbral que debe cruzarse para abordar los problemas que trataremos en los dos siguientes epígrafes, "congruencia y plurilegislación" y "uniformidad mercantil y plurilegislación civil".

4.2. Fundamento jurídico para la aplicación del derecho civil propio en "supuestos puramente internos"

Una de las justificaciones adoptadas para sostener la aplicación del derecho civil propio se basa en la aplicación de las normas de conflicto. En realidad, no existe propiamente un conflicto de leyes, ya que el supuesto es "puramente interno" —todos sus elementos están vinculados con el territorio de una C. A. con derecho civil propio—. Por consiguiente, no corresponde aplicar la norma de conflicto en materia de obligaciones contractuales. Ocurre, sin embargo, que la aplicación del derecho civil autonómico entra en conflicto con el derecho civil común, no tanto porque exista alguna conexión con ese derecho, como porque el llamado derecho civil común despliega una doble función: es el derecho civil de un territorio y, al mismo tiempo, es derecho civil general. Así, es frente a esta segunda función que necesita respaldarse la aplicabilidad del derecho civil autonómico. Para justificarlo se aplica el art. 10.5 CC. Esta es la solución adoptada de forma abrumadoramente mayoritaria por parte de los tribunales con sede en Navarra[47]. Si tomamos en consideración la función reservada a las normas de conflicto de acuerdo

47. *Vid. infra* nota 108.

con el tenor literal del art. 16 CC[48], no parece que aplicar la norma de conflicto, ante un conflicto de leyes que es inexistente, sea la solución más pertinente. Quizá lo más adecuado sería invocar el carácter preferente que posee el derecho civil autonómico en cuestión, en este caso particular, el derecho foral navarro, y que se deduce tanto de la Ley 6 FNN[49], como del art. 13 CC y, claro está, del art. 149.1.8.ª CE.

La jurisprudencia dictada por la mayoría de los tribunales con sede en Cataluña apunta, en esta última dirección, la de la aplicación preferente del derecho civil autonómico. Esta jurisprudencia se apoya en la eficacia territorial y en el carácter preferente del derecho civil autonómico en cuestión, en este caso particular, el derecho catalán, cuya cobertura jurídica se encuentra en los arts. 111-3 y 111-5 CCCat —cabría añadir también el art. 110.2 EAC—, así como en el art. 13 CC. Ahora bien, en esta corriente jurisprudencial los tribunales se apoyan igualmente en el art. 10.5 CC, incluso si no hay un elemento de heterogeneidad en el supuesto litigioso. Esta posición es cuestionable[50] y el TSJ de Cataluña ya advirtió del carácter erróneo de la solución en las sentencias de 26 de mayo de 2011[51], de 12 de septiembre de 2011[52] y de 14 de marzo de 2019[53], donde se declara que a falta de conflicto de leyes procede la aplicación del derecho civil catalán sin necesidad de invocar las normas de conflicto[54]. Las normas de conflicto no tienen

48. "Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV …"

49. "Preferencia y supletoriedad. El Código Civil y las Leyes generales de España serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley 1."

50. *Vid.* GINEBRA MOLINS. M. E., "Article 111-3. Territorialitat", *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, (editors A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy), Barcelona, Atelier i Col·legi de Registradors de Catalunya, 2012, p. 92.

51. ECLI:ES:TSJCAT:2011:6728. "Es por lo tanto necesario para la aplicación de las normas de conflicto, tanto en el caso del derecho internacional privado como en el caso del derecho interregional, la presencia de un elemento de esta naturaleza bien por la existencia de elementos personales o subjetivos referidos a las partes (vecindad, residencia o domicilio en otra C. A.) como por los elementos objetivos de la mencionada relación (situación del bien en otra C. A.), bien por el lugar de realización del negocio o porque este tuviera que tener efecto en otro lugar, etc.//El elemento interregional tiene que ser presente en todo caso, puesto que de otro modo el conflicto de leyes no se producirá". *Vid.* el esclarecedor comentario de BAYOD LÓPEZ, C., PÉREZ MILLA, J., "Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de leyes españolas. Reflexiones a la sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *RDCA*, 2011, *XVII*, pp. 207-226.

52. ECLI:ES:TSJCAT:2011:9602.

53. ECLI:ES:TSJCAT:2019:2158.

54. *Vid.* ALEGRET BURGUÉS, M. E., "Els terminis de la prescripció extintiva en el dret d'obligacions a Catalunya: una qüestió polémica", comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de 24 de gener de 2012. Igualmente, LAMARCA MARQUÈS, A., "Article 121-20. Prescripció decennal", *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, (editors A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy), Barcelona, Atelier i Col·legi de Registradors de Catalunya, 2012, p. 544 y ss., en particular p. 551; LAMARCA

atribuida una función de delimitación del ámbito de aplicación en el espacio. Ciertamente, la competencia del legislador estatal para resolver en exclusiva los conflictos de leyes comporta elaborar una regulación supraordinamental y delimitativa para coordinar la coexistencia de los distintos derechos civiles contenidos en el ordenamiento en condiciones de igualdad. Pero las normas de conflicto adoptadas con este fin se aplican en la medida que el supuesto sea interregional[55]. En casos homogéneos, el derecho civil propio en cuestión, en este caso el catalán, se aplica de manera natural o inmediata[56].

En suma, en supuestos homogéneos, la norma de conflicto no es el instrumento adecuado para aplicar el derecho civil propio del territorio en el que tiene la sede el tribunal. El fundamento jurídico pertinente reside en las normas que fijan la aplicabilidad del derecho civil propio en un contexto de pluralidad normativa. Se trata de normas que derivan directamente del art. 149.1.8.ª CE y del art. 149.3 CE, así como del art. 13 CC, cuyo origen proto-constitucional no puede ser desdeñado. Como se dijo, el problema suscitado es más competencial y de supletoriedad[57] que de localización.

No obstante, cabe preguntar qué sucede si las alegaciones de ambas partes se basan en un derecho civil que no es de aplicación. Precisamente, en relación con el derecho civil catalán y en materia de obligaciones contractuales, se está planteando un debate, que no es nuevo, acerca de la incidencia que puede tener el principio de congruencia en un contexto plurilegislativo. Ello tiene un impacto, por una parte, en una pugna entre el principio *iura novit curia* y el principio de congruencia y, por otra parte, en la determinación del derecho común supletorio al derecho mercantil.

MARQUÈS, A., "Els terminis de prescripció decennal i trienal en el Codi civil de Catalunya", *RJC*, 2013, 1, pp. 11-57

55. *Vid.* FONT i SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007, p. 160 y p. 164.

56. *Vid.*, refiriéndose al derecho civil catalán, BADOSA COLL, F., "El caràcter de dret comú del dret civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º 8 (2007), p. 32-33; asimismo GINEBRA MOLINS. M. E., "Article 111-3. Territorialitat", *op. cit.*, p. 82 y ss. En relación con el Derecho foral aragonés, *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., "Derecho foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma", Bayod, C.; Martínez, J. M., Sancho-Arroyo, J. y Molins, M., *Jornada de Derecho foral aragonés. Derecho aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos forales*, Zaragoza, Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, 2013, pp. 9-65, en particular pp. 32-34, en atención al art. 149.1.8.ª CE y art. 80.2 EAA.

57. En el mismo sentido, vid. BAYOD LÓPEZ, C., *op. cit.* "Derecho foral aragonés, aplicación y …", p. 28, destacando la jurisprudencia constitucional conforme a la cual no puede modificarse la distribución competencial mediante el expediente de la supletoriedad.

4.3. *Iura novit curia* y plurilegislación[58]

Como se ha visto, la plurilegislación exige al juez tomar en consideración los derechos presentes en el caso, sea por razones de heterogeneidad —el supuesto es interregional—, sea por razones de preferencia y supletoriedad —el supuesto está conectado con un solo territorio con derecho civil propio en materia de obligaciones contractuales—. Esta toma en consideración es crucial, puesto que se trata de establecer qué derecho civil español es aplicable. La cuestión que está en juego es si la regulación del proceso integra la plurilegislación y garantiza una correcta resolución del caso conforme al derecho civil español que corresponde aplicar.

Un ejemplo de esta situación se suscita en relación con la aplicación de la conformidad en la compraventa contemplada en el CCCat (arts. 621-1 y 621-20 a 621-30[59]) que desplaza el saneamiento por evicción previsto en el art. 1484 CC[60]. La práctica judicial nos demuestra que las partes suelen invocar el derecho civil estatal en detrimento del derecho civil propio al que está vinculado el objeto litigioso. En esta situación, el juez de primera instancia, en ocasiones, erróneamente aplica el CC[61]. Con posterioridad, se plantea en apelación la aplicación del CCCat, que se deniega porque con ello se modifican los términos del debate, provocando indefensión de una de las partes por no poder

58. Agradezco a Joan Picó i Junoy las observaciones realizadas e este epígrafe, de cuya responsabilidad me hago cargo exclusivamente.

59. Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

60. *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, L., "L'obligació de conformitat i el seu règim: més propis d'una teoria (o part) general?" *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, (coordinador Institut de Dret Privat Europeu i Comparat - Universitat de Girona), Girona, Documenta Universitaria, 2015, pp. 441-458.

61. Ello no es ninguna novedad. En la Propuesta de anteproyecto de ley de Derecho interregional de 2009 encargada por el Observatori de Dret Privat de Catalunya —el grupo estaba constituido por R. Arenas García, A. Font i Segura, M. E. Ginebra Molins, A. Lamarca i Marquès, A. Llanza i Sicart, C. Parra Rodríguez y A. Quiñones Escámez—. se descartó la propuesta de un artículo con el siguiente contenido "La supletoriedad de la legislación estatal no condiciona en sí misma la pluralidad normativa ni la relación de igualdad existente entre los distintos derechos españoles.", dado que se consideró que el problema de la supletoriedad no caía dentro del ámbito de una ley relativa a los conflictos de leyes, pero se mantuvo la publicación de su redacción y su justificación que vale la pena reproducir: "El carácter supletorio del Derecho civil estatal no suprime la pluralidad normativa. No obstante, existe una inercia judicial muy acusada por aplicar o hacer prevalecer al Derecho civil estatal, pese a la existencia de pluralidad normativa como consecuencia del ejercicio de la competencia autonómica en la materia. Pese a la obviedad resulta preciso recordar que, ante una pluralidad normativa que genera conflictos de leyes internos, la supletoriedad del Derecho civil estatal adquiere únicamente un sentido residual. Solamente procede su aplicación en la medida en que alguno de los derechos civiles autonómicos no venga presidido por el principio de complitud". En otras palabras, ya se detectaba un problema en la "gestión procesal" de la pluralidad normativa, tanto en supuestos interregionales como en supuestos puramente internos.

alegar lo que tuviere por conveniente ni adaptar la actividad probatoria a las nuevas alegaciones.

Este es el principal argumento esgrimido por el TSJ de Cataluña en la sentencia de 29 de diciembre de 2020[62] para sostener que ello impide admitir "la introducción en el recurso de apelación ni en el de casación de elementos de controversia que han sido ajenos al debate en la primera instancia". Parece, pues, que la dificultad reside en que en primera instancia no se plantea el debate *en el marco del Derecho que corresponde aplicar*:

> En el presente caso, la aplicación del derecho civil de Catalunya fue indebidamente planteada por la parte entonces apelante en la segunda instancia desbordando el ámbito de la discusión jurídica en que había quedado circunscrita la litis en la primera, pues aunque ciertamente el derecho debe ser aplicado de oficio por los tribunales también lo es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 218.1 párrafo 2.º de la LEC los órganos jurisdiccionales no pueden apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, y es claro que la aplicación del libro VI del CCCat modifica los términos del debate tal y como quedaron planteados en el momento procesal adecuado, con indefensión de la otra parte que no pudo alegar en la audiencia previa lo que tuviera por conveniente sobre las cuestiones ahora controvertidas y ni adaptar su actividad probatoria a las nuevas alegaciones[63].

Ciertamente, cuando no está en juego la aplicación una norma imperativa ni queda comprometido el orden público, corresponde a las partes iniciar, renunciar, desistir y transigir en la acción ejercida, así como aportar los hechos que configuran dicha acción y proponer los medios de prueba que consideren oportunos[64]. Por ello, es quien solicita

---

62. *Vid.* STSJCat de 29 de diciembre de 2020, ECLI:ES:TSJCAT:2020:11720. Se trata, en esencia, de una compraventa de inmueble situado en Sant Feliu de Guíxols (Girona) que origina un litigio en el que los compradores demandaron a los vendedores en ejercicio de la acción de saneamiento por vicios ocultos del art. 1484 CC, alegando que la finca tenía aluminosis y solicitando la rescisión del contrato con la devolución del precio pagado, más los gastos inherentes a la compra (art. 1486 CC). La parte demandada se opuso alegando que el vicio existente no hacía la cosa impropia para su uso y que, además, los compradores habían renunciado a la acción de saneamiento al amparo del art. 1485 CC cuando aceptaron la manifestación de la parte vendedora según la cual el edificio no había pasado la inspección técnica obligatoria. La sentencia de primera instancia, aplicó el CC, y estimó íntegramente la demanda al considerar acreditada la existencia y gravedad de los vicios ocultos invocados, sin apreciar causa de exoneración. El caso era algo confuso porque el contrato privado se celebró antes de la entrada en vigor del libro sexto del CCCat, pero se elevó a escritura pública cuando ya había entrado en vigor y se hizo referencia expresa que la parte vendedora respondería en conformidad con las normas del Libro sexto del CCCat.

63. *Vid.* STSJ Cataluña, de 29 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:11720), FJ 3.

64. *Vid.* STS de 7 de diciembre de 1999, FJ 3.º, ECLI:ES:TS:1999:7798: "El principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil, las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto al demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de oportunidad del momento

la tutela de los tribunales quien tiene la carga "de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela"[65]. Así, los tribunales no tienen ni el deber ni la responsabilidad de decidir qué tutela corresponde al caso, de modo que deben resolver las pretensiones deducidas en el pleito de conformidad con el principio[66]. Pero este principio no impide que los tribunales apliquen el derecho que conocen dentro de los límites fijados por la causa de pedir[67]. En este contexto la jurisprudencia "admite la posibilidad de un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión de la parte, si bien este cambio debe extraerse de los propios hechos alegados y conformados, en cuanto han podido ser objeto de discusión sin alterar los términos del debate siempre que no haya podido causar indefensión a cualquiera de los litigantes"[68].

---

de realizarlo, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa.// En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso ("*ne procedat iudex ex officio*" y "*nemo iudex sine actore*") y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al Juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición."

65. *Vid.* apartado VI de la Exposición de motivos de la LEC.

66. *Vid.* STS de 3 de junio de 2002, FJ 1.º, ECLI:ES:TS:2002:3987.

67. *Vid.* apartado VI de la Exposición de motivos de la LEC y art. 218.1.II LEC. *Vid.* STS de 6 de abril de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2074, "el principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia; por lo que, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, el órgano jurisdiccional está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, pudiendo aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos; pero sin que la observancia de estos principios pueda entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al componente fáctico esencial de la acción ejercitada, estimándose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como la inalterabilidad de la causa petendi, pues lo contrario implicaría una vulneración del principio de contradicción y por ende del derecho de defensa. *En definitiva, no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista jurídico del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe absoluto respeto para los hechos, que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes, si bien con la facultad del juzgador de fijar los alegados de modo definitivo, según el resultado de las pruebas*". El destacado es del autor.

68. STS, de 22 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2094); STS, de 12 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4441); STS, a 29 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1946); STS, de 3 de noviembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5774); STS, de 13 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2396); STS, de 28 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2088); STS, a 14 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:49); STS, de 14 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6307); STS, de 7 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6308); STS, de 6 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5918); con cita todas ellas de la STS de 18 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4750).

Por consiguiente, de conformidad con el principio *iura novit curia* el juez debe resolver la pretensión formulada[69] "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes" (de acuerdo con el art. 218.1, párrafo 2.º LEC) sin alterar el relato fáctico que sostiene la pretensión. Si la pretensión —el saneamiento por vicios ocultos— no se ajusta o no está prevista en las normas aplicables al caso —obligación de conformidad en la compraventa (arts. 621-20 a 621-30 CCCat)— debe desestimarse la demanda. Y si se ajusta, debe aplicarse la previsión contenida en el derecho aplicable.

Un ejemplo hipotético, y provocador, llevado al paroxismo, permitirá entender la situación y la absurdidad del resultado. En una demanda interpuesta ante los tribunales de Madrid a raíz de la compraventa de un inmueble situado en el barrio de Chamberí entre una persona domiciliada en Pozuelo de Alarcón y otra en Alcobendas, teniendo ambos la vecindad civil común, ¿el tribunal debe resolver la controversia de acuerdo con el principio de conformidad previsto en los arts. 621-20 a 621-30 CCCat porque las partes han planteado los términos del debate de acuerdo con el derecho civil catalán? Y, si lo hace, ¿en apelación se deberá continuar aplicando el derecho civil catalán para no alterar la causa de pedir? ¿Incluso si en el recurso de apelación se invoca la aplicación del CC?

La singularidad proviene del carácter plurilegislativo del ordenamiento, porque la pretensión puede fundarse en un derecho "ajeno", con el que el supuesto no presenta un vínculo (más allá de la eventual supletoriedad), y que, por tanto, no es la norma aplicable al caso. La calificación jurídica, y con ella la norma que debe aplicarse, no forma parte del objeto del proceso y, por tanto, no es disponible por las partes[70]. Ello es evidente en supuestos interregionales[71]. En efecto, en este tipo de supuestos el juez *debe* determinar la ley aplicable conforme a la norma de conflicto, dado que esta es

---

69. Sobre este principio, EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*, Lexnova, Valladolid, 2000. Esta es la solución adoptada por distintas sentencias de las AP de Cataluña, *vid.* BARAT i RUBIO, R., "L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincial", *L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya*, (coordinador Institut de Dret Privat Europeu i Comparat), Universitat de Girona, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2023, pp. 1023-1068, con una revisión completa de las sentencias dictadas al respecto.

70. Vid. PICÓ i JUNOY, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 30-34.

71. El principio dispositivo en términos procesales no comporta una libre disposición del derecho aplicable, sino una libre disposición del objeto del proceso. Las partes pueden delimitar libremente el objeto, pero su resolución substantiva depende del Derecho que rige la controversia y, en un Estado plurilegislativo, este Derecho es aquel con el que el supuesto está exclusivamente vinculado o bien el designado por la norma de conflicto, si el supuesto presenta un factor de interregionalidad. El principio de libertad civil, esgrimido en la STSJCat de 29 de diciembre de 2020, es un principio que opera en el seno de un derecho español —el catalán, en este caso—, configurado como expresión de la autonomía material, no como materialización de la autonomía conflictual. Por consiguiente, la elección de ley solo tiene sentido si el supuesto presenta un factor de interregionalidad y se cumplen los requisitos de validez y eficacia de la elección de ley.

aplicable de oficio conforme al art. 12.6 CC[72]. Como declara el TS, "El art. 12.6 CC proclama la imperatividad de las normas de conflicto del derecho español (de origen interno, convencional internacional, o procedentes de la Unión Europea), que deben aplicarse de oficio, lo que comporta que el juez deba resolver el litigio de acuerdo con la norma designada por las normas de conflicto aplicables"[73]. Esta norma determina que el sistema conflictual no sea facultativo[74] en el ordenamiento español, algo que se puede mantener en especial respecto de la resolución de los conflictos internos de leyes. Se sigue, en consecuencia, que el tribunal debe aplicar de oficio el derecho español determinado por la correspondiente norma de conflicto, rigiendo con todo vigor el principio *iura novit curia*[75]. En supuestos internacionales, en cambio, si el derecho designado es

---

72. *Vid.* SAP Madrid de 30 de septiembre de 2021, ECLI:ES:APM:2021:9947: "Al ser imperativa la norma de conflicto, según el art. 12.6 CC, nada impide que pese a no haber sido alegada por ninguna de las partes, esta Sala deba proceder a su aplicación cuando claramente se deduce de los hechos que constan en autos, El Juez, en este caso, *la Sala no se encuentra limitada por las calificaciones jurídicas de las partes* y aquí se invoca una causa petendi inexistente, por cuanto lo que se pretende es liquidar un régimen económico matrimonial, al que nunca han estado sujetos las partes. Por lo tanto, las consecuencias jurídicas que se pretenden son imposibles. No se puede formar un inventario de una comunidad germánica cuando la ley aplicable no contempla ningún régimen siquiera equivalente. Siendo ello así, la resolución conforme a la ley aplicable, no supone alterar los términos del debate ni la causa petendi ni genera indefensión. *Por ello, no puede considerarse que el principio de congruencia se vea vulnerado por la falta de aplicación de una norma imperativa, sino que al contrario, el principio de congruencia no puede llegar a la conclusión de no aplicar la ley*." (la cursiva es del autor). Sobra la misma, *vid.* ZABALO ESCUDERO, E., "Sobre la aplicación de oficio de la norma de conflicto: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021", *Diario La Ley*, n.º 9995, 24 de enero de 2022. Igualmente, ZABALO ESCUDERO, E., "Los conflictos de leyes internos: Una perspectiva actual del panorama interregional español", *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, (coordinadores N. Cornago Prieto, J. L. Castro Montero y L. Moure Peñín), València, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 341-356.

73. *Vid.* STS, de 30 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5263).

74. Si bien, en supuestos internacionales, se ha mantenido que el sistema conflictual sería facultativo cuando las partes ni alegan ni prueban el Derecho extranjero que debería haber sido aplicado en virtud de la norma de conflicto, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007, pp. 521-523, en supuestos interregionales no cabría sostener esta posición porque, en el ámbito interregional, la norma de conflicto cumple una doble función, localizadora, por una parte, delimitativa de los distintos Derechos civiles españoles. En su primera función, el principio de proximidad es su rasgo definitorio; en su segunda función, se caracteriza por el principio de paridad y neutralidad.

75. No cabe escudarse en que las normas autonómicas surten efectos jurídicos con su publicación en los diarios oficiales autonómicos; primero, porque existe una segunda publicación en el BOE (*vid. op. cit.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J., pp.148-149) y segundo —y más relevante— porque del principio de unidad de jurisdicción —todos los derechos civiles españoles le son propios a la jurisdicción española— y del principio de paridad —todos los derechos civiles españoles están en posición de igualdad, pese a la supletoriedad desegundo grado del CC— se deriva su necesario conocimiento. Distinta es la situación si el supuesto es internacional, *vid. op. cit.* EZQUIAGA GANUZAS, F. J., pp. 90-110, en particular, p. 108-110, donde se apunta un *iura novit curia* "atenuado".

extranjero y no es probado, surgen dudas respecto a la aplicación de oficio de dicho derecho y a la vigencia del principio *iura novit curia*, manteniéndose la aplicación del derecho español[76] o la desestimación de la demanda[77].

Si esta debe ser la conclusión en supuestos interregionales, con mayor razón debe serlo en supuestos puramente internos en los que los distintos derechos civiles españoles son inmediatamente aplicables por los tribunales con sede en su ámbito de vigencia territorial, sin perjuicio de la aplicación supletoria del derecho civil estatal a falta de completitud. Por eso el juez debe resolver conforme al círculo normativo del derecho que corresponde aplicar, y en el que deberían haberse esgrimido las pretensiones. De lo contrario, hay que probar que hay un elemento de interregionalidad que obligue al tribunal a la aplicación de oficio de la norma de conflicto. Sería una incongruencia que, mientras el sistema prevé que en supuestos interregionales debe aplicarse el derecho civil español designado, con independencia del derecho invocado, que en supuestos meramente internos acepte la aplicación de un derecho civil español distinto al único con el que está vinculado el caso en cuestión.

Así, constituye un fallo del sistema que, para evitar una indefensión, deba aplicarse en apelación o en casación un derecho civil español que no corresponde aplicar. El problema es que la delimitación de la actuación oficiosa del juez prevista en la legislación procesal no le permite efectuar una nueva calificación jurídica sin apartarse de la estrategia o planteamiento jurídico realizado por las partes, porque ello podría causarles indefensión. Si, como mantiene el TS en interpretación del art. 218 LEC, el juez debe respetar la calificación jurídica que las partes han mantenido en el proceso para evitar la indefensión de las partes, se causa otro mal consistente en la vulneración del derecho que correctamente debería haberse aplicado. Esto es, se vulnera el principio de legalidad. En estas circunstancias, la balanza se inclina evidentemente en favor del derecho a no sufrir indefensión.

Esta discordancia entre la solución sustantiva y el cumplimiento de las garantías procesales podría evitarse mediante una disposición que permitiera al juez intervenir

76. *Vid.* ALOMAR MARTÍN, C. D., "Alegación y prueba del derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021", *CDT*, 2022, 14, 1, pp. 560-569, para un estado de la cuestión.

77. En este sentido, debe tenerse presente la última sentencia del Tribunal Supremo al respecto, STS, de 30 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5263), inclinándose por la desestimación de la demanda al no haber sido probado el derecho extranjero y no poder admitir, en consecuencia, la nulidad del contrato con base en el derecho español. La decisión se fundamenta en el carácter imperativo de la norma de conflicto y en que corresponde a las partes probar el derecho extranjero. Por este motivo, el tribunal no "puede valorar si concurren los fundamentos constitutivos de la pretensión de nulidad invocados en la demanda conforme al Derecho español porque no es este el Derecho aplicable de acuerdo con la norma de conflicto" *Vid.* comentario crítico de YBARRA BORES, A., "Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero y la carga de su prueba. La preocupante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024", *Millenium DIPr*, 20.

—por ejemplo, en la audiencia previa[78] o en la vista— para permitir a las partes debatir sobre qué derecho civil español deben sustentarse las pretensiones[79]. Posiblemente, la solución repose en una modificación normativa que permitiera al juez indicar el derecho español aplicable a los hechos alegados por las partes y dar un trámite de audiencia y prueba, para el caso de que esta formulación tuviera lugar después de la actividad probatoria, para que las partes pudieran debatir al respecto. En ese caso, se respetaría el principio de contradicción y no habría riesgo de indefensión de las partes. En este sentido, una norma como el art. 16 del *Nouveau Code de Procédure Civile* podría ser una solución al problema planteado. Conforme a esta norma "El juez debe, en todas las circunstancias, hacer respetar y respetar él mismo el principio de contradicción.// No puede basar su decisión en los medios, explicaciones y documentos invocados o presentados por las partes si estas no han tenido la oportunidad de debatirlos contradictoriamente.//No puede fundamentar su decisión sobre cuestiones de derecho apreciadas de oficio sin haber invitado previamente a las partes a presentar sus observaciones"[80]. El último punto es el que podría ser adaptado a las exigencias de un ordenamiento civil plural como el nuestro.

Debería considerarse si, desde una perspectiva procesal, ello vulneraría garantías procesales o si, como aquí se pretende, arrojaría una nueva visión de los principios rectores del proceso civil en un marco plurilegislativo. Si es cierto que la pluralidad normativa española viene condicionada por el principio de unidad de jurisdicción[81], también lo es que la pluralidad normativa española condiciona el principio de unidad de jurisdicción. La unidad normativa en el ámbito procesal debe conjugarse con la pluralidad normativa en el ámbito civil. Por ello, en el proceso deben existir mecanismos para revertir la indefensión de las partes que permitan respetar el principio competencial, la autonomía legislativa y al principio de paridad de los derechos civiles coexistentes en España. Como se dijo, no hay una disposición específica a la que recurrir, salvo la solución extrema —no prevista para este tipo de casos— consistente en declarar la nulidad de lo

78. No contempla esta posibilidad la legislación procesal vigente. La intervención del tribunal prevista actualmente en el art. 416 LEC se refiere a cuestiones procesales y la posibilidad establecida en el art. 416.1.5.ª LEC, regulada en el 424 LEC, se reduce a la apreciación de una demanda defectuosa solo si existe falta de claridad o precisión de la demanda en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas.

79. Sobre la introducción de nuevos argumentos jurídicos no planteados por las partes y los límites de la LEC, vid. PICÓ i JUNOY, J., *vid. op. cit.*, en particular pp. 26 y ss.

80. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.//

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.//Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

81. ARENAS GARCÍA, R., "La pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español", *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, (editor A. Font i Segura), Barcelona, Bosch Atelier, 2011, pp. 51-79.

actuado al momento de la admisión de la demanda[82]. Se trata, sin embargo, de una sanción grave prevista para supuestos excepcionales que va en contra del principio de economía procesal. Se constata, en fin, una tensión entre lo substantivo y lo procesal, que no es ajena a otros ámbitos, como en el derecho internacional privado (imperatividad de la norma de conflicto *versus* régimen procesal de la alegación y prueba del derecho extranjero)[83], u otros ámbitos del derecho[84].

82. *Vid.* SAP Madrid de 30 de septiembre de 2021, ECLI:ES:APM:2021:9947: "Si hubiesen solicitado la liquidación de los bienes que puedan tener en proinidiviso, deberían haber alegado y probado siquiera fuese con el auxilio judicial, el Derecho extranjero aplicable. Pero no es eso lo que se pretende, como antes se ha señalado. No se trata por lo tanto de aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del derecho extranjero, conforme al art. 33 de la LCJI, sino que falla el presupuesto previo, la determinación del régimen económico-matrimonial, que impide la tramitación de un procedimiento para la formación de inventario de una sociedad de gananciales que no existe, por lo que debe decretarse la nulidad de lo actuado al momento de admisión de la demanda; momento en el que debería haberse subsanado la misma para acreditar si lo pretendido se ajustaba al régimen económico-matrimonial existente conforme a la norma de conflicto. *El mismo problema se plantearía si se tratara de dos españoles de vecindad civil catalana o balear.* Allí tampoco procede liquidar un régimen de gananciales porque el régimen económico matrimonial es de separación de bienes, lo que abunda en que la falta de prueba del Derecho extranjero no es la cuestión que se debate ahí", la cursiva es del autor.

83. *Vid.* CARRILLO POZO, L., "Medios y objeto de la prueba del Derecho extranjero: Principios de la jurisprudencia del TS", *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, (coordinadores A. L. Luis Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Rapid Centro Color, 2019, pp. 687-712.

84. Así, con respecto al proceso penal —regido por el principio acusatorio— y las tensiones que genera el art. 733 LECrim, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Prevaricación y tensiones sustantivo-procesales", "Editorial", *InDret Penal*, 2024, 2. *Vid.* PICÓ i JUNOY, J., "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 3, 1995, pp. 39-49 (y en "Estudios sobre el Proceso y la Justicia. Principios del proceso y formación de los abogados", Lima, Palestra Editores, 2023, pp. 502-511).

5. UNIFORMIDAD MERCANTIL Y PLURALIDAD CIVIL

En este punto interesa señalar que la dualidad civil-mercantil y el binomio pluralidad-uniformidad son percibidas, como sucede en general respecto a la pluralidad legislativa, de forma distinta en función del territorio desde el que se atienda al supuesto. La legislación civil, en su calidad de derecho general o común, se erige en derecho supletorio del mercantil. Esta supletoriedad está consagrada en el Código de comercio, donde se hacen distintas remisiones al derecho común[85]. De este modo, la relación puede ser calificada como mercantil, sin perjuicio de que deba acudirse a la legislación civil, en calidad de derecho común o supletorio. Por este motivo, se efectuará un repaso a la *praxis* jurisprudencial para comprobar que sorprendentemente el binomio pluralidad-uniformidad únicamente emerge en los territorios con un derecho civil propio más desarrollado en materia de obligaciones contractuales, como Navarra y Cataluña. No obstante, más allá de la jurisprudencia ordinaria, debe abordarse también esta cuestión desde una perspectiva competencial, para establecer si de la CE deriva una atribución de competencia en favor del legislador estatal. La calificación efectuada por el TC es, en ocasiones, determinante[86] y debatida[87]. No cabe duda de que esta complejidad supone un desafío incuestionable[88], pero, con frecuencia, va a ser el juez ordinario,

---

85. *Vid.* art. 2, art. 50, art. 89, art. 310, art. 943 CCom.

86. Un ejemplo palmario es el de la cesión de créditos, regulada la ley 511 CDCFN. *Vid.* la STC 157/2021, de 16 de septiembre, FJ, 9 b), declarando que la disposición citada es constitucional dado que se trata de una "norma de contenido netamente civil", al ser "un precepto que prescribe cuál es el importe que debe abonar el deudor de un crédito cedido, cualquiera que sea la naturaleza de dicho crédito, para quedar liberado de la deuda", y constriñendo su aplicación únicamente a relaciones jurídico privadas no regidas por la legislación mercantil.

87. El contraste de pareceres puede apreciarse en el voto particular a la STC 157/2021 formulado por el magistrado A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, en su voto particular a dicha sentencia, quien sostiene que el carácter netamente civil atribuido a la ley 511 por la STC "contrasta con la propia dicción del texto del párrafo segundo de esta ley 511, que comienza disponiendo «[s]in perjuicio de las formalidades requeridas en la legislación hipotecaria, el cedente deberá notificar al deudor de forma fehaciente la cesión [...]»" de lo que se infiere que dicha previsión también abarca "la cesión de los créditos con garantía hipotecaria, suscritos por entidades bancarias o financieras con sus clientes", poniendo de manifiesto que el segundo inciso de la disposición adicional de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, con un contenido idéntico, fue declarada inconstitucional en la STC 13/2019, de 31 de enero, por contrariar las competencias exclusivas del Estado contenidas en el art. 149.1 apartados 6 y 8 CE. No es este el parecer del magistrado A. OLLERO TASSARA, quien, en su voto particular, no plantea objeción a la ley 511 desde el punto de vista del art. 149.1.6 CE, sin perjuicio de que considere que se produce una vulneración del segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE en relación con las bases de las obligaciones contractuales.

88. *Vid. op. cit.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales", p. 6, al destacar la dificultad de establecer si una regulación es legislación civil o legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), poniendo como ejemplo la STC 72/1983, de 29 de julio, en la que el TC declaró que la legislación sobre cooperativas no era legislación mercantil. Igualmente, subrayando la espinosa delimitación entre legislación civil y mercantil, *vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio",

aquel ante el cual se dirima la controversia litigiosa, el que va a tener que calificar la relación como civil o como mercantil[89], en función de la naturaleza de la relación y de los elementos que configuran el caso, y, si procede, prever cuál es el derecho supletorio.

5.1. Praxis en la jurisdicción ordinaria

La dificultad de deslindar la naturaleza civil o mercantil de un supuesto no es ajena a cualquier ordenamiento que comprenda la característica dualidad del derecho privado, civil-mercantil. Como en otros ordenamientos, el derecho mercantil —como derecho especial— se apoya en el derecho civil —como derecho general o derecho civil común— que despliega una función supletoria[90]. En otras palabras, para regular el tráfico jurídico privado mercantil, el legislador adopta una regulación especial, diferente y específica a la que adopta para el tráfico jurídico privado general. Esta relación dual es especialmente destacable en materia contractual. El plazo de prescripción de las acciones personales previsto es, creo, un ámbito en el que se pone en evidencia esta delimitación. En España, sin embargo, debe compaginarse la uniformidad mercantil con la pluralidad civil. En otras palabras, debe establecerse cómo incide la pluralidad estructural del ordenamiento civil en dicha dualidad, partiendo de la consideración —obvia— de que el derecho civil común no es derecho común por ser derecho supletorio[91], ni por ello tiene una posición jerárquica superior[92]. Con la CE, el panorama cambia radicalmente porque el derecho

---

p. 323 y ss., quien critica la opción tomada por el TC en relación tanto en relación con la legislación en el ámbito de las cooperativas, como con la legislación relativa al régimen de los contratos de consumo.

89. Como pone de manifiesto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019. Vitoria Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak 2019*, M.ª Dolores Bollo Arocena, José Luis de Castro Ruano, Juan Soroeta Liceras, Idoia Otaegi Aizpurua, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 21-79, en particular p. 5, la capacidad que tiene el legislador, autonómico o estatal, para decidir "libérrimamente cuándo lo que legisla es materia civil, o mercantil, o procesal, nula".

90. Ambas nociones, la de Derecho común y la de Derecho supletorio, son traicioneras; respecto a la expresión "Derecho común", *vid.* BADOSA COLL, F., "El caràcter de dret comú del Codi Civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 8, pp. 19-46, en particular pp. 19-22; DE CASTRO Y BRAVO, F., "El término Derecho común en el Código de comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo", *ADC*, 1969, vol. 22, n.º 4, pp. 839-873, en particular pp. 840-842; tampoco es unívoco el concepto "derecho supletorio", *vid.* GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurislegislación, supletoriedad y Derecho civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coordinadores J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. 1, 2004, pp. 1939-1954, en particular pp. 1939-1940.

91. Para un análisis de la evolución del CC como derecho supletorio y del impacto de la CE, en particular del art. 149.3 CE, *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., "El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos. (en particular el derecho civil aragonés)", RDCA, 1999, V, 2, pp. 75-125.

92. *Vid.* ROCA TRIAS, E., "El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles", *ADC*, 1978, pp. 227-286, en particular, p. 259, evidenciando que supletoriedad fue concebida como

civil ya no está solo en manos del legislador estatal y su desarrollo, dentro de los límites fijados por el art. 149.1.8.ª Ce y la doctrina del TC, depende también de la voluntad de cada uno de los legisladores autonómicos con derecho civil propio. En este contexto, esta técnica busca garantizar la completitud de los ordenamientos autonómicos respetando, sin embargo, el principio de competencia. En este sentido, la supletoriedad del CC se redefine al operar como derecho subordinado a los derechos autonómicos, en virtud de la distribución de competencias establecida por el artículo 149.1.8.ª CE[93]. Se trata de una supletoriedad que opera como "regla de articulación entre ordenamientos"[94] o como "cauce(s) de comunicación entre el derecho del Estado y los Ordenamientos autonómicos"[95].

Siendo esto así, la cuestión es si el derecho común que suple las lagunas del derecho mercantil contractual se integra con el derecho civil español que corresponda aplicar, sea este el estatal o el autonómico, o con el derecho civil estatal. A mi juicio, esta remisión se efectúa al derecho civil que corresponda[96]. En este sentido, se había pronunciado ya el TS, tanto con anterioridad[97] como con posterioridad[98] a la entrada en

una estrategia al servicio de la unificación y uniformidad del derecho civil español; *vid.* BADOSA COLL, F., el capítulo II "Derecho civil común y derechos especiales", pp. 69-110, de la obra *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, Marcial Pons, 2010, en particular, p. 103, al poner de manifiesto la supletoriedad del Código como condición impuesta por Alonso Martínez para admitir la "legislación foral", como apunta este autor "De este modo, la unidad legislativa que no se conseguía a nivel legislativo, al admitir «adiciones» al Código Civil, se conseguía a nivel de ordenamiento general, al rechazar cualquier otro [derecho supletorio] que no fuese el Código."; *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, n.º 5, pp. 41-89, en particular pp. 57, poniendo de manifiesto que no hay que confundir el carácter supletorio de la consideración de Derecho común.

93. *Vid. op. cit.*, BAYOD LÓPEZ, C., "El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos. (en particular el derecho civil aragonés)", pp. 75-125.

94. *Vid. op. cit.*, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurislegislación, supletoriedad y Derecho civil", p. 1940 y ss.

95. *Vid.* ARCE JANÁRIZ, A., "Claves constitucionales de revisión de los conflictos de leyes internos (Comentario a la S. T. C. 72/1983)", *REDI*, vol. 36, n.º 2,1984, pp. 547-576, en particular p. 575.

96. *Vid.* epígrafe 6.

97. STS 28 de junio de 1968 (ECLI:ES:TS:1968:2504).

98. STS 16 de febrero de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:1038); STS 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3631).

vigor de la CE, como el TSJ de Navarra[99] —sin pronunciarse el TSJ de Cataluña[100]— y es lugar común en la jurisprudencia adoptada en algunas audiencias provinciales,

99. *Vid.* STSJ de Navarra de 8 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:TSJNA:2014:286); STSJ Navarra, de 16 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJNA:2012:275); STSJ de Navarra, de 2 marzo 1999 (RJ 1999, 5599) y 18/2000 (RJ 2000, 8816)], apuntando que "en cuanto el «Derecho común» a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es sólo el general del Código Civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio [SSTS 28 junio 1968 (RJ 1968, 3607) y 16 febrero 1987 (RJ 1987, 698)], las disposiciones de estos ordenamientos tan sólo resultan aplicables a los contratos mercantiles en lo que no se halle expresamente regulado por su legislación especial".

100. STJ Cataluña de 12 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:9602), se mantiene la aplicación del derecho civil catalán a la prescripción de la reclamación de los intereses remuneratorios de un contrato de préstamo personal al 7 % entre particulares, pero no se plantea si dicho contrato es mercantil o civil.

particularmente de Navarra[101], pero también de Cataluña[102], incluso respecto de un

101. *Vid.*, entre otras, SAP Navarra, de 15 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1368); SAP Navarra, de 15 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1374); SAP Navarra, de 15 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1354); SAP Navarra, de 11 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1340); SAP Navarra, de 10 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1373); SAP Navarra, de 10 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1337); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1328); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1318); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1367); SAP Navarra, a 10 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1373); SAP Navarra, de 10 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1337); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1328); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1318); SAP Navarra, de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:1367); SAP Navarra, de 20 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:822); SAP Navarra, de 20 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:732); SAP Navarra, de 16 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:706); SAP Navarra, de 7 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:672); SAP Navarra, de 6 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:824); SAP Navarra, de 6 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:664); SAP Navarra, de 6 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:665); SAP Navarra, de 6 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:666); SAP Navarra, de 2 de mayo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:647); SAP Navarra, de 29 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:641); SAP Navarra, a 22 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:614); SAP Navarra, a 22 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:607); SAP Navarra, de 17 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:768); SAP Navarra, a 09 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:809); SAP Navarra, a 09 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:810); SAP Navarra, de 2 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:805); SAP Navarra, de 2 de abril de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:803); SAP Navarra, a 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:430); SAP Navarra, de 20 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:414); SAP Navarra, de 14 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:377); SAP Navarra, de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:321); SAP Navarra, de 7 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:322); SAP Navarra, de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:292); SAP Navarra, de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:291); SAP Navarra, de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:268); SAP Navarra, de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:268); SAP Navarra, a 23 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:529); SAP Navarra, de 21 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:516); SAP Navarra, a 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:504); SAP Navarra, de 13 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:471); SAP Navarra, de 9 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:428); SAP Navarra, de 6 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:415); SAP Navarra, de 1 de febrero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:329); SAP Navarra, de 30 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:254); SAP Navarra, de 24 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:202), SAP Navarra de 19 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:173); SAP Navarra de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:157); SAP Navarra, a 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:157); SAP Navarra de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:152); SAP Navarra, a 09 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:116); SAP Navarra, a 09 de enero de 2024 (ECLI:ES:APNA:2024:112). El contrato de préstamo bancario es, en casi la totalidad de las sentencias, el contrato que es objeto de controversia. La lista es muchísimo más extensa, se citan aquí únicamente las sentencias de que se tiene noticia del año 2024. Para un listado más completo, puede consultarse el apartado "Obligaciones y contratos" realizado por FONT i SEGURA, A. de la "Crónica de Derecho Interterritorial", (coordinadores R. Arenas García y A. Font i Segura), publicado cada año en el *AEDIPr*.

102. *Vid.*, entre otras, SAP Barcelona, de 6 de noviembre de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:12655), en una relación comercial de suministro en la que se reclama el importe de facturas impagadas y una indemnización por costes de cobro, con cita de la STSJ de Cataluña, de 4 de diciembre de 2017; SAP Barcelona de 2 de julio de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:7842), aplicando el plazo de prescripción decenal del art. 121-20 CCCat, frente al de 5 años del art. 1964.2 CC, en la reclamación

de una deuda en el marco de un contrato de préstamo de naturaleza mercantil, conforme al clausulado del contrato, atendiendo a lo previsto en el art. 943 Ccom y entender que corresponde aplicar el derecho civil catalán, de preferente aplicación en virtud del art. 111-5 CCCat; SAP Barcelona, de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:APB:2024:2919), aplicando el plazo de prescripción decenal del art. 121-20 CCCat a una reclamación de precio de la cosa vendida en una compraventa mercantil; SAP Barcelona de 27 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APB:2023:12520); siguiendo la misma aproximación, SAP Girona de 31 de octubre de 2023 (ECLI:ES:APGI:2023:1807); SAP Barcelona, de 15 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:9704); asimismo en la SAP Barcelona, de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:1589), aunque finalmente considere que se trate de un arrendamiento de bien mueble al que, por otra parte, aplica el plazo de prescripción previsto en el art. 121-21 CCCat; SAP de Tarragona de 3 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APT:2022:185); SAP Tarragona, de 15 de abril de 2021 (ECLI:ES:APT:2021:487); SAP Tarragona, de 5 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:APT:2020:1567); SAP Tarragona de 22 de octubre de 2020 (ECLI:ES:APT:2020:1356); SAP Girona, de 25 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APGI:2018:506); SAP Barcelona, a 10 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:14618); SAP Lleida, a 29 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:724), aplicando al caso el plazo decenal previsto en el CCCat, lo que no impide, aplicar el art. 944 Ccom. respecto de la interrupción de la prescripción previsto para las relaciones mercantiles y que prevé un régimen más restrictivo que el que rige en las relaciones civiles. Por el contrario, en dirección opuesta, la SJM Barcelona, de 13 de febrero de 2017 (ECLI:ES:JMB:2017:3781), en la que se declara que "No cabe aplicar a la acción de reclamación de retribución, la prescripción establecida en el Código Civil de Cataluña. Toda vez, que en lo relativo a retribuciones del administrador societario, según resulta del propio Código Civil de Cataluña, el derecho civil catalán no abarca aquellas materias de competencia legislativa estatal como la mercantil (artículo 149-1-6 CE). La aplicación directa en Cataluña del Código de Comercio y del plazo de prescripción establecido en el derecho común del artículo 1964 del Código Civil es una consecuencia de la distribución constitucional de la competencia legislativa entre los entes territoriales que ya tuvo en cuenta el articulo 111-5 del Código Civil de Cataluña, al prevé la heterointegración del derecho civil catalán «mediante la aplicación como supletorio del derecho del Estado»"; igualmente, la SAP Barcelona, de 6 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:4726), en la que se declara que "Esta referencia que se hace por el Código de Comercio al Derecho común precisa de una recta inteligencia, pues hay que tener en cuenta que en el ámbito de derecho mercantil no se produce el fenómeno de la existencia de unas legislaciones especiales o forales que se pudieran confrontar con estas normas del Derecho común (piénsese que en el CCC se dice que el mismo constituye en Derecho común de Catalunya); es decir, en cualquier ámbito regulado por el Derecho mercantil, ante la inexistencia en éste de derechos especiales o forales, la remisión hecha al Derecho común debe ser entendida como verificada al Código Civil, como puede comprobarse con una simple lectura de la Disposición Final del mismo, de aplicación supletoria a la totalidad del Ordenamiento jurídico según lo dispuesto en su artículo 4.º.3."; *obiter dicta*, SAP Lleida de 6 de julio de 2020 (ECLI:ES:APL:2020:500); *obiter dicta*, SAP Lleida de 20 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APL:2017:801); *obiter dicta*, SAP Lleida de 23 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:APL:2016:986).

contrato de cuya tipicidad no se puede dudar[103], como el contrato de agencia[104].

No es, sin embargo, una cuestión pacífica y el debate se ha reavivado con el afianzamiento o desarrollo de algunos derechos autonómicos. Se van a sopesar a continuación las objeciones[105] a este planteamiento desde una perspectiva competencial.

5.2. Perspectiva competencial

Los pronunciamientos del TS no ofrecen, al menos por sí solos, una perspectiva competencial. Se ha dicho que se referían a una cuestión previa en la que el derecho civil autonómico adquiere relevancia "para integrar un concepto o categoría jurídica que resulte antecedente de la aplicación de la legislación mercantil"[106] porque "lo que

---

103. *Vid.* la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (LCA), en cuya Exposición de motivos (apartado 1) se parte del carácter mercantil del contrato, optando por la adopción de una ley especial frente al Ccom. Entre otras disposiciones concebidas para establecer el régimen jurídico de dicho contrato mercantil, la LCA prevé el plazo de prescripción extintivo de las acciones derivadas del contrato de agencia estableciendo en el art. 4 LCA una norma que remite con carácter general al Ccom. y en el art. 31 LCA adopta una regla especial que dispone que la acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato. En el último caso, se prevé un plazo de prescripción especialmente concebido en relación con una acción propia de un contrato mercantil tipificado mediante una ley especial. En el art. 4, ante el margen de discrecionalidad concedido por la Directiva 86/653/CEE, no prevé unas reglas de prescripción especiales para el resto de acciones derivadas del contrato de agencia. Se remite al Ccom. que, a su vez, se remite al derecho común, en virtud del art. 943 Ccom conforme al cual "Las acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio se regirán por las disposiciones del derecho común."

104. *Vid.* SAP Barcelona, de 14 de marzo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:1961) y SAP Barcelona, de 27 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:12912), aplicando ambas el derecho civil catalán, pero la solución contraria —aplicación del CC— es aplicada por la SAP Barcelona, de 11 de octubre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:10227) y SAP Barcelona, de 17 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:8860).

105. Tomo como referencia las observaciones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *vid.* "La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español", InDret, 2012, 1, p. 6 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Cuestiones de derecho interregional en la aplicación de los nuevos Reglamentos comunitarios", *Jornadas sobre Derecho, inmigración y empresa*, (coordinador S. Ripol Carulla), Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña; Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2019, pp. 363-388, en particular, pp. 367-368 y DÍAZ MORENO, A., *vid. op. cit.* "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", pp. 307-350; lo que desde luego va con el propósito de enriquecer mis reflexiones, FONT i SEGURA, A., "Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba", *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, (directores P. Jiménez Blanco y Á. Espiniella Menéndez), 2021, pp. 235-292, FONT i SEGURA, A. y ORÓ MARTÍNEZ, C., "Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional", *Estudios sobre el Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, (editores J. Valle Zayas, J. A. Pérez Rivarés, y J. R. Salelles), Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 433-470 y en "Nota a la Sent. AP de Navarra de 16 de noviembre de 2001", *REDI*, 2002-1, pp. 449-458.

106. *Vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", p. 311.

realmente subyacía eran problemas *típicamente civiles"*[107] y creo que, efectivamente, esto es así, pero ello no impide invocar estos precedentes dado que lo que, a mi juicio, es relevante es que el TS considera que la remisión que en sede mercantil se efectúa al derecho común, debe respetar la existencia de distintos derechos comunes. Este es el principio de partida, pero la siguiente cuestión que indudablemente puede plantearse es si ello puede mantenerse en otros ámbitos distintos a la capacidad contractual de los esposos, a qué bienes comunes responden de determinadas deudas o al régimen económico matrimonial, y más específicamente si la remisión se mantiene en temas típicamente mercantiles. La respuesta es tan obvia como lógica; no. El legislador estatal, en ejercicio de la competencia exclusiva que le es conferida en materia de legislación mercantil, adopta para estos ámbitos típicamente mercantiles una regulación especial, acorde con los sujetos —personas físicas o jurídicas que actúan en calidad de empresarios mercantiles o comerciantes—, el objeto —la actividad libre del empresario mercantil y los derechos y obligaciones que la afectan de manera específica— y el espacio de actuación —el mercado—. Ahora bien, si, teniendo en cuenta estos componentes (sujetos, objeto y espacio de actuación), el legislador no adopta norma alguna es porque los supuestos o ámbitos sustraídos a la especialidad deben quedar regidos por la norma general, por el derecho común —esto es, por la pluralidad de derechos comunes—[108]. La regulación es mercantil porque existe un fundamento que exige una regla especial y distintiva[109].

El núcleo de la cuestión radica en establecer cómo encaja la función de derecho común —entendido como derecho general a aplicar en última instancia—, proclamada en los distintos derechos civiles españoles, con el art. 149.1.6.ª CE, el art. 149.1.8.ª CE y el art. 149.3 CE[110]. Aun con mayor calado, la consideración que está en juego es establecer

---

107. *Vid. op. cit.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español", p. 19. La cursiva es del autor citado.

108. Así sucede en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, donde no procede la aplicación del derecho civil autonómico cuando existe una ley estatal especial que se justifica por el art. 149.1.6.ª CE y por la unidad de mercado, *vid.* STS de 6 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2013:4495); de 6 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2013:4494); de 4 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:467). Si no hay ley especial, se aplica el plazo de prescripción correspondiente, sea de un año (1902 CC) o de tres años (art. 121-21 d CCCat) y ello no compromete la unidad del mercado.

109. Seguramente no se trata de si el supuesto deja de ser mercantil por el hecho de que su regulación provenga parcialmente del derecho civil, *a contrario vid. op. cit.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español", p. 17, ni de si las reglas de remisión contenidas en el Ccom dejen de ser mercantiles, por remitirse a las reglas civiles, también *a contrario vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", pp. 337, nota 63, ni si el caso es típicamente mercantil, civil o "mixto", *vid. op. cit.* BADOSA COLL, F., "El caràcter de dret comú del Codi Civil de Catalunya", p. 22 y ss.

110. Es una cuestión de sistema, como destaca ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., en *vid. op. cit.*, "Cuestiones de derecho interregional en la aplicación de los nuevos Reglamentos comunitarios", p. 368, que

si solo el derecho civil estatal es el derecho civil *del* Estado, o si los derechos civiles autonómicos son también derecho civil *del* Estado, o mejor dicho *para el* Estado. En la última concepción, los derechos civiles están al servicio de una estructura plural del ordenamiento y, en consecuencia, del Estado.

La disposición sistemática de la atribución competencial creo que es reveladora. La CE no dispone de una primera regla de atribución de competencia exclusiva al Estado en materia de derecho privado —o, si se quiere, en materia de legislación mercantil y civil— ubicada en el art. 149.1.6.ª CE, dejando la atribución a las CC.AA. para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, en el art. 148 CE[111]. Bien al contrario, el constituyente, queriéndolo o no, distinguió entre la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil —junto a otras materias cuya competencia exclusiva también quiso preservar por su relevancia, como la legislación penal, la penitenciaria y la procesal— y la legislación civil. La distinta ubicación de la regla de competencia tiene sentido porque la regla contenida en el art. 149.1.8.ª CE es dual. Aunque tanto en la regla 6.ª como en la 8.ª se establezca la competencia exclusiva del Estado, en la regla 8.ª se confiere asimismo una competencia exclusiva en materia de derecho civil a las CC. AA.[112], dentro del ámbito y alcance que la propia norma establece[113]. No siempre existe, en consecuencia, una deliberada unicidad de legislador[114].

Siguiendo con esta aproximación sistemática, debe destacarse además que el art. 149.1.6.ª CE no advierte la necesidad de señalar el vínculo existente entre la legislación mercantil y la "legislación civil", como derecho general, a diferencia de la previsión contenida respecto de la legislación procesal, donde se establece que la competencia estatal es "sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven

---

debe ser abordada desde un prisma constitucional, *vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", p. 313.

111. Bien es cierto que la separación posiblemente tiene su origen en la voluntad de restringir el número de CC. AA. con competencia en materia civil con la finalidad de evitar la proliferación de derechos civiles en territorio español, *vid.* R. MOLINER NAVARRO, "Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2.ª del nuevo Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2007, 18, pp. 345-365, en particular p. 354.

112. En este sentido, "las competencias del Estado y las Autonomías son respectivamente exclusivas en su ámbito reconocido", *vid. op. cit.* VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", p. 119.

113. Por todas, *vid.* STC 95/2017, de 6 de julio de 2017, FJ 3, «"la competencia exclusiva en materia de derecho civil" se contrae a ese específico objeto, sin extenderse al propio de la "legislación civil" como materia atribuida al Estado, a título de competencia exclusiva, por el primer inciso del art. 149.1.8 CE.» Está por aclarar la artificiosa distinción entre "legislación civil" y "derecho civil". El TC al referirse a "ese específico objeto", alude a la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles.

114. En realidad, el argumento de la unicidad del legislador se invoca más como una cuestión pragmática que como una conclusión derivada del reparto competencial

de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas". Por el contrario, la competencia en materia de legislación mercantil es estatal. Sin fisuras. El motivo estribaría en que la aplicación de cualquiera de los derechos civiles españoles como derecho común ni pone en entredicho la competencia estatal en materia mercantil, ni pone en peligro la unidad de mercado, considerando que el Estado ya tiene competencia exclusiva para establecer las bases de las obligaciones contractuales. No hay que olvidar, además, que la coexistencia de "regímenes jurídicos civiles" en el momento constituyente era ya una cuestión asumida, hasta el punto de que se admitía sin mayores problemas que cada derecho civil es derecho común en su ámbito territorial[115]. Esta consideración adquiere mayor relevancia, una vez aprobada la CE, con el reconocimiento de la potestad legislativa de las CC. AA. que cumple el art. 149.1.8.ª CE para legislar en materia de derecho civil. Tanto es así que no procede ya hablar de regímenes civiles, sino que, de acuerdo con el TC, nos encontramos ante "verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí"[116]. Por ello, un supuesto regido por el derecho civil propio, no excluye la aplicación supletoria del derecho civil estatal *ex* art. 149.3 CE. Así, e igualmente, un supuesto regido por el derecho mercantil, no excluye la aplicación supletoria de un derecho civil propio *ex* art. 149.1.8.ª CE. ¿O acaso hay un derecho civil general que es especial para los contratos mercantiles? Porque, si es así, es porque concurren los componentes (sujetos, objeto y espacio de actuación) para adoptar una regulación específica y distintiva. Pero entonces ese derecho civil deja de serlo, ya es derecho mercantil y, en ese caso, quien tiene competencia es el legislador estatal. Pero si no es así, la vocación supletoria del derecho civil, como conjunto de normas general, se manifiesta de igual manera tanto en el art. 4.3 CC, como en el art. 111-4 CCCat o en la ley 6 del CDCFN[117].

Puede caerse en la tentación de efectuar una interpretación extensiva del art. 149.1.6.ª CE, hasta el punto de socavar la lógica dual[118] del art. 149.1.8.ª CE que sostiene la estructura plurilegislativa del ordenamiento español en materia civil. Esta parece ser la posición que, al menos de forma embrionaria, se dibuja en la STC 157/2021 cuando, antes de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley 511 CDCFN a la luz del art. 149.1.8.ª CE, se recuerda la necesidad de que se respete la competencia reservada con carácter exclusivo al Estado con base en el art. 149.1.6.ª CE, y, después se concluye "Por tanto, *las normas del Fuero Nuevo* y, con ellas, la aquí impugnada *no pueden, so pena de vulnerar la competencia estatal aquí aludida, ser aplicadas a las obligaciones*

115. *Vid.* LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Artículo 13", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (director M. Albaladejo), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1.083-1.201, en particular nota 33, con referencias al debate en la Ponencia de la Comisión de Justicia que tuvo lugar en ocasión de la adopción de la modificación del Título Preliminar del CC en 1974.

116. Vid. STC 132/2019, FJ 3. Reteniendo también esta alteración fundamental sobre la que se conforma el ordenamiento plurilegislativo español desde la CE, *vid. op. cit.* VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", p. 104.

117. *Vid. op. cit.*, GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurislegislación, supletoriedad y Derecho civil", p. 1947.

118. Plural, en realidad.

que surjan de un contrato mercantil y a las relaciones jurídico privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes, en tanto que las mismas están reservadas al Estado por el art. 149.1.6 CE."[119]. No es seguro si debe extraerse de esta consideración que no cabe la aplicación supletoria del derecho civil autonómico para colmar las lagunas existentes en la regulación de la contratación mercantil. Si así fuera, la competencia exclusiva atribuida al legislador estatal en materia de legislación mercantil abrazaría asimismo el derecho civil general. Una extensión de tal calibre desfiguraría el binomio unidad-pluralidad en el que, a mi juicio, se asienta el ordenamiento de derecho privado en España y desbarataría las bases que han permitido el desarrollo de los derechos civiles autonómicos de acuerdo con el art. 149.1.8.ª CE. Un desarrollo que, por otra parte, está todavía por definirse. El art. 149.1.6.ª CE no admite habilitar al legislador estatal, en cuanto "legislador mercantil", para que determine cuál es el derecho general al que acudir supletoriamente en calidad de derecho común, salvo que se amplíe sobremanera la noción constitucional de legislación mercantil y se desasocie la materia mercantil de la materia civil[120].

Otra opción consistiría en mantener que disposiciones como el art. 111-4 CCCat o la ley 6 del CDCFN se refieren a la aplicación supletoria que despliega el derecho civil propio exclusivamente respecto de las leyes de la C. A. en cuestión —como puede inferirse del ATC de 29 de octubre de 2003— limitando su radio de acción al ámbito competencial que les es propio. Se trata, sin embargo, de un Auto que se limita a levantar la suspensión del art. 111-4 CCCat como consecuencia de la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la ley del Parlamento de Cataluña 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, cuya resolución no tuvo lugar y no hubo, por lo tanto, un pronunciamiento del TC al respecto que permitiera desplegar mayor argumentación. En cualquier caso, el fundamento para mantener esta posición ya no se encuentra en el art. 149.1.6.ª CE, sino en el segundo inciso del art. 149.1.8.ª CE, con referencia a la competencia exclusiva que se reserva al Estado "en todo caso" las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Ahora bien, creo que no debería alterarse el equilibrio interno presente en el art. 149.1.8.ª CE, y no me refiero únicamente al juego de contrapesos existente entre el primer inciso y el segundo inciso, sino a las materias comprendidas en el mismo segundo inciso, lo que me lleva a plantear que, si se justificara una intervención de tal dimensión basado en la competencia exclusiva en materia de reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas debería tenerse en cuenta, primero, que ello podría afectar al sistema

119. *Vid.* FJ 9.d.III. El desatacado es del autor, para subrayar la innovación extensiva del posicionamiento del TC. La declaración ha tenido ya un cierto eco y no ha pasado inadvertida, *vid. op. cit.* VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", p. 107, que entiendo también es crítica con la interpretación expansiva efectuada por el TC sobre la del art. 149.1.6.ª CE; *vid. op. cit.* DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", pp. 347-350, quien, por el contrario, ve un fundamento para un deseado cambio de orientación.

120. También se refiere al peligro de desconexión entre ambas materias, *vid. op. cit.* VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", p. 81.

de fuentes —ámbito en el que el legislador debe respetar las normas de derecho foral o especial—, segundo, que la competencia exclusiva del legislador estatal relativa a las bases de las obligaciones contractuales ya preservarían suficiente uniformidad como para que la unidad de mercado se viera alterada y, tercero, que quizá no fuera este el mecanismo más proporcionado para resolver esta cuestión si tenemos en cuenta que el legislador estatal tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos de leyes. En suma, debería ponderarse con cuidado cualquier medida a tomar.

6. REFLEXIONES FINALES

Sin duda, una de las insuficiencias del sistema es la falta de un sistema conflictual que sea adecuado a la dinámica de desarrollo de los derechos civiles autonómicos. No obstante, esta contribución se ha centrado en cuestiones previas que se plantean incluso cuando el supuesto es, dentro de la plurilegislación, puramente interno.

El principal problema del sistema plurilegislativo en materia contractual no radica en su pluralidad, sino en la ausencia de una delimitación clara de las competencias estatales y autonómicas. En este marco, corresponde al Estado el ejercicio de una competencia que mitigue la litigiosidad y evite convertir al TC, más que en un árbitro de conflictos competenciales, en un "legislador negativo". Ciertamente, el esquema constitucional no ofrece una organización territorial del Estado que contribuya a la cooperación leal entre los distintos legisladores en materia civil. Posiblemente, la falta de coordinación dificulte también que no se dé por parte del Estado, más allá del reconocimiento, una asunción plena e integral de la pluralidad normativa, ni por parte de las CC. AA. una clara toma de consciencia del fundamento sobre el que reposan las competencias que corresponden al Estado.

La consecuencia directa de la indefinición del legislador estatal es la inseguridad jurídica, ya que la respuesta ha sido, si se permite la expresión, a golpe de litigios. Ciertamente, el TC ha intentado delinear los principios esenciales a respetar en todo el territorio, pero su determinación ha sido fragmentaria y reactiva, lo que ha generado una casuística que no puede sustituir a una regulación legislativa clara, coherente, previsible y estable en la regulación de los contratos. Esto afecta a la coherencia del sistema y obstaculiza el desarrollo armónico de los derechos civiles autonómicos en esta materia.

Esta indefinición se ve agravada por el hecho de que la determinación del derecho aplicable en los supuestos puramente internos presenta un reto estructural. La coexistencia de distintos derechos civiles no ha sido tomada en consideración en la regulación del proceso, hasta el punto de que la falta de alegación del derecho civil que corresponde aplicar ha conllevado la aplicación del CC. Ello indica, por una parte, que no existe una previsión que garantice la aplicación del principio *iura novit curia* —en virtud del cual los jueces deben conocer y aplicar el derecho vigente sin necesidad de que las partes lo aleguen— y que, al mismo tiempo, evite la indefensión de las partes. Por otra parte, es una muestra de que no todos los jueces están igualmente familiarizados con los derechos civiles autonómicos. Es necesario un sistema que integre la pluralidad legislativa, reforzando la función del juez en la correcta determinación del derecho aplicable, entre otras cosas, porque ello puede derivar en situaciones de desigualdad ante la ley. Si un contrato es puramente interno y se aplica el derecho civil español con el que el supuesto está exclusivamente conectado, sin perjuicio de la aplicación supletoria del derecho estatal cuando corresponda, ello no supone una vulneración de la unidad de mercado, sino la aplicación lógica del ordenamiento conforme la pluralidad normativa concebida constitucionalmente.

En los contratos mercantiles cabe aplicar un derecho civil autonómico como derecho supletorio o común, en la medida en que sea el derecho general aplicable en el territorio

en cuestión. La aplicación del CC, por ser estatal, comporta una asimetría con la lógica competencial de la CE. Cuando el art. 149.1.8.ª CE reconoce la coexistencia de distintos derechos civiles y preserva la competencia estatal para fijar las bases de las obligaciones contractuales, esta competencia no debe ejercerse en detrimento del art. 149.1. 6.ª CE. Del mismo modo, el legislador estatal, en su función mercantil, no debe reducir la capacidad normativa de las CC. AA. en materia contractual.

Lejos de comprometer la unidad de mercado, este planteamiento la refuerza, al garantizar la previsibilidad y estabilidad en la determinación del derecho aplicable. La seguridad jurídica es el verdadero pilar sobre el que debe asentarse un sistema contractual sólido y eficiente.

Para lograr un sistema más coherente y predecible es fundamental establecer reglas claras sobre la aplicación de los distintos derechos civiles y, a su vez, de dichos derechos civiles con el derecho mercantil. Así, en cada territorio con derecho civil propio en materia contractual:

– los contratos civiles deben regirse por el derecho civil propio y, en su defecto, por el derecho civil estatal supletorio, cuando corresponda,

– los contratos mercantiles deben regirse por el derecho mercantil estatal y, cuando sea necesario, completarse por el derecho civil propio como derecho común, sin perjuicio de la aplicación supletoria de segundo grado del derecho estatal.

La regulación de los supuestos interregionales no debe plantear mayores problemas. Precisamente porque el supuesto es interregional las partes ya son (deberían serlo) conscientes de la pluralidad normativa y, por consiguiente, la seguridad debe provenir de un sistema conflictual que permita anticipar el derecho aplicable y sobre todo que incluya la posibilidad de elegir la ley aplicable.

En última instancia, se logra un sistema más coherente y predecible. La unidad de mercado no implica la uniformidad absoluta, sino la existencia de reglas claras que permitan a las partes conocer de antemano qué derecho se aplicará a cada contrato. Al fin y al cabo, en la unidad de mercado el bien jurídico a proteger no es tanto la unidad como la seguridad, no es tanto la unidad como el mercado, y el mercado es sinónimo de intercambio y dinamismo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRET BURGUÉS, M. E., "Els terminis de la prescripció extintiva en el dret d'obligacions a Catalunya: una qüestió polémica", comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de 24 de gener de 2012.

ALOMAR MARTÍN, C. D., "Alegación y prueba del derecho extranjero: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2021", *CDT*, 2022, 14, 1, pp. 560-569.

ÁLVAREZ SANTIAGO, S., "La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña ¿Incidente o punto de inflexión?", *REDI*, 2020, 72, pp. 313-320.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Cuestiones de derecho interregional en la aplicación de los nuevos Reglamentos comunitarios", *Jornadas sobre Derecho, inmigración y empresa*, (coordinador S. Ripol Carulla.), Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña; Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2019, pp. 363-388.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *vid.* "La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español", *InDret*, 2012, 1, p. 6 y ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019. Vitoria Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak 2019*, M.ª Dolores Bollo Arocena, José Luis de Castro Ruano, Juan Soroeta Liceras, Idoia Otaegi Aizpurua, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 21-79.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Artículos 4 y 5", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (directores M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart), t. XXXII, vol. 1.º, Madrid, Edersa, 1997, pp. 131-154.

ARCE JANÁRIZ, A., "Claves constitucionales de revisión de los conflictos de leyes internos (Comentario a la S. T. C. 72/1983)", *REDI*, vol. 36, n.º. 2 (1984), pp. 547-576.

ARENAS GARCÍA, A., "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional", *AEDIPr*, XIX-XX, 2019-2020, pp. 615-626.

ARENAS GARCÍA, R., "La pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español", *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, (editor A. Font i Segura), Barcelona, Bosch Atelier, 2011, pp. 51-79.

ARNAU RAVENTÓS, L., "L'obligació de conformitat i el seu règim: més propis d'una teoria (o part) general?", *El Llibre sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de llei. Materials de les Divuitenes Jornades de Dret català a Tossa*, (coordinador Institut de Dret Privat Europeu i Comparat - Universitat de Girona), Girona, Documenta Universitaria, 2015, pp. 441-458.

BADOSA COLL, F., *Memoria de Derecho civil*, Barcelona, Marcial Pons, 2010.

BADOSA COLL, F., "El caràcter de dret comú del Codi Civil de Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 8, 2007, pp. 19-46.

BARAT i RUBIO, R., "L'aplicació del règim de la conformitat del Codi civil de Catalunya per les Audiències Provincial", *L'aplicació judicial del Codi Civil de Catalunya*, (coordinador Institut de Dret Privat Europeu i Comparat), Girona, Universitat de Girona, Institut de Dret Privat Europeu i Comparat, 2023, pp. 1023-1068.

BAYOD LÓPEZ, C., "Derecho foral aragonés, aplicación y posibles líneas de reforma", Bayod, C.; Martínez, J. M., Sancho-Arroyo, J. y Molins, M., *Jornada de Derecho foral aragonés. Derecho aragonés, aplicación y análisis comparativo con otros Derechos forales*, Zaragoza, Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, 2013, pp. 9-65.

BAYOD LÓPEZ, C., PÉREZ MILLA, J., "Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de leyes españolas. Reflexiones a la sentencia 22/2011 de 26 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña", *RDCA*, 2011, XVII, pp. 207-226.

BAYOD LÓPEZ, C., "El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el derecho civil aragonés)", *RDCA*, 1999, vol. 2, pp. 75-125.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La destrucción de la obra codificadora", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 2020, 7, pp. 3-22.

BUSTO LAGO, J. M., "Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de derecho civil", *Revista Xuridica Galega*, 2002, 35, pp. 13-64.

CARRILLO POZO, L., "Medios y objeto de la prueba del Derecho extranjero: Principios de la jurisprudencia del TS", *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, (coordinadores A. L. Luis Calvo Caravaca y J. Carrascosa González), Rapid Centro Color, 2019, pp. 687-712.

DE CASTRO Y BRAVO, F., "El término Derecho común en el Código de comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo", *ADC*, 1969, vol. 22, n.º 4, pp. 839-873.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Los derechos civiles españoles hace cuarenta años ¿qué ha cambiado?", *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, (coordinadora M.ª C. Bayod López), Tirant lo Blanch, 2019, pp. 21-46.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derecho civil", *Iuris*, 1994, 1, pp. 37-76.

DÍAZ MORENO, A., "El sentido de la expresión «Derecho común» en el Código de Comercio", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, (coordinadores M.ª J. Castellano y A. B. Campuzano Laguillo), vol. 1, t. 1, 2024, pp. 307-350.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lexnova, 2000.

FENOY PICÓN, N. "La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña", *ADC*, t. LXVIII, 2015, fasc. III, pp. 801-1082.

FONT i SEGURA, A., "Incidencia del art. 149.1.8.ª de la Constitución en el Capítulo V del Título Preliminar del Código civil", *CDT*, 2025, vol. 17, n.º 1, pp. 1162-1196.

FONT i SEGURA, A. de la "Crónica de Derecho Interterritorial", (coordinadoresR. Arenas García y A. Font i Segura), publicado cada año en el *AEDIPr*.

FONT i SEGURA, A., "Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba", *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, (directores P. Jiménez Blanco y Á. Espiniella Menéndez), 2021, pp. 235-292.

FONT i SEGURA, A. y ORÓ MARTÍNEZ, C., "Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional", *Estudios sobre el Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, (editores, J. Valle Zayas, J. A. Pérez Rivarés, y J. R. Salelles), Barcelona, Bosch Editor, 2012, pp. 433-470.

FONT i SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2007.

FONT i SEGURA, A. "Nota a la SAP de Navarra de 16 de noviembre de 2001", *REDI*, 2002-1, pp. 449-458.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil", *Revista de Derecho Civil*, 2019, 4, pp.1-43.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 1, pp. 7-27.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Plurislegislación, supletoriedad y Derecho civil", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coordinadores J. M. González Porras y F. P. Méndez González), vol. 1, 2004, pp. 1939-1954.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Plurilegislación civil: ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán. Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019", *Revista Española de Derecho Civil*, 2020, vol. vii, n.º 5, pp. 41-89.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C., "Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 4, pp. 27-65.

GINEBRA MOLINS. M. E., "Article 111-3. Territorialitat", *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, (editors A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy), Barcelona, Atelier i Col·legi de Registradors de Catalunya, 2012, p. 92.

GÓMEZ POMAR, F., "Un nuevo Código", Editorial, *InDret*, 2013.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Artículo 13" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (director M. Albaladejo), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995, pp. 1.083-1.201.

LAMARCA MARQUÈS, A., "Els terminis de prescripció decennal i trienal en el Codi civil de Catalunya", *RJC*, 2013, 1, pp. 11-57.

LAMARCA MARQUÈS, A., "Article 121-20. Prescripció decennal", *Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat*, (editores A. Lamarca i Marquès i A. Vaquer Aloy), Barcelona, Atelier i Col·legi de Registradors de Catalunya, 2012, p. 544 y ss.

MARTÍN RODRÍGUEZ, M.ª A., *La unificación civil y mercantil en la contratación privada*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

Martínez Sanz, F., "¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil - Código de comercio?", *Derecho contractual europeo*, (director E. Bosch, coordinador Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña), Barcelona, Bosch, 2009, pp. 509-524.

MOLINER NAVARRO, R., "Las competencias en materia de derecho civil foral a la luz del art. 49.1.2.ª del nuevo Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 2007, 18, pp. 345-365.

OLIVA BLÁZQUEZ, F. "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 3, pp. 37-66.

PICÓ i JUNOY, J., *Estudios sobre el Proceso y la Justicia. Principios del proceso y formación de los abogados*, Lima, Palestra Editores, 2023.

PICÓ i JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PICÓ i JUNOY, J., "Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal", "*Revista Jurídica de Catalunya*", n.º 3, 1995, pp. 39-49.

ROCA TRIAS, E., "El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles", *ADC*, 1978, pp. 227-286.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Prevaricación y tensiones sustantivo-procesales", "Editorial", *InDret Penal*, 2024, 2.

VARELA CASTRO, I., "Bases de las obligaciones contractuales: función, contenido y utilidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, 2024, 5, pp. 75-124.

VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2007.

YBARRA BORES, A., "Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero y la carga de su prueba. La preocupante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2024", *Millenium DIPr*, 20.

ZABALO ESCUDERO, E., "Sobre la aplicación de oficio de la norma de conflicto: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de septiembre de 2021", *Diario La Ley*, n.º 9995, 24 de Enero de 2022.

ZABALO ESCUDERO, E., "Los conflictos de leyes internos: Una perspectiva actual del panorama interregional español", *Repensar la Unión Europea: Gobernanza, seguridad, mercado interior y ciudadanía. XXVII Jornadas AEPDIRI*, (coordinadores Noé Cornago Prieto, J. L. Castro Montero y L. Moure Peñín), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 341-356.

LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: BONDADES Y CRÍTICAS DE LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL REGLAMENTO ROMA I EN ESPAÑA*

JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ
Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

Panorámica general de la estructura, condiciones de aplicación y aplicación de las normas del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), a la luz de su puesta en práctica por parte de los jueces y tribunales españoles en sus diferentes resoluciones judiciales.

PALABRAS CLAVE

Reglamento Roma I; obligaciones contractuales: ley aplicable; práctica jurisprudencial española.

* Fecha de recepción: 04/02/2025. Fecha de aceptación: 20/03/2025.

APPLICABLE LAW ON CONTRACTUAL OBLIGATIONS: PROS AND CRITICISMS OF SPANISH CASE LAW IN APPLICATION OF THE ROME I REGULATION

ABSTRACT

Overview of the structure, conditions of application and application of the rules of Regulation (EC) No. 593/2008 of the Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), through its implementation by Spanish judges and courts.

KEYWORDS

Rome I Regulation; contractual obligations: applicable law; Spanish case law.

SUMARIO

1. Introducción 465

2. Problemas previos 469

2.1. Confusión entre las cuestiones de ley aplicable y de competencia judicial internacional 469

2.2. Aclaración sobre el alcance del principio *iura novit curia* 471

2.3. Situación privada doméstica vs. situación privada internacional 472

3. Problemática relativa a la aplicabilidad del Reglamento Roma I 477

3.1. Ámbito material 477

3.2. Ámbito temporal 477

3.2.1. Aplicación extemporánea de los artículos 10.5 y 10.6 CC 477

3.2.2. Incorrecta acumulación de regímenes aplicables: régimen comunitario más régimen doméstico 480

3.2.3. Aplicación extemporánea del Convenio de Roma de 1980 y/o Reglamento Roma I 482

3.3. Ámbito espacial 482

3.4. Ámbito relacional 484

3.4.1. En general: artículo 25 Roma I 484

3.4.2. Respecto de Convenios de Derecho uniforme 486

3.4.3. Respecto de otras normativas comunitarias: artículo 23 Roma I 489

4. Determinación de la ley aplicable al contrato: ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual 491

4.1. General: ley aplicable al fondo del contrato y ley aplicable a la forma y a otros aspectos 491

4.2. Elección expresa de ley 491

4.3. Elección tácita de ley 493

4.4. Autonomía de la voluntad material 497

4.5. En especial, el papel de los grupos normativos no estatales: Principios Unidroit, lex mercatoria, Marco común de referencia 498

4.5.1. A través del ejercicio de la autonomía de la voluntad material 498

4.5.2. Como elemento de interpretación 502

5. Determinación de la ley aplicable al contrato: en defecto de pacto 504

5.1. Regla general 504

5.2. Vínculos más estrechos 505

6. El juego de las leyes de policía y de las normas imperativas internas 507

7. Reglas especiales: contratos de transporte y de consumo 511

8. Reglas especiales: contratos de trabajo 514

8.1. Elección de ley: posible y habitual 514

8.2. Elección de ley condicionada: comparativa respecto del grado de protección entre ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto 515

8.2.1. Elección de ley condicionada: reivindicación de la aplicación de la ley española como ley de base 515

8.2.2. Dudas a la hora de enfrentarse a la comparativa respecto del grado de protección entre ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto 516

8.3. La ley aplicable en defecto de pacto: posible introducción de la ley española 517

8.3.1. A título de ley del lugar de realización habitual del trabajo (artículo 8.2 Roma I): "en el cual y a partir del cual" 517

8.3.2. A título de ley del lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador (artículo 8.3 Roma I): menos habitual . 519

8.3.3. A título de ley más estrechamente vinculada (artículo 8.4 Roma I): posible legeforismo 519

8.4. El juego de las leyes de policía de la lex fori y de la excepción de orden público en los contratos de trabajo 523

9. Conclusiones 525

Bibliografía 527

Referencias jurisprudenciales 528

1. INTRODUCCIÓN

Con independencia de su (también) inspiración en distintas fuentes internacionales, es cierto que la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*[1] tiene una proyección básicamente interna y de derecho material. No puede olvidarse, no obstante, el contexto normativo en el que se desenvuelve un contrato cuando sus elementos relevantes se hallan conectados con más de un ordenamiento jurídico, esto es, el contexto conflictual. De ahí las cuestiones de derecho internacional privado que ahora nos ocupan. Básicamente, y al margen de las propias de derecho interregional, que no trataremos, la problemática propia de los conflictos de leyes internacionales, regulados en el ordenamiento jurídico español, como es sabido, por el *Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17/6/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*[2]. Enmarcado en el proyecto dedicado a *La inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos en el Código Civil español*, e inspirado en la ponencia que lleva por título "Aplicación jurisprudencial del Reglamento Roma I en España: bondades y críticas"[3], se encarga este trabajo a ofrecer una panorámica general de la estructura, condiciones de aplicación y aplicación de las reglas del Reglamento Roma I determinantes de la ley aplicable a los contratos internacionales. Y lo hace a partir del análisis de las resoluciones judiciales de los jueces y Tribunales españoles en lo que es la puesta en práctica de este instrumento comunitario en el ordenamiento jurídico español y que entendemos como la manera más elocuente de examinar la evolución de la práctica española en relación con la aplicación del Reglamento Roma I y, por extensión, en el manejo de los siempre complejos instrumentos propios del derecho internacional privado[4].

---

1. La *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* puede verse en: https://www.mjusticia.gob.es/es

2. DOCE L 177, de 4/7/2008, aplicable desde el 17/12/2009.

3. El presente trabajo se ha realizado en el marco de la ejecución del Proyecto de Investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, 2021-2023, en su modalidad *Generación del Conocimiento, 2022*, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado "La inaplazable modernización del Derecho de obligaciones y contratos del Código Civil español" (referencia PID2022-138909NB-I00) IPs.: M.ª Paz García Rubio y Javier Maseda Rodríguez. Ponencia presentada en el Congreso Internacional *La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos de 2023. Algunas cuestiones previas*, organizado por *De Conflictu Legum* (9 y 10 de julio de 2024, Universidad de Santiago de Compostela), Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela.

4. En esta línea, trabajos anteriores analizando la proyección jurisprudencial del Reglamento Roma I, por ejemplo y como muestra, CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los Tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009; o CARBALLO PIÑEIRO, L., "La aplicación jurisprudencial del Convenio de Roma y el Reglamento Roma I: un viaje de ida y vuelta al Derecho español", *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, (director O. García Castrillón), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 175-193, y referencias que cita.

La exposición se corresponde con el siguiente esquema. En un primer momento, haremos referencia a algunas cuestiones que aparecen en la práctica española previas a enfrentarse a la aplicación del Reglamento Roma I y que nos parecen especialmente llamativas, concretamente, cierta confusión respecto de su objeto y la necesidad de aclarar su carácter como derecho de obligado conocimiento. A continuación, veremos cómo se enfrenta la práctica española a las condiciones de aplicación de este instrumento: materiales, temporales, espaciales y relacionales; especialmente, su convivencia con otros regímenes aplicables a la contratación internacional, como, por ejemplo, el *Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías*, que es uno de los textos internacionales en los que se inspira la Propuesta de Modernización. Y, por último, cómo se enfrenta esta práctica a la aplicación de sus reglas determinantes de la ley aplicable al contrato. Por un lado, al ejercicio de la autonomía de la voluntad, siendo también la libertad contractual uno de los principios de base de la Propuesta de Modernización para la contratación interna, y que en el ámbito del Reglamento Roma I se proyecta a través del binomio *autonomía conflictual vs. autonomía material*, lo que nos permitirá comentar el juego de Roma I con los *Principios Europeos de Derecho de Contratos*, el *Marco Común de Referencia* o los Principios *Unidroit*, cuya mención también aparece en la Propuesta de Modernización como fuente inspiradora[5]. Por otro, a las reglas de identificación de la *lex contractus* en defecto de pacto, especialmente, a la regla de los vínculos más estrechos como ley reguladora del fondo del contrato, que es donde más práctica encontramos frente a la mucho menos habitual relativa a su forma. Y finalmente, a los límites a la aplicación de la *lex contractus*, ya sea elegida, ya identificada en defecto de pacto, en forma de leyes de policía y de la excepción de orden público internacional. Libertad contractual también limitada en el ámbito interno, como muestra la Propuesta de Modernización, si bien empleando una terminología diferente y también modificada respecto de la utilizada en el Código Civil: además de "normas imperativas", la Propuesta elimina el término "orden público" y habla ahora de "mención de los *principios básicos del ordenamiento español*, en línea con lo establecido en los textos del derecho europeo de contratos"[6]. Terminaremos con algunos epígrafes donde analizaremos cómo se enfrenta la práctica española a las respuestas especiales del Reglamento Roma I respecto de cierto tipo de materias, como los contratos de transporte, seguros, consumo y, sobre todo, de trabajo.

Para ello, hemos analizado más de 200 resoluciones de los jueces y Tribunales españoles aplicando el Reglamento Roma I (y también, si bien en menor medida, el *Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*[7], que es su precedente), centrándonos más en las más actuales y extrayendo de este análisis una

5. Prólogo de la Propuesta, p. 15; y Exposición de Motivos, p. 21.

6. Véase punto 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta, p. 23.

7. *Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (BOE 19/7/1993); en vigor en España desde el 1/9/1993, tras Convenio de Funchal de 18/5/1992 (DOCE L 333, 18/11/1992).

serie de pautas de comportamiento[8]. No obstante, y antes de su exposición, distintas consideraciones previas son necesarias en orden a situar con mayor propiedad el contexto de este análisis y las respuestas finales. Aunque nos ceñimos básicamente al Reglamento Roma I, no dejamos de hacer alusión al Convenio de Roma de 1980, como dijimos, de entenderlo necesario por la singularidad del caso: la línea continuista o disruptiva de la práctica de Roma I respecto del Convenio. Asimismo, analizamos solo aquellas sentencias que sí aluden al Reglamento Roma I (o Convenio de Roma de 1980), tanto lo apliquen estrictamente, como hagan referencia a sus normas como apoyo argumental. Desconocemos, en tanto que exigiría la comprobación de la totalidad de las resoluciones existentes y este no es un trabajo exhaustivo, cuántas decisiones deberían haber aplicado estos regímenes y no lo hicieron. En esta línea, solo se tratan las cuestiones a las que alude la práctica española analizada, con un trato preferente respecto de aquellos casos problemáticos relativos a la aplicación del Reglamento Roma I. No obstante, y sin negar los desajustes que sí existen en la práctica analizada, que hagamos referencia solo a los casos problemáticos no debería conducir a una impresión equivocada. La mejora en la aplicación del Reglamento Roma I por parte de los jueces y tribunales españoles es significativa, fruto, sin duda, de la mayor experiencia en el manejo de los instrumentos propios del derecho internacional privado. Que el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) haya intervenido más a la hora de interpretar el alcance de las normas del Reglamento Roma I y del Convenio de Roma de 1980 ayuda, como se observa en la mejor aplicación por parte de los jueces y tribunales españoles de otros instrumentos como el Reglamento 1215/2012 sobre competencia judicial internacional dado el número tan elevado de resoluciones del TJUE interpretando sus normas ya desde el Convenio de Bruselas de 1968[9].

El Reglamento Roma I es muestra de unificación jurídica europea en el plano conflictual: todos los operadores jurídicos de los Estados miembros ofrecerán la misma respuesta de ley aplicable al contrato, independientemente del tribunal competente, evitando así el *forum shopping* y favoreciendo el tráfico comercial

8. La referencia a las resoluciones de las distintas jurisdicciones citadas, mayoritariamente civil y social, puede verse en la lista que figura al final del trabajo, ordenada por instancias y cronológicamente. Un número importante de estas resoluciones son comentadas por diferentes autores en distintas publicaciones especializadas en el ámbito del derecho internacional privado, sobre todo, en el *Anuario español de Derecho internacional privado* (AEDIPr.), la *Revista Española de Derecho Internacional* (REDI) o en *La Ley (Unión Europea)*, donde pueden consultarse.

9. *Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE L-351/1, 20/12/2012). Sustituye al *Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (DOCE 16/1/2001), que a su vez sucede al *Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968* (DOCE C 189, 28/7/1990).

internacional. En ausencia de unificación material europea en el ámbito contractual[10], su presencia es necesaria, habida cuenta de las divergencias existentes entre legislaciones domésticas. Primero, aun cuando textos internacionales como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, los Principios Unidroit, los Principios Europeos de Derecho de Contratos o el Marco Común de Referencia inspiren estas diferentes regulaciones domésticas y contribuyan desde abajo a una mayor uniformización material. Y, segundo, aun cuando exista una cierta uniformización material sectorial a través de directivas o de reglamentos comunitarios: la falta de eficacia directa de las directivas, y la necesidad de su transposición, hace que siga siendo necesario, en supuestos transfronterizos, determinar la ley nacional aplicable en orden localizar la normativa de transposición de la directiva que debe regular el supuesto concreto; y en relación con el régimen material contenido en este tipo de reglamentos, determinar la ley nacional aplicable sería necesario para cubrir eventuales lagunas de reglamentación. La unificación conflictual no es una vía alternativa, sino que discurre paralelamente, y de modo complementario, a la unificación material, facilitándola. La unificación material contribuye asimismo a la armonización del derecho internacional privado. Cuanta mayor unificación material, más facilidad para alcanzar la aplicación común de la regla conflictual: una norma doméstica común relativa a la *residencia habitual*, el *domicilio* o el *lugar de ejecución de un contrato*, facilitará la aplicación común de la norma de conflicto que utilice cualquiera de estos puntos de conexión por parte de cualquier operador jurídico de los distintos Estados miembros[11].

10. Repárese, por ejemplo, en el intento de normativa común del contrato de compraventa europea (al respecto, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM, 2011, 635 final); o en la idea de un Código civil europeo.

11. Al respecto, SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", *Derecho patrimonial europeo*, (coordinadores L. Prats Albentosa, G. Palao Moreno y M. J. Reyes López), Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 366-367, pp. 369-371 y pp. 375-376. Sobre la autorregulación y unificación del Derecho de los contratos internacionales y su implicación con los regímenes conflictuales de selección de la ley aplicable a los contratos internacionales, pueden verse, entre otros, BONELL, M.J., "De la Convención de Viena sobre la compraventa a los principios UNIDROIT: ¿hacia un Derecho global de los contratos comerciales internacionales?", *AEDIPr.*, 2008, pp. 259-274; o LEIBLE, S., "El marco común de referencia y la elección del Derecho aplicable", *AEDIPr.*, 2008, pp. 481-492.

2. PROBLEMAS PREVIOS

2.1. Confusión entre las cuestiones de ley aplicable y de competencia judicial internacional

El Reglamento Roma I lleva por título "…Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales…": se ocupa, pues, de determinar la ley aplicable a un contrato internacional.

> De ahí la necesidad de calificar la relación jurídica que da base a la acción ejercitada como contractual a efectos de la posible aplicación del Reglamento Roma I (o del Convenio de Roma de 1980). Es lo que sucedió, por ejemplo, en la SAP Almería 21-1-20, en un caso de responsabilidad del fabricante por sus productos (incendio; distribuidora vendedora; defecto de diseño de quemadores). Demanda de la aseguradora Allianz contra las empresas instaladoras. La actora y ahora recurrente ejercitó la acción extracontractual del art. 1902 CC para reclamar el importe de las indemnizaciones que había anticipado a su asegurada, Hintes Oil Europa S. L., derivadas del incendio que tuvo lugar en agosto de 2016 en la planta de reciclado de plásticos situada en el PITA, Retamar, de Almería. La SAP estima: "Para empezar entendemos que la acción que ejercita la demanda es correcta, conforme a la doctrina expuesta (entre otros argumentos, cita la jurisprudencia del TJUE sobre distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual), a pesar de la relación contractual que vincula a las partes, pues los daños cuya indemnización se reclama exceden del ámbito de cumplimiento del contrato, son ajenos al objeto del contrato" (FD 2.º). Por eso aplica el régimen no contractual y desecha correctamente Roma I. También, SAP Barcelona 23-9-2020, en relación con un transporte de mercancías (neumáticos…) desde Alemania hasta España, distinguiendo las relaciones derivadas del contrato de transporte, las propias entre asegurador y asegurado por el contrato de seguro, y las relaciones entre asegurador y tercero.

Lo que parece evidente, no lo es tanto.

Aunque la mejora es significativa, todavía pueden verse resoluciones en las que los jueces y tribunales españoles emplean los regímenes reguladores de la ley aplicable al contrato para dar respuesta a un problema de competencia judicial internacional. Es el caso de la AAP Madrid 13-9-2012, aplicando argumentos del Reglamento Roma I para justificar la no competencia de los Tribunales españoles respecto de un contrato de préstamo sometido a la ley andorrana[12]. También le sucede en ocasiones al Tribunal

12. AAP Madrid 13-9-2012: "…contrato celebrado en dicho país, y cuyas obligaciones han nacido allí y allí deben cumplirse, por lo que no existe razón alguna por la que el presente asunto deba ser sometido a conocimiento de los Tribunales españoles, y sí al del país en el que se celebró, y a cuya legislación las partes expresamente se han sometido, aun cuando […] tengan ahora los demandados su domicilio en España…" (FD 3.º). O la STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 14-5-2015, apelando tanto al artículo 19 R. 44 como al artículo 8 Roma I para justificar la incompetencia de los Tribunales españoles en relación con un contrato de trabajo, si bien finalmente la acepta en aplicación del artículo 25 LOPJ (FD 2.º). También, STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 16-7-2015. Y

Supremo, lo que llama más la atención. Lo vemos en el ATS 21-7-2008, donde es el propio TS el que determina la competencia a partir del artículo 10.5 CC en relación con una demanda por impago de los cargos realizados en una tarjeta de crédito, utilizando este artículo 10.5 CC, además, para justificar la aplicación del Reglamento 44/2001 regulador de la competencia judicial internacional (actual Reglamento 1215/2012).

> Confusión ésta que también puede apreciarse en la SAP A Coruña 15-6-2015, relativa a un contrato de compraventa de mercancías entre una empresa española y otra portuguesa, mezclando argumentos de competencia judicial internacional con otros de ley aplicable a efectos de determinar la competencia de los Tribunales españoles: "... sin olvidar que la demandada ha aceptado, como ha quedado anteriormente expuesto, la competencia de los Tribunales españoles, no estaríamos ante un auténtico problema de conflicto de normas a nivel internacional, y aun cuando pudiere estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas a nivel internacional, la alegación debe ser desestimada, puesto que el artículo 10.5 del Código Civil, en el párrafo primero, fija que "*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato*", es decir, como fuero principal el determinado por la voluntad de las partes y, como subsidiario, en defecto de este, la ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato, lo que tuvo lugar en España, que unido a que el apartado 3 del artículo 22 LOPJ indica la competencia de los tribunales españoles "*en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España*", lo que acontece en el supuesto presente, y en todo caso la entrega de las mercancías adquiridas fueron puestas a disposición de la demandada en España; determina que, mire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas..." (FD 2.º).

Más claro lo tienen, sin embargo, otras resoluciones, que son la gran mayoría. Sirva el caso, por ejemplo, de la AAP Barcelona 31-10-2012, corrigiendo al juez de instancia al poner de manifiesto que el régimen aplicable a la hora de enfrentarse a una declinatoria internacional es el Reglamento 44/2001 y no el Reglamento Roma I; o la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 10-6-2015, rechazando la aplicación del Convenio de Roma de 1980 para valorar un problema de competencia judicial internacional respecto de una demanda interpuesta por un trabajador contra la filial española del grupo para el que había

---

a veces, con argumentación más confusa, como el AAP Málaga 28-1-2022 respecto de una acción de nulidad de contrato y de reclamación de cantidad; o la SAP Las Palmas 23-9-2021, relativa a un contrato de prestación de servicios de abogacía a prestar en España y Alemania entre una abogada con residencia en Alemania y un cliente residente en España: tras la exposición de argumentos de ley aplicable (básicamente, el artículo 6 Roma I) a la hora de calificar el asunto como contrato de consumo (lo que serviría a efectos de ley aplicable), parece utilizar el argumento a efectos de competencia judicial internacional al emplear los términos de "... en consecuencia..." (FD 2.º).

prestado servicios. Aclaración que también hace la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 23-3-2022, corrigiendo en este sentido los argumentos de la recurrente que apelaba al Reglamento 1215/2012 para reclamar la aplicación de la ley española a su contrato (y no la ley nicaragüense)[13].

2.2. Aclaración sobre el alcance del principio *iura novit curia*

Aunque ya no debería cuestionarse, llama la atención asimismo que no son pocas las resoluciones de los jueces y tribunales españoles que se ven en la necesidad de aclarar la diferencia entre la aplicación del derecho extranjero y el alcance de un principio *iura novit curia* que abarca, como no podía ser de otra manera, los instrumentos comunitarios que son parte del ordenamiento jurídico español (entre ellos, el Reglamento Roma I), que no se sujetan al régimen de prueba de una ley extranjera precisamente porque son derecho español. Muchas veces, respondiendo a la fundamentación del motivo del recurso que vincula la vulneración de una norma de conflicto europea con la vulneración del artículo 281 LEC regulador del tratamiento procesal del derecho extranjero, pretendiendo erróneamente extender el dictamen de un experto (válido como prueba de una ley extranjera) a la determinación del régimen que ha de aplicar el operador jurídico español, que corresponde al juez o tribunal español en ejercicio del principio *iura novit curia*.

Muy gráfica es la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 5-2-2020, cuando estima que "… el motivo así planteado no es aceptable, puesto que confunde la aplicación del Reglamento Roma I con la prueba del Derecho extranjero, que son dos cuestiones totalmente diferentes. El Reglamento (Roma I) no es legislación extranjera sometida a prueba, sino Derecho de la UE sobre el cual se aplica el principio *iura novit curia* […]. Cuestión

13. Muy gráfica es esta STSJ Madrid (Sala de lo Social) 23-3-2022, relativa al contrato de trabajo como Técnico de Servicios Consulares de una trabajadora hispano-nicaragüense para la Embajada de la República de Nicaragua en España: la trabajadora es despedida, recurre y el juzgado de lo social le da la razón, declarando injustificada la extinción de la relación laboral. Ahora bien, cuando presenta recurso de suplicación frente a esta sentencia del juzgado porque "… considera que la ley aplicable es la española, en relación con el principio de favorabilidad en materia de contratos individuales de trabajo…", señala como infringidos los artículos 8.1 y 4.2 Roma I y el Reglamento (UE) 1215/2012, haciéndole ver el TSJ esta confusión: "… mezcla la recurrente las normas relativas a la competencia de los órganos del país en el que se prestan los servicios, que en este caso no se ha cuestionado, (siendo) […] la ley que ha estimado aplicable al contrato suscrito entre las partes […] lo único que procede examinar ahora…" (FD 1.º). También, STS 20-4-2015; STSJ Islas Canarias 15-12-2014; o SAP Madrid 23-6-2020, en relación con un contrato de cesión de compraventa suscrito entre la promotora y la mercantil con quien contrata la demandante, argumentando la recurrente que estaba sujeto a la legislación marroquí y que, por ello, y en virtud del artículo 10.5 CC, serían competentes los juzgados y tribunales de Marruecos, a lo que responde la AP: "… en cualquier caso la jurisdicción aplicable sería la jurisdicción marroquí puesto que en ese contrato se había producido precisamente una sumisión expresa a tal jurisdicción. El argumento referido a la falta de jurisdicción de los tribunales españoles debiendo referirse a la jurisdicción de los tribunales competentes de Marruecos, por aplicación del fuero contenido en el art. 10.5 CC no puede prosperar ni ser atendido…" (FD 3.º).

totalmente diferente es que si en aplicación del citado Reglamento se llegase a la conclusión de que ha de aplicarse a un litigio el Derecho de otro Estado (como pudiera ser en este caso Irlanda), entonces sobre ese Derecho extranjero, al no operar el principio *iura novit curia*, se pueda practicar prueba conforme al artículo 281.2 LEC...” (FD 5.º)[14]. También, AAP Soria 21-11-2023, en relación con un caso de cesión de créditos, cuando habla de que “... tampoco puede desconocerse que la imperatividad de las normas de conflicto previstas en los Reglamentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea, tales como el RRI, se desprende del artículo 288 TFUE (antiguo artículo 249 TCE)...”[15].

2.3. Situación privada doméstica vs. situación privada internacional

Como es sabido, y de acuerdo con el tenor del artículo 1, el Reglamento Roma I resulta aplicable “... a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil que impliquen un conflicto de leyes...”, tal como indica, por ejemplo, la SAP Lugo 30-3-2021, en relación con un contrato de suministro de leche celebrado en 2016 entre la empresa española Lácteos Ortegal SLU (Lugo) y la empresa portuguesa Leiarcoop.

En la mayoría de los casos examinados, los jueces y tribunales españoles aplican el Reglamento Roma I sin pararse a analizar la existencia de un conflicto de leyes internacional, posiblemente porque la internacionalidad del contrato no plantea dudas, esto es, los elementos relevantes del contrato se hallan situados en más de un ordenamiento jurídico, que es el presupuesto que permite su identificación, tal como expresa la SAP Lugo 30-3-2021 cuando indica que “... es necesario que exista una relación contractual relacionada o con contactos con dos o más ordenamientos y que en definitiva justifica el recurso a las normas de Derecho internacional privado...” (FD 2.º). Hablaríamos del domicilio y/o residencia de los contratantes en Estados distintos, su diferente nacionalidad, o un Estado extranjero como lugar de cumplimiento del contrato, sin dejar de considerarse el aspecto económico a la hora de la valoración de la internacionalidad de una situación, como sucedería, por ejemplo, en aquellas relaciones contractuales respecto de mercancías destinadas a la exportación o de la actividad futura de una parte en el extranjero. En cualquier caso, son menos las ocasiones en las que las resoluciones judiciales hacen referencia a este carácter para justificar la aplicación del Reglamento Roma I. Lo vemos, por ejemplo, en la SAP Alicante 17-11-2023, relativa

14. También, STS 8-9-2023, cuando dice que “... lo que ha de ser objeto de prueba, en su caso, es el contenido y vigencia del Derecho extranjero, no las normas de conflicto aplicables, que pueden ser normas de Derecho interno, convencional o europeo, pero no extranjero...” (FD 5.º). O la STS 27-7-2021: “Aunque uno de los informes de expertos de Derecho de Hong Kong, se refiere también a esta cuestión, en este extremo resulta irrelevante, pues [...] las normas de conflicto, que remiten a la ley aplicable, no están sujetas al régimen de prueba del Derecho extranjero. Como indicamos en la STS 20-7-2017: “[...] no es admisible que el ámbito de dicha prueba pretenda extenderse a la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho interno, las de Derecho convencional o las de Derecho europeo, puesto que tales normas no son Derecho extranjero, y sobre ellas no es admisible prueba alguna, y en concreto, no es admisible el dictamen de un experto” (FD 7.º).

15. Véase voto particular.

a un contrato de transporte por carretera desde la localidad belga de Geel hasta Benijófar (Alicante), donde el Tribunal valora que se enfrenta a una situación privada internacional para considerar la aplicación de Roma I: "... como se suscita un conflicto de leyes toda vez que el actor es de nacionalidad belga, la mercancía se carga en Bélgica, el transportista tiene su domicilio en la localidad de Rafal (Alicante) y el lugar de entrega es Benijófar, hemos de recurrir al Reglamento [...] Roma I con el fin de determinar la legislación nacional aplicable..." (FD 2.º). O en la STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1-2-2013, que aplica Roma I porque dice expresamente que "... nos encontramos ante una relación laboral internacional pues en el supuesto de hecho concurre unos claros elementos de extranjería que impiden hablar de fraude de ley, cual es que el trabajador y la empresa poseen su domicilio en distintos Estados y que el contrato de trabajo fue otorgado en el extranjero, lo que genera la posibilidad de aplicar varios Derechos porque no todos sus elementos están vinculados al sistema jurídico de un único Estado..." (FD 4.º).

No obstante lo expuesto, y aunque resultan difícilmente computables, téngase en cuenta que no son pocas las decisiones en las que los Tribunales españoles ignoraron la internacionalidad del contrato y aplicaron directamente las normas del Código Civil español, Código de Comercio u otras normativas españolas en relación con contratos internacionales. Sirvan el caso de la SAP Madrid 31-5-2005, ignorando los elementos de internacionalidad de la relación (contrato de compraventa mercantil entre una empresa española, Zugarto Ediciones S. A., vendedora, y una empresa mexicana, Distribuidora Intermex S. A., compradora; con un transporte marítimo España-Estados Unidos-Venezuela-México) y aplicando el Código Civil y Código de Comercio español. También, con mayor reproche, la STS 23-5-2005: compañía británica contra mercantil española, que firman un contrato de compraventa de material procedente de Indonesia, aplicando directamente el Código Civil español sin considerar la internacionalidad del supuesto[16]. En este sentido, llamativas son las resoluciones que ignoran la internacionalidad del caso a efectos de ley aplicable, acudiendo directamente al derecho español, después de analizar profusamente la competencia judicial internacional: así sucede con la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 26-3-2010, al hilo de un traslado de un trabajador a Irlanda, que, aunque sí menciona el artículo 6 CR 1980, no analiza la ley aplicable a un contrato de trabajo, aplicando finalmente el derecho español, cuando sí lo hizo extensamente a efectos de la competencia judicial internacional en la materia; o la Sentencia Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife 7-9-2018, relativa a un contrato de trabajo de una persona como piloto en Ryanair, donde se aplica directamente y sin justificar el derecho español ignorando la internacionalidad del caso a efectos de ley aplicable tras haber entrado, si bien tímidamente, en la competencia judicial internacional[17]. El reproche a este tipo de comportamientos resulta compartido también por los propios jueces, como sucede en el AAP A Coruña 26-10-2011, cuando critica, aunque a título de *obiter*

16. Véase, asimismo, STSJ Madrid 30-9-2013, en un caso que involucra a una empresa extranjera como es Ryanair.

17. También, en esta línea, STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 5-3-2009.

dicta, que el juez de instancia ignore el Convenio de Roma de 1980 y que aplique por inercia el derecho español (FD 5.º).

> Al respecto, resulta ilustrativo el voto particular en el AAP Soria 21-11-2023, al hilo de un caso de cesión de créditos, resuelto por la sala a modo de situación interna y apelando este voto particular a su internacionalidad: "... una vez acreditada la presencia de, al menos, un elemento internacional en la relación jurídica examinada, considero necesario reiterar que, como más arriba se ha indicado, de conformidad con consolidada jurisprudencia, dicha circunstancia, aún por sí sola, resulta suficiente para que la situación deba ser regulada por el Derecho Internacional Privado español, habida cuenta que el supuesto ha quedado conectado con un país extranjero y toda vez que ello genera un conflicto de leyes. Este es el motivo por el cual, apartándome del criterio seguido por la sentencia mayoritaria, razono que ha de rechazarse la aplicación directa del Derecho Privado interno, sin el previo recurso a la norma de conflicto, que será la que lleve a cabo la localización de la pretensión en un Estado determinado, cuyo Derecho resolverá el litigio planteado, facilitando la concreta solución sustantiva al supuesto litigioso. [...] En atención a lo expuesto, seguidamente, procederé a valorar la aplicación de las normas de conflicto correspondientes a la categoría jurídica en la que se encuadran las pretensiones de la parte demandante, que, en este caso, son las relativas a la ley aplicable al contrato de cesión de créditos...".

Repárese, asimismo, en la SAP A Coruña 15-6-2015, relativa a un contrato de compraventa de mercancías entre una empresa española y otra portuguesa, llamativa cuando afirma, tras debatir sobre la aplicación de la ley portuguesa, que "... no estaríamos ante un auténtico problema de conflicto de normas a nivel internacional..." (FD 2.º).

Del mismo modo, tampoco son pocas las decisiones que, partiendo de la internacionalidad de la situación, consideran la aplicación de las reglas del Reglamento Roma I que regulan aspectos propios de los contratos internos. Sirva el caso de la SAP Madrid 11-12-2020, relativa a un contrato de transporte marítimo de mercancías: aunque existe un claro elemento de internacionalidad (entrega de la mercancía en el puerto de destino de La Guaira, Venezuela), se apoya el Tribunal para resolver no solo en el artículo 3.1 Roma I, que regula la elección de ley en un contrato internacional, también en el artículo 3.3 Roma I, que se encarga de determinar el alcance de una elección de ley, si bien solo respecto de los contratos objetivamente internos[18]. Lo mismo sucede con la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 13-2-2006, relativa a un contrato de trabajo, apelando erróneamente al artículo 3.3 CR 1980 para atraer al contrato las normas imperativas internas laborales, que solo podían ser introducidas como ley aplicable en defecto de pacto, siendo como

18. La SAP Madrid 11-12-2020 habla de que, "... incluso resultan aplicables sus previsiones (de Roma I) en el caso de que todos los elementos del contrato estén vinculados a un único y mismo Estado miembro, previsión específica del artículo 3.3 Roma I..."; FD único.8).

era un supuesto de carácter internacional y no interno en tanto que la prestación del servicio se llevaba a cabo en Italia[19].

> La aplicación del Reglamento Roma I no se produce, pues, respecto de aquellas obligaciones contractuales que no respondan a un carácter de situación privada internacional, lo que descarta su aplicación, salvo declaración expresa en otro sentido por parte de un Estado miembro (lo que no sucede en el Estado español), respecto de las situaciones privadas interregionales en tanto que situaciones que plantean un conflicto de leyes puramente interno. Cuestión que parece clara para nuestros Tribunales, como lo indica, por ejemplo, la STSJ Cataluña 26-5-2011, en relación con un contrato de arrendamientos de servicios entre dos empresas ubicadas en España donde se planteaba la aplicación del Código Civil o del derecho civil catalán: el TSJ corrigió la mención que había hecho la SAP Barcelona 2-2-2010 (e instancias inferiores) al Convenio de Roma de 1980 para resolver la cuestión, indicando que el Convenio era una "… herramienta fundamental para resolver conflictos de aplicación de las distintas normas privadas de los países signatarios, sin que en ninguno se pueda hacer extensiva la aplicación entre las diversas normas de cariz privado vigentes en un mismo Estado…" (FD 6.º). Los conflictos de leyes se plantean así en un doble plano, el internacional y el interno, que son regulados a su vez por una duplicidad de sistemas: Reglamento Roma I para el internacional y el artículo 10.5 CC para el interregional, que es lo que sucede con la SAP Navarra 15-11-2023, relativa a un contrato interno de préstamo hipotecario celebrado en 2003 entre un particular y Bankia: la SAP identificó la situación como un conflicto de leyes sólo interno y, por ello, y por mediación del artículo 16 CC, aplicó el artículo 10.5 CC, que le condujo, no constando sumisión expresa de las partes en el contrato a un determinado cuerpo normativo, al Código Civil al ser Madrid la vecindad o residencia común de los contratantes (y no a la Compilación Foral de Navarra o Fuero Nuevo)[20]. Y dada la remisión directa que, para resolver el problema de remisión a un sistema plurilegislativo, emplea el artículo 22 Roma I, tampoco cabe la aplicación del artículo 10.5 CC a través del Reglamento Roma I: a diferencia de

19. Véase, asimismo, la SAP Tenerife 19-2-2021, en relación con un contrato celebrado en 2013 entre un particular y Diamond Resorts (Europe) LTD Sucursal en España, donde se elige la ley inglesa. La SAP aplica Roma I, admitiendo la elección, si bien apelando a las exigencias de artículo 3.3 Roma I en tanto que "… en el presente caso, cabe recordar que la relación es empresario-consumidor, que el empresario tiene sucursal y domicilio social en España, que el contrato se firma en España, y que las obligaciones de las partes se vinculan, en tanto se les "asigna", un inmueble en España, de donde indiscutiblemente cabe aplicar la ley española…" (FD 3.º).

20. Véanse, también, por ejemplo, la SAP Navarra 16-11-2001, relativa a un contrato celebrado entre una empresa sita en Navarra y otra sita en territorio del derecho común, en la que se atendió al art. 10.5 CC para resolver el conflicto interno de leyes, antes de afrontar el alcance de una cláusula penal incluida en el contrato (FD 3.º); o la SAP Barcelona 7-7-2011, relativa a un contrato de compraventa celebrado en Cataluña sobre un bien inmueble sito fuera de esta CC. AA. entre dos personas con vecindad civil catalana (FD 4.º), entendiendo el Tribunal que no se aplica el Derecho foral catalán porque el art. 10.5 CC somete los contratos sobre bienes inmuebles a la ley de su situación.

aquellos otros regímenes que emplean un sistema de remisión indirecta a la hora de identificar el Derecho español aplicable, civil o foral, la remisión directa del artículo 22 Roma I supone que la identificación del Derecho español, civil o foral, aplicable, cuando sea la ley española la *lex contractus*, venga determinada por las conexiones contenidas en el Reglamento Roma I y no por el artículo 10.5 CC[21].

Siendo cuestión básica, no existe, no obstante, una definición respecto de qué debe entenderse por conflicto de leyes a efectos de la aplicación del Reglamento Roma I, cuando la realidad muestra las dificultades de su identificación. Lo recuerda la SAP Lugo 30-3-2021: "... hay que advertir la dificultad de llegar a una noción uniforme y los problemas que pueden suscitarse en su interpretación. En particular, la aplicación o no de Roma I en supuestos internos o la circunstancia que se suscita con el artículo 3.3 del Reglamento..." (FD 2.º)[22].

21. FONT I SEGURA, A., "Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba", *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, (directores P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez), Valencia, Tiranto lo Blanch, 2021, pp. 257-259.

22. No es sencillo determinar la relevancia del elemento de extranjería presente. Piénsese en un contrato celebrado entre un nacional extranjero con residencia habitual en Santiago de Compostela que contrata la compra de determinados productos con una empresa española con sede social en esta ciudad; o del contrato entre un español residente en Santiago de Compostela con una empresa española con sede en Vigo, celebrado en España y a ejecutar en Vigo, aunque negociado en Valença do Minho. La nacionalidad extranjera del comprador o el lugar de negociación del contrato permitirían calificar la relación como internacional, del mismo modo que, desde la óptica de la economía del contrato, podría sostenerse su naturaleza doméstica por la menor relevancia del elemento de internacionalidad. Asimismo, y aunque en materia de competencia judicial internacional, véase la *STJUE de 8-2-2024*, As. C-566/22, *Inkreal*, que considera dentro del ámbito de aplicación de artículo 25 R. 1215, regulador de las cláusulas de elección de foro, el caso de un contrato puramente interno respecto del cual las partes, dos empresas eslovacas domiciliadas en un mismo Estado miembro como es Eslovaquia, designaron los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro (Chequia) para conocer cualquier litigio que pudiera surgir entre ellas. Esta elección de foro suele ir acompañada en la práctica de la elección de una ley extranjera. Al respecto, FONT I SEGURA, A., *op. cit.*, pp. 253-257; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Sumisión a Tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012", *La Ley (Unión Europea)*, 123, 2024, pp. 1-6.

3. PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA APLICABILIDAD DEL REGLAMENTO ROMA I

3.1. Ámbito material

La práctica analizada muestra una clara tendencia a la correcta apreciación del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. También en aquellas cuestiones relativas a la Seguridad Social, donde no era infrecuente que los tribunales confundiesen el carácter privado del contrato con las eventuales prestaciones de carácter público de la Seguridad Social, siendo como es materia excluida de este instrumento. Así sucedió, por ejemplo, con la STSJ Galicia 15-10-2015 o STSJ Baleares 4-11-2015, inaplicando el Reglamento Roma I (o el Convenio de Roma de 1980) a las materias de Seguridad Social, que es muestra de esta mejora general, frente a la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 31-5-2004, por ejemplo, relativa a un contrato de trabajo entre una trabajadora española que presta servicios en el Instituto Cervantes Inc. de Nueva York, donde el Tribunal somete a la ley reguladora del contrato de trabajo la determinación del régimen de Seguridad Social aplicable a la prestación de Seguridad Social por maternidad de la trabajadora española.

3.2. Ámbito temporal

3.2.1. Aplicación extemporánea de los artículos 10.5 y 10.6 CC

Más problemas, en cambio, con el ámbito temporal.

Es cierto que la precisión de los jueces y tribunales españoles en cuanto a los criterios temporales de aplicación del Reglamento Roma I es cada vez mayor. Muchas de las resoluciones consultadas hacen referencia expresa tanto a la fecha de celebración del contrato litigioso como a la fecha de la aplicación del Reglamento (esto es, al 17-12-2009), sabiendo que se aplica a contratos celebrados tras esta fecha, que es cuando sustituye al Convenio de Roma de 1980, en vigor desde el 1-9-1993[23].

23. Como muestra, la SAP Lugo 30-3-2021, relativa a un contrato de suministro de leche entre una empresa española y otra portuguesa: "... siendo (Roma I) aplicable a los contratos celebrados desde el 17-12-2009, como ocurre con el contrato objeto de litigio celebrado en Lugo el 1-2-2016..." (FD 2.º); la SAP Barcelona 3-7-2019, relativa a un contrato de agencia comercial, que aplica Roma I una vez "... atendida la naturaleza contractual de la relación jurídica que unía a las partes, así como la fecha de su nacimiento..." (FD 2.º); o, en parecidos términos, la SAP Madrid 11-12-2020, sobre un contrato de transporte marítimo de mercancías (FD único.8). Asimismo, la SAP Navarra 27-6-2016, relativa a un contrato de transporte, corrigiendo a la parte actora: "... alega la parte actora que resulta de aplicación el derecho búlgaro *ex* artículo 10.5 del Código Civil [...] La alegación no puede ser más desafortunada. Al parecer las partes desconocen la existencia del [...] Reglamento Roma I..." (FD 2.º). También es así respecto del Convenio de Roma de 1980, como puede verse en la STS 8-9-2023, que aplica este Convenio a un contrato internacional celebrado antes de 2007 dado que este régimen "... desplazó en el Derecho español al artículo 10.5 CC..." (FD 7.º).

No obstante, sigue sorprendiendo el empleo habitual del artículo 10.5 CC para resolver las cuestiones de ley aplicable a los contratos internacionales, sabiendo como sabemos que solo resulta operativo para contratos celebrados antes del 1-9-1993 (y, a través del artículo 16 CC, para los conflictos de leyes internos). La cuestión no es menor: el Reglamento Roma I (y el Convenio de Roma de 1980) parte de la libre elección de ley, recurriendo, en su defecto, a conexiones objetivas vinculadas a la realidad contractual a la hora de seleccionar la *lex contractus*, mientras que el artículo 10.5 CC admite la elección de una ley solo de hallarse objetivamente conectada con el contrato, empleando, en defecto de pacto, conexiones menos representativas de la vinculación de un contrato con un territorio, como la nacionalidad común de las partes. Sirva el caso de la SAP Pamplona 18-11-2021: aunque el contrato de préstamo se celebró en 2019, la AP aplica el artículo 10.5 CC, considerando válida una cláusula a favor de la ley de Nueva York en tanto que "... la parte actora [...] es una sociedad constituida conforme a la legislación norteamericana, de manera que existe conexión entre las leyes del Estado de Nueva York y esos pagarés garantizados..." (FD 3.º)[24]. Y, lo que nos parece más criticable, puede apreciarse esta práctica errónea también en el Tribunal Supremo. Es lo que puede verse en la STS 14-10-2014, afirmando la aplicación del artículo 10.5 CC (y no del artículo 4 CR 1980, a pesar de invocarlo la parte recurrente) a un contrato de préstamo que concede un ciudadano chino a otro nacional chino celebrado en 2007 y sujeto al derecho chino (FD 6.º); o en la STS 17-4-2015, invocando de nuevo al artículo 10.5 CC respecto de un contrato de cesión de créditos sometido al derecho holandés (FD 1.º).

La sorpresa es mayor si la habitualidad de esta incorrecta forma de actuar se junta con, en ocasiones, la poco ortodoxa puesta en práctica del precepto equivocado. Así sucede en la SAP Madrid 21-7-2023, relativa a un contrato de compra de una vivienda sita en Marruecos y celebrado en 2006 en Uchda (Marruecos) entre comprador británico y vendedor marroquí. A la hora de decidir la aplicación de la ley marroquí o la española, la AP de Madrid no solo aplica el artículo 10.5 CC cuando ya estaba en vigor el Convenio

24. Tampoco la SAP Barcelona 22-3-2023 corrige la utilización por la parte demandada en instancia del artículo 10.5 CC, vigente el Reglamento Roma I, para señalar como aplicable el derecho de la República Dominicana respecto de un contrato de compra de dos apartamentos en 2010. Forma incorrecta de proceder que no es exclusiva del Reglamento Roma I y que puede apreciarse también respecto del Convenio de Roma de 1980. Lo vemos, por ejemplo, en la SAP Madrid 10-2-2024, aplicándose a través del artículo 10.5 CC la ley brasileña elegida (y no el Convenio de Roma de 1980) en relación con tres contratos de reserva de vivienda celebrados con una empresa brasileña en 2007 (FD 2.º); la SAP Murcia 20-4-2020, en relación con unos contratos de reserva (y posterior compra) de unos inmuebles sitos en Brasil celebrados en 2006, apelando al art. 10.5 CC; la SAP Madrid 24-10-2016, en un caso similar de promoción inmobiliaria sita en Brasil y contrato celebrado en España y sometido a la ley española, apelando a un artículo 10.5 CC cuando el contrato se celebró en 2007; o la SAP Alicante 16-6-2021, en relación con la responsabilidad del Banco de Santander al hilo de un contrato de compraventa de vivienda en construcción en Brasil, que, después de calificar como no contractual ciertos aspectos de la reclamación, descarta el artículo 10.5 CC (y no el Convenio de Roma de 1980) a pesar de haberse celebrado el contrato en 2006 ("... la responsabilidad de la demandada dimana [...] no de relación contractual alguna entre los litigantes, por lo que no sería aplicable en el artículo 10.5 CC..."; FD 3.º).

de Roma de 1980 (contrato celebrado en 2006), tampoco parece del todo correcta su puesta en práctica porque decide la no aplicación de la ley española, no por no ser reclamada por ninguna de las conexiones de este artículo, sino por la ausencia de vinculación con el Estado español, ausente como está en el artículo 10.5 CC la conexión de los vínculos más estrechos[25]. En parecidos términos, respecto de un contrato celebrado en 2006, la SAP Madrid 12-2-2024, llegando al artículo 10.5 CC "…al no resultar de aplicación el (Reglamento Roma I), por ser posterior al contrato, (por lo que) habrá de estarse a lo establecido por el artículo 10.5 CC…" (FD 3.º).

Esta misma línea de aplicación extemporánea del artículo 10.5 CC que muestran muchas resoluciones de los jueces y tribunales españoles se extiende, asimismo, respecto del artículo 10.6 CC regulador de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo. Frente a resoluciones correctas como el ATS (Sala de lo Social) 12-1-2010, inaplicando el Convenio de Roma de 1980 por haberse celebrado el contrato de trabajo antes de su entrada en vigor y recurriendo, en consecuencia, al artículo 1.4 Estatuto de los Trabajadores (norma de extensión que acompaña al artículo 10.6 CC), la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 30-3-2012 apela al artículo 10.6 CC para regular una prestación de servicios (vigilancia de la cancillería y de la residencia de la Embajada de España en San Salvador) llevada a cabo desde 1-7-1996 (FD único).

Del mismo modo que existe una tendencia a la resurrección del artículo 10.5 CC para contratos en los que no es aplicable (o el artículo 10.6 CC sobre contratos de trabajo), tampoco es infrecuente que se ignore este artículo cuando sí resulta de aplicación. Sirva el caso de la SAP Barcelona 5-4-2013, aplicando el Convenio de Roma de 1980 a un contrato internacional celebrado en 1987, que debía estar regulado por el artículo 10.5 CC; o de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 22-10-1997, aplicando el artículo 6 CR 1980 a una relación laboral nacida en 1976 y que debía ser regulada por el artículo 10.6 CC, además de confundir ley aplicable con competencia judicial internacional.

25. Como dice la SAP Madrid 21-7-2023: "…se concluye que no existe vinculación alguna de la relación contractual descrita con la nación española o con el Derecho español. Las partes no se someten a Derecho nacional alguno. Pactan sumisión a los Tribunales marroquíes. Ninguno de los contratantes es nacional español, ni tiene residencia en España. El contrato no fue celebrado en territorio español. No se contempla en el contrato que los pagos sean realizados a través de una mercantil española, ni mediante ingreso en un Banco español. Y el inmueble se encuentra en Marruecos. Por lo que la relación contractual no queda sometida a la ley española…" (FD 2.º). También, SAP Málaga 2-4-2024, relativa a un contrato de compraventa suscrito entre una sociedad mercantil marroquí y un comprador inglés residente en Inglaterra, cuyo objeto es un inmueble sito en Marruecos: aunque Cajamar apela a la aplicación de la legislación marroquí *ex* artículo 4 CR 1980 (FD 1.º), hace uso el Tribunal del art. 10.5 CC (cuando el contrato se celebró en el 2006) para llegar a la ley española, no constando sumisión expresa a la ley española ni existiendo punto alguno de coincidencia (residencia de contratantes ni ubicación en España del inmueble) (FD 2.º).

3.2.2. Incorrecta acumulación de regímenes aplicables: régimen comunitario más régimen doméstico

Asimismo, y vinculado con lo expuesto, no es extraño tampoco encontrarse con resoluciones que fundamentan su respuesta en la cita conjunta de los artículos 10.5 o 10.6 CC a la par que las normas de conflicto del Reglamento Roma I (o del Convenio de Roma de 1980). Es lo que sucede, por ejemplo, en la SAP Pontevedra 4-5-2023, relativa a un contrato de préstamo entre un ciudadano residente en Birmendoorf (Zúrich, Suiza) y la entidad Banque Cantonale: al margen de aplicar Roma I cuando debía aplicar el Convenio de Roma de 1980 (el contrato se celebró en 2003), parece querer reforzar su respuesta de aplicación de la ley suiza por sumisión expresa basada en el Reglamento Roma I apelando al artículo 10.5 CC: "... en cualquier caso, aun prescindiendo del citado Reglamento (Roma I), la solución sería exactamente la misma si atendemos a las disposiciones internas, puesto que [...] es el propio Derecho nacional el que, conforme al (artículo 10.5 CC), remite a la ley suiza, en la medida que es la norma a la que las partes se sometieron expresamente, respecto del contrato celebrado en el citado país y en el que era parte entidad bancaria suiza, por lo que la conexión con el negocio no genera duda alguna. Ello al margen de que, en última instancia, la ley suiza sería la ley del lugar de celebración del contrato, a la que se remite el último inciso del artículo 10.5 CC..." (FD 3.º)[26]. Utilización esta equivocada o acumulativa de regímenes aplicables que no es patrimonio exclusivo de algunos jueces o tribunales, también de otros operadores jurídicos, como los abogados de las partes o el abogado del Estado[27].

---

26. Lo mismo sucede en la SAP Pontevedra 10-10-2022, relativa a cuatro contratos de compraventa de mejillón de Portugal a España: el Tribunal se remite a la ley española a título de ley elegida, pero parece necesitar reforzar esta conclusión cuando dice, a modo de reminiscencia del artículo 10.5 CC, "... que, además, se justifica (la aplicación de la ley española) por presentar el contrato vínculos más estrechos con la normativa interna del país del comprador...", conexión objetiva o subjetiva con el contrato que Roma I no exige a la hora de elegir la *lex contractus* (FD único); o la SAP Barcelona 7-3-2017, relativa a un contrato de arrendamiento celebrado en España en 2012, sobre un bien inmueble ubicado en España, suscrito por nacionales de Gran Bretaña (arrendadores) y España (arrendataria), respecto del que se invocan determinados incumplimientos por parte de la arrendataria, apelando tanto al art. 10.5 CC como al Reglamento Roma I. Asimismo, STSJ Baleares (Sala de lo Social) 11-1-2019, esta vez en relación con el artículo 10.6 CC: a la hora de la regulación de una serie de contratos de trabajo de Air Europa con distintos trabajadores, aplica el artículo 8 Roma I a la par que el artículo 10.6 CC (FD 5.º).

27. Sirva de muestra el caso de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-1-2020, relativa a un contrato de trabajo como auxiliar administrativo para el Instituto Cervantes en Tetuán (Marruecos) celebrado en 2011: para justificar la aplicación de la ley marroquí y no de la ley española, el abogado del Estado aduce en su escrito de impugnación "... que la actora fue contratada en Marruecos y allí ha prestado siempre sus servicios, sometiéndose el contrato a la legislación marroquí, pero además, conforme al artículo 10.6 CC en defecto de sometimiento expreso, es de aplicación la ley del lugar donde se prestan los servicios, considerando también de aplicación los artículos 1255 y 1281 CC, así como el artículo 8 (Roma I)..." (FD 2.º). También, STSJ Madrid (Sala de lo Social) 21-5-2019, relativa a un contrato de trabajo entre un trabajador y el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para trabajar en Riad (Arabia Saudí), cuando, a la hora de determinar si a la renuncia al contrato se le aplicaba la ley saudí o la española, el abogado del Estado en su recurso de

Aunque muchas veces el caso se resuelva finalmente de acuerdo con las normas comunitarias, no parece convencer al operador jurídico español una fundamentación basada exclusivamente en la norma europea, empleando la norma doméstica a modo de refuerzo de su argumento. A nuestro entender, esta cita conjunta no es sinónimo de buena práctica, pudiendo dar lugar a muchas confusiones.

> La STS 27-7-2021 es muy significativa de lo que al parecer cuesta desprenderse de una normativa doméstica que ya no es aplicable desde el año 1993. Se trataba de unos contratos de compraventa de participaciones entre distintas sociedades chinas, españolas y hongkonesas, suscritos en 2012. Aunque en el *iter* del caso antes de llegar a casación se apela al artículo 10.5 CC para no considerar la aplicación de la ley de Hong Kong por carecer de vinculación con este país, el TS desecha correctamente la normativa doméstica en favor de Roma I ("... conforme a este régimen conflictual, que dentro de su ámbito material de aplicación ha desplazado en el Derecho español al artículo 10.5 CC..."; FD 7.º). Sin embargo, sigue diciendo que "... no cabe objetar la elección de la ley hongkonesa, como ley aplicable [...], especialmente si se tiene en cuenta que las dos sociedades compradoras, RSQuared y Great China, son de nacionalidad hongkonesa..." (FD 7.º). Lo que llama la atención: primero, porque, aunque afirmó la inaplicación del artículo 10.5 CC, parece vincular la elección a la conexión del contrato con Hong Kong a través de la nacionalidad hongkonesa de las compradoras; y, segundo, porque es el propio TS quien advierte que, en aplicación del artículo 3.1 Roma I, "... la elección de la ley aplicable por las partes no está constreñida a la que presente vínculos más estrechos con el país de la legislación elegida..." (FD 7.º). Repárese, asimismo, en esta misma línea de comportamiento, en la SAP Barcelona 3-7-2019, en relación con un contrato de agencia, cuando dice: "... tal como prevé la norma de conflicto interna (artículo 10.5 CC), el principio general contenido en el Reglamento comunitario, igual que sucedía en el Convenio de Roma de 1980..." (FD 2.º).
>
> Si, como decíamos, esta práctica acumulando regímenes no es positiva por confusa, independientemente de que el operador jurídico español resuelva finalmente a partir de la normativa europea, menos lo es acumular regímenes para aplicar finalmente un régimen que no es. Es lo que sucedió en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra 16-1-2018, respecto de una póliza de seguro suscrita con una entidad aseguradora inglesa: el juzgado de lo mercantil hace mención tanto del Convenio de Roma de 1980 como del Reglamento Roma I para acabar aplicando la ley inglesa a partir del artículo 10.5 CC dado que verifica su conexión con el contrato ("... pues la QBE es de nacionalidad inglesa, tampoco existe ley nacional común ni de residencia habitual, y fue Reino Unido el lugar de celebración de contrato, lo que implica tal conexión y aplicación de ley inglesa..."; FD 1.º).

---

suplicación "... denuncia la infracción del artículo 3 y 8 Roma I en relación con el artículo 10.6 CC..." (FD 3.º).

3.2.3. Aplicación extemporánea del Convenio de Roma de 1980 y/o Reglamento Roma I

En fin, esta confusa manera de abordar el ámbito temporal del Reglamento Roma I no se proyecta exclusivamente en relación con el derecho doméstico. Aunque la mayoría de estas confusiones se producen en torno al artículo 10.5 CC, también pueden verse en relación con la sucesión del Convenio de Roma de 1980 en el Reglamento Roma I, tal como sucede, por ejemplo, en la SAP Barcelona 19-12-2017, relativa a un contrato de distribución no exclusiva de 2008: después de asumir que las partes habían pactado ley en atención al artículo 3 CR 1980, respondió a la apelación aplicando Roma I; o la SAP Bilbao 26-5-2011, aplicando el artículo 3 Roma I a un contrato celebrado en 2005, del mismo modo que sucedió con la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 18-6-2014, cuando menciona, si bien solo como *obiter dicta*, el artículo 8 Roma I (también el artículo 10.6 CC), y no el Convenio de Roma de 1980, a la controversia entre los trabajadores de la Embajada de España en Roma y del Consulado General contra el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación respecto de unos contratos de trabajo celebrados en 2006 y 2007. Significativa es en este sentido la SAP Baleares 31-10-2017, que corrige el régimen aplicado en instancia, reclamando la aplicación del Convenio de Roma de 1980 respecto de un contrato de arrendamiento de un hotel celebrado en 2007 que fue valorado en instancia a partir del Reglamento Roma I y aplicando Roma I a un anexo contractual celebrado en 2015.

3.3. Ámbito espacial

Que el artículo 2 Roma I disponga el carácter universal de este instrumento supone la aplicación de sus reglas, con independencia de que la ley designada por sus normas de conflicto sea la propia de un Estado miembro o aquella de un tercer Estado. Siendo cierto que mucha práctica española tiene claro el concepto de universalidad, siguen existiendo resoluciones que confunden los términos, tal vez por la influencia de otros instrumentos clásicos como el Convenio de Bruselas de 1968 (Reglamento 44/2001 y actual Reglamento 1215/2012), que vienen aplicándose desde el año 1991 sobre los que los jueces y tribunales españoles tienen más experiencia y que, a diferencia del Reglamento Roma I, vinculan la aplicación de sus reglas de competencia judicial internacional a la proximidad de la situación con la UE, dejando en manos de las reglas de competencia del derecho doméstico aquellas otras más alejadas[28].

28. Los ámbitos de aplicación material y temporal del Reglamento 1215/2015 son los únicos elementos a considerar en orden a determinar su aplicabilidad: la ubicación de la materia (en el caso que aquí nos ocupa, las obligaciones contractuales) en el ámbito de aplicación material de este instrumento (ámbito de aplicación material) y el hecho de que la demanda se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado UE después de su entrada en vigor (ámbito de aplicación temporal: 10 de enero de 2015) supone la aplicación del Reglamento 1215/2012 a la hora de valorar la competencia judicial internacional por parte del juez o tribunal español. Ahora bien, la aplicación del Reglamento 1215/2012 no implica necesariamente la aplicación de sus reglas de competencia judicial internacional, esto es, no siempre un juez o tribunal español vinculado por el Reglamento 1215/2012 va a valorar su competencia judicial internacional a partir de las normas

De las que tienen claro que el Reglamento Roma I no realiza esta discriminación, sirva el caso de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-4-2022, sobre unos contratos de trabajo para prestar servicios en Argentina y sometidos a la ley argentina, cuando dice que "... la determinación de la ley aplicable se rige por el Reglamento (Roma I), a pesar de ser la República Argentina un Estado ajeno a la UE..." (FD 1.º). Muy acertada, la SAP Lugo 30-3-2021, cuando dice que "... la interposición de la demanda ante el Tribunal de un Estado Miembro [...] será suficiente para que Roma I sea aplicable como régimen jurídico del o los contratos objeto de litigio. En el presente caso, la demanda rectora se presentó ante los Tribunales españoles, desplegando el Reglamento su aplicación *erga omnes*..." (FD 2.º). De las confusas, por ejemplo, la SAP Madrid 13-9-2012, relativa a un contrato de préstamo sometido a la ley andorrana, cuando entiende que la aplicación del Reglamento Roma I se hace depender de que ambos Estados sean miembros de la UE, desconociendo el carácter universal de sus normas, aunque después se contradice a sí misma al afirmar que "... la ley aplicable es la de Andorra, ya que, conforme al mismo,

---

del Reglamento 1215/2012 cuando se enfrente a una demanda relativa, en el caso que ahora interesa, a materia contractual (ámbito de aplicación espacial). De acuerdo con el artículo 6 R. 1215, "... si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25...". De hallarse el demandado domiciliado en un Estado UE, el órgano jurisdiccional valorará su competencia de acuerdo con las reglas del Reglamento 1215/2012, esto es, el foro general del domicilio del demandado o los foros especiales por razón de la materia, en el caso, el artículo 7.1 R. 1215 relativo a las obligaciones contractuales. Es lo que dice el artículo 5 R. 1215 cuando establece que "... las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo...". En cambio, si el demandado se halla domiciliado en un Estado no miembro de la UE (un tercer Estado), el órgano jurisdiccional valorará su competencia de acuerdo con las reglas de competencia judicial internacional de su derecho autónomo, esto es y respecto del caso español, el foro especial por razón de la materia del artículo 22 quinquies a) LOPJ 2015. Ello es así en tanto en cuanto el Reglamento 1215/2012, al igual que sus predecesores Reglamento 44/2001 y Convenio de Bruselas de 1968, si bien con ligeras modificaciones, distingue entre situaciones comunitarias, cuya valoración a efectos de competencia judicial internacional se hará de acuerdo con las reglas del Reglamento 1215/2012 (artículos 4 a 6 R. 1215), y situaciones no-comunitarias, a valorar a efectos de competencia judicial internacional a partir de las reglas de competencia del derecho propio de cada Estado miembro (artículo 6 R. 1215). Al margen de las excepciones relativas a la sumisión tácita, expresa, competencias exclusivas o ciertos casos relativos a los contratos de consumo, seguros o trabajo (los criterios espaciales difieren del domicilio del demandado, permitiendo la aplicación de las reglas del Reglamento aun cuando se halle el domicilio del demandado en un tercer Estado: artículos 24, 25 y 26 R. 1215), el factor distintivo de unas y otras es el domicilio del demandado, que debería ser entendido como el elemento que conecta la situación litigiosa con la UE y, por ello, con sus soluciones. De acuerdo con lo expuesto, el ámbito de aplicación espacial del Reglamento 1215/2012 no opera realmente como un criterio de aplicabilidad de este instrumento, sino como criterio de selección de normas (las comunitarias o las propias del Derecho autónomo) a partir de las cuales el órgano jurisdiccional de un Estado UE va a valorar su competencia, en el caso, en materia de obligaciones contractuales. Sobre ello, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado* (13.ª ed.), Civitas, Madrid, 2024, pp. 71-83.

la ley que resulte designada por dicho Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro...” (FD 2.º)[29]. Lo mismo sucede con la STS 8-9-2023, relativa a la relación contractual entre Barclays Bank PLC y Petromiralles S. L., sociedad española dedicada a la distribución y comercialización del petróleo, anterior al 2007: aunque afirme el carácter universal del Convenio de Roma de 1980, lleva a la confusión que hable también de que “... ese Convenio vinculaba también al Reino Unido, que fue uno de los países que lo firmaron originalmente...” (FD 5.º). O la SAP Vizcaya 11-10-2006, relativa a un contrato de compraventa de mercancías entre una empresa española y otra de Costa Rica, que entiende la no aplicación del Convenio de Roma de 1980 “... al no constar acreditado que Costa Rica forme parte...” (FD 2.º).

> Más acertada o confusa, la práctica española debe ajustarse al carácter universal del Reglamento Roma I. Otra cosa es que pueda llamar la atención su aplicación no sólo a los supuestos *ad intra*, también respecto de contratos que no presentan un vínculo directo e inmediato con la UE. Puede cuestionarse que la determinación de la ley aplicable a un contrato celebrado entre dos empresas de terceros Estados y que deba cumplirse también en terceros Estados resulte necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior, que es el objetivo que persigue la unificación conflictual (artículo 81 Tratado UE)[30]. No obstante, la línea que sigue el legislador europeo tiene su base en la idea de universalidad, que predica no sólo en el ámbito del derecho patrimonial (Reglamento Roma I y Roma II)[31], también en el propio del derecho de familia (*Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias*, por ejemplo).

3.4. Ámbito relacional

3.4.1. En general: artículo 25 Roma I

La práctica analizada es cada vez más consciente de que el Reglamento Roma I convive con otros Convenios internacionales en materia contractual, como bien recuerda la SAP Lugo 30-3-2021 cuando habla de “... panorama normativo más complejo en la medida que existen Convenios internacionales que completan al Reglamento Roma I como el Convenio sobre compraventa de mercaderías o las distintas Directivas existentes sobre

29. También la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 30-3-2012, que no aplica el Convenio de Roma de 1980 a una prestación de servicios ejecutada desde 1996 porque “... los elementos a considerar no vinculan a varios Estados miembros de la Unión Europea, y por ello no es de aplicación el Convenio de Roma, sino las reglas de conflicto del Derecho español...” (FD único).

30. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, n.º 6957, 2008, par. II.1.

31. *Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)* (DOCE L 199/40, de 31 de julio de 2007), aplicable a partir de su fecha de aplicación (11 de enero de 2009; art. 32 Roma II) a los daños originados desde esta fecha (art. 31 Roma II).

diferentes aspectos…" (FD 2.º). Derogados los Convenios anteriores celebrados exclusivamente *entre* Estados miembros, el respeto a los compromisos internacionales contraídos por los Estados UE mantiene plenamente aplicables los Convenios previos (bilaterales o multilaterales, generales o especiales) que vinculan a Estados miembros con terceros Estados y que contienen normas de conflicto en el ámbito contractual (artículo 25 Roma I). Lo vuelve a recordar la SAP Lugo 30-3-2021, que tiene clara esta regla de compatibilidad (FD 2.º).

> La solución ofrecida por el legislador comunitario es la que es. No es perfecta: puede suponer un obstáculo para una plena uniformidad conflictual de los contratos a nivel comunitario; e, incluso, problemas de coherencia con la regulación de Roma I (por ejemplo, el artículo 3.2 *Convenio de La Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales* remite a la ley interna del país en el que el comprador tuviere su residencia habitual, si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio). Pero puede tener sus ventajas, aunque es cierto que su limitado número no ayuda a este objetivo: representan una oportunidad de cooperación con los terceros países a la espera de que la UE desarrolle *su propia* red de relaciones exteriores en este sector (evitando además que los Estados miembros estén obligados a denunciarlos)[32].

La práctica analizada no planteó ningún caso de compatibilidad entre Reglamento Roma I y Convenio previo con normas de conflicto en el ámbito contractual. Primero, porque no son muchos: hablamos del *Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación* y del *Convenio de La Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales*. Y, segundo, porque España no los tiene en vigor. Del mismo modo, tampoco se planteó en la práctica analizada ningún caso de compatibilidad del Reglamento Roma I con algún Convenio cuya entrada en vigor fuese posterior a aquella del instrumento comunitario: dado que, en relación con los *futuros* Convenios, la materia pasa a ser competencia comunitaria, el régimen aplicable preferente dependerá de la regla de convivencia negociada entre la UE y los terceros Estados firmantes del Convenio.

Sí hay casos de compatibilidad, en cambio, con los Convenios de derecho uniforme, básicamente: el *Convenio de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque* (Reglas de La Haya-Visby), el *Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías* y el *Convenio de 1956 relativo al contrato de transporte internacional* de *mercancías por carretera* (CMR). Aunque la referencia del artículo 25 Roma I no es a Convenios de derecho uniforme, su convivencia con Roma I sigue las mismas reglas expuestas[33].

---

32. Sobre ello, FRANZINA, P., "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, marzo 2009, p. 96.

33. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit*., par. II.4.

De la práctica analizada, pueden destacarse los siguientes aspectos.

3.4.2. Respecto de Convenios de Derecho uniforme

Sigue existiendo alguna resolución que ignora la existencia del Convenio de Derecho uniforme, tal como puede verse, por ejemplo, en la SAP Ourense 9-6-2015, que desconoce el Convenio de Viena de 1980 a la hora de resolver respecto de un contrato de compraventa de una máquina cortadora de piedra; o la SAP Barcelona 15-6-2005, que hizo lo propio para acabar aplicando el Código de Comercio español, a pesar de la existencia de una cláusula expresa a favor de la ley alemana, a una compraventa internacional celebrada entre dos empresas con establecimientos en España y Alemania. No obstante, la evolución de la práctica española atendiendo a la aplicación de estos Convenios y de su convivencia con el Reglamento Roma I es muy positiva. Que estos Convenios afecten a materias estadísticamente tan importantes como los contratos de compraventa de mercancías y el transporte de mercancías permite explicar el menor número de decisiones españolas que resuelven cuestiones contractuales sobre estas materias a partir de las normas de conflicto del Reglamento Roma I (o Convenio de Roma de 1980). Lógicamente, la toma en consideración de estos Convenios parte de su vigencia en España, imposibilitando su aplicación de no estar ratificado aquí, como bien recuerda la STS 6-7-2020, que descarta la aplicación al caso de la *Convención de Nueva York de 1974 sobre la prescripción en materia de compraventa internacional* de *mercaderías* porque "... no fue ratificada ni por España ni por Alemania, (por lo que) no procede su aplicación al caso..." (FD 3.º).

Siguiendo esta correcta apreciación, la práctica analizada no cuestiona la prevalencia del Convenio de Derecho uniforme. Lo vemos, por ejemplo, en la STS 6-7-2020, en relación con un contrato que tenía por objeto la fabricación, instalación y puesta en funcionamiento de un aparato industrial: después de verificar la ubicación de este contrato en el ámbito material del Convenio de Viena, afirma su prevalencia frente al Convenio de Roma de 1980 atendiendo al artículo 21 CR 1980 (el equivalente al actual artículo 25 Roma I). Lo mismo sucede con la SAP Vizcaya 5-7-21, esta vez en relación con un contrato de transporte de mercancías desde Amorebieta hasta la localidad francesa de Castelsarrain, que entiende preferentemente aplicable el CMR respecto del Reglamento Roma I. Y así muchas otras[34].

---

34. Lo mismo sucede en la SAP Lugo 30-3-2021, que analiza el Convenio de Viena por ser preferente, si bien descarta su aplicación al caso por una cuestión de vigencia temporal; o la SAP Cádiz 21-7-2015, cuando indica, tras hacer referencia al artículo 4 CR 1980, que "... lo cierto es que tal aplicación es en todo caso subsidiaria respecto de la normativa contenida..." en el Convenio de Viena de 1980 (FD 1.º). O con la SAP Alicante 17-11-23, respecto de un contrato de transporte desde Geel (Bélgica) hasta Benijófar (Alicante), que considera la aplicación preferente del CMR, pero que descarta porque el objeto del transporte son muebles y enseres particulares (en el contrato se denomina mobiliario), lo que está excluido de este Convenio (artículo 1.4.c CMR) (FD 2.º). Asimismo, la SAP Valencia 11-10-2022, ahora respecto de un contrato de transporte marítimo de galletas desde España hasta Nueva Jersey, que aplica el Reglamento Roma I solo después de descartar la aplicación preferente del Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimientos

La puesta en práctica por parte de los jueces y tribunales españoles de las reglas de aplicabilidad del Convenio de Derecho uniforme que se trate también suele ser correcta. Puede verse en relación con el CMR, como sucede, por ejemplo, con la SAP Vizcaya 5-7-2021, que lo aplica porque "… es un transporte por carretera de carácter internacional…" (FD 2.º); o, en términos parecidos, la SAP Lleida 26-10-2022. Y también en relación con el Convenio de Viena de 1980. El criterio de aplicabilidad empleado que más aparece en las resoluciones analizadas es aquel de la ubicación de los establecimientos de las partes contractuales en Estados parte del Convenio (artículo 1.a CV), esto es, y en tanto que normas materiales especiales independientes, aplicabilidad del Convenio sin necesidad de recurrir a ninguna norma de conflicto[35]. La mayor parte de las veces utilizado de manera precisa, como lo hace, por ejemplo, la STS 6-7-2020: "… el contrato es internacional porque las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y la Convención es aplicable porque ambos Estados (España y Alemania) eran Estados contratantes en el momento de la celebración del contrato […]. La Convención entró en vigor en Alemania el 1-1-1991 y en España el 1-8-1991…" (FD 3.º). Y otras, en cambio, de manera más imprecisa. Sirva el ejemplo de la SAP Lleida 26-3-2019, cuando, en vez de apelar a los establecimientos en Estados parte, habla de que la "… vendedora es una empresa suiza y la compradora es una empresa española…" (FD 3.º), lo que no es correcto porque nacionalidad y sede no siempre son coincidentes.

Ilustrativa de esta aplicación correcta es la SAP Madrid 17-2-2015, relativa a un contrato de compraventa de mercancías entre comprador español y vendedor italiano: la AP aplicó el Convenio de Viena "… porque las partes tenían sus sedes en dos Estados contratantes diferentes…", rechazando el argumento del comprador, que lo entendía como inaplicable basándose en que "… el contrato de compraventa no era un contrato internacional, ya que se celebró en España, el precio había sido pagado con cheque español y el vendedor tenía sus propias oficinas de ventas en España…" (FD 2.º).

---

de embarque en tanto que el contrato litigioso se formalizó a través de un *sea waybill*; o la SAP Murcia 8-2-2024, que, si bien considerando su aplicación preferente, descarta el CMR en relación con una acción de reclamación de cantidad derivada de un contrato de transporte porque se desarrolla una parte en carretera (entre Orihuela-Alicante y Orán-Rouiba) y otra por vía marítima (puerto de Alicante-puerto de Orán), siendo aplicable el CMR solo "… cuando el trayecto completo se desarrolla por carretera entre distintos Estados…" (FD 2.º). A diferencia de la STS 28-6-2022, relativa a un contrato de transporte de 2013 desde Novorossiysk (Rusia) hasta Vilanova i la Geltrú (España), donde sí se aplican las Reglas de La Haya contenidas en el Convenio de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas normas relativas a los conocimientos de embarque: aunque se aplican a través de una cláusula Paramount, el TS reconoce que, "… conforme al artículo 25.1 (Roma I), […] no había impedimento para la aplicación al caso del Convenio de Bruselas de 1924 y sus Protocolos…; puesto que como el conocimiento de embarque se emitió en Rusia y este Estado es signatario del Convenio de Bruselas y sus Protocolos de 1968 y 1979, los textos convencionales se habrían aplicado igualmente, con independencia de la cláusula *paramount*…" (FD 3.º).

35. Así, por ejemplo, Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada 11-5-2012.

Aparece menos en la práctica española la posibilidad de aplicación del Convenio de Viena de 1980 a título de normas materiales especiales dependientes, esto es: aplicación del régimen convencional, en caso de que alguna de las partes no tuviera su establecimiento en un Estado parte, de pertenecer la *lex contractus* a un Estado parte del Convenio de Viena (artículo 1.b CV). Y ahora sí, vuelve a ser relevante el régimen del Reglamento Roma I, que introduciría las reglas de Convenio, con independencia de que no fuese el Convenio, sino el Reglamento, el régimen aplicable. Lo vemos, por ejemplo, en la SAP Lugo 30-3-2021, que valoró la aplicación del Convenio de Viena por esta vía alternativa, que descartó porque el Reglamento Roma I remitía a la ley portuguesa, no contratante del Convenio de Viena en aquellos momentos (otra cosa es que la ley portuguesa no se aplicara finalmente por un problema de prueba del derecho extranjero, aplicándose subsidiariamente la ley española, estando aquí como estaba sí vigente el Convenio de Viena)[36]. Todo ello, siempre que las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, no rechacen la aplicación del Convenio de Viena en aquellos casos en los que *lex contractus* sea aquella de un Estado que sí lo haya firmado, como sucede con la SAP Barcelona 19-12-2017, cuando las partes, que se remiten para regular su contrato de distribución no exclusiva de productos químicos a la aplicación de la ley belga, lo hacen "... con exclusión del Convenio de Viena de 1980..." (FD 2.º), al igual que la SAP Barcelona 31-7-2023, en relación con un contrato de franquicia (FD 3.º), y a diferencia de la STS 6-7-2020, en la que se aplica el Convenio de Viena después de comprobar que "... las partes no han excluido su aplicación..." (FD 3.º)[37].

En cualquier caso, la práctica española es consciente del carácter incompleto del Convenio de Derecho uniforme, recurriendo correctamente al régimen conflictual correspondiente para determinar la ley aplicable al aspecto excluido de la norma material especial convencional o no regulado. Frente a una STS 5-6-2014 que, sin apoyarse en los regímenes conflictuales, atiende a los artículos 74 a 77 y 79 CV como normativa material que regula del incumplimiento del contrato[38], así lo hizo la STS 6-7-2020, aplicando el

---

36. La SAP Lugo 30-3-2021 se refiere a esta posibilidad: "... cuando en virtud de las reglas de Derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado contratante..." (FD 2.º), que descartó, porque "... si bien Portugal se adhirió a dicho texto internacional el 23-9-2020, tras el dictado de la sentencia de instancia, no entrará en vigor en dicho país hasta el 1-10-2021...". Lo mismo sucede con la SAP Barcelona 7-6-1999, relativa a un contrato de compraventa entre empresa española e inglesa, ahora para justificar la aplicación del Convenio de Viena, al remitirse el Convenio de Roma de 1980 a la ley de un Estado contratante (ley española como aplicable al caso en tanto que era España el país de entrega de la mercancía, prestación característica del contrato). Introducción del régimen convencional a través de la remisión de Roma I a una *lex contractus* que incorpora al derecho nacional las reglas convencionales, como sucede en la SAP Madrid 11-12-2020, relativa a un contrato de transporte marítimo de mercancías, donde, operando la ley inglesa como la *lex contractus*, se aplican finalmente las normas y principios de las Reglas del Convenio de La Haya-Visby porque "... esa legislación (la inglesa), para el transporte marítimo internacional, se remite a la aplicación..." de esta normativa convencional (FD único.9).

37. Véase, asimismo, SAP Barcelona (Sala de lo Social) 1-6-2017.

38. El supuesto que dio lugar a la STS 5-6-2014 hacía referencia a una tripleta de contratos entre una empresa, en Bélgica, dedicada a fabricar y vender quesos industriales, y otra, Freigel

artículo 4 CR 1980, que le conduce a la ley alemana para regular la prescripción de las acciones en tanto que aspecto no incluido en el Convenio de Viena de 1980, que era el régimen aplicable preferente. Lo mismo puede verse en la SAP Zaragoza 6-11-2018, en relación con un contrato de transporte de mercancías por carretera regulado por el CMR como régimen preferente: recurrió a la *lex contractus* vía Roma I para regular el régimen de la acción directa en tanto que "... el Convenio CMR dista de ser una realidad jurídica acabada y omnicomprensiva de todas las relaciones jurídicas que una relación de transporte, más amplia que un contrato de transporte, pueda originar..." (FD 3.º)[39]. Asimismo, SAP Toledo 25-9-2024, resolviendo demanda por reclamación de cantidad en relación con un contrato de transporte entre Chistian Cargo Trans. S. L. frente a la mercantil grupo Duomo por el impago de los transportes efectuados por la demandante Cargo en su condición de interviniente en la cadena de subcontratación (la entidad Duomo, cargador principal, contrató el servicio de transportes referido con la transportista Dimasis Truck S. L., quien a su vez contrató con la demandante Cargo para que esta última se hiciera cargo de los transportes efectivos): sobre el régimen de la acción directa y la prescripción, combina la aplicación del CMR con el art. 5 Roma I.

3.4.3. Respecto de otras normativas comunitarias: artículo 23 Roma I

No son desconocidos tampoco aquellos casos en los que el Reglamento Roma I concurre con otras normas comunitarias que, en relación con materias particulares, contienen reglas de conflicto relativas a obligaciones contractuales, cuya aplicación resulta

---

Foodsolutions, SA, domiciliada en Sant Fruitós de Bages (Barcelona), dedicada a la elaboración de productos cárnicos y pastas, negándose la compradora a recibir las mercancías y pagar su precio tras el incendio de su establecimiento. Lo mismo puede verse en la STS 9-7-2014, recurriendo a los artículos 35, 38-40 y 79-79 CV, al hilo de un contrato de compraventa de mercancías suscrito por Ramón Sabater SA, sociedad española con sede en Murcia, dedicada a la producción, procesado y comercialización de pimentón, especias y hierbas culinarias y medicinales, que suministró a IFF Nederland pimentón rojo con presencia de colorantes ilegales. Asimismo, SAP Palencia 9-9-2014, aplicando los artículos 18, 19, 74 y 75 CV respecto del incumplimiento de un contrato de compraventa internacional de mercancías para la compra recíproca de café entre una empresa española y otra alemana; o la SAP Pontevedra 6-10-2014, contrato de compraventa con mercancía defectuosa (filetes de bacalao congelado tipo Pacific), aplicando los artículos 25, 35, 45-51 y 68 CV.

39. Resolución esta de la SAP Zaragoza, seguida asimismo por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Lleida 26-5-2021, que acude al artículo 5 Roma I regulador de la ley aplicable al contrato de transporte, que le conduce al derecho español, que sí la regula. También, SAP Vizcaya 5-7-2021, que aplica la ley francesa a través de este artículo 5 Roma I a un contrato de transporte entre España y Francia en tanto que la acción directa no la regula el CMR, régimen que aplica con preferencia; o la SAP Barcelona 22-11-2021, muy gráfica: el CMR no regula "... ni la obligación de pago del cargador ni la responsabilidad del cargador frente a los sucesivos porteadores..." (FD 3.º); "... el contrato de transporte internacional se rige, primero, por el propio Convenio CMR, pero el CMR no regula todas las facetas del contrato de transporte. Por lo tanto, en todo lo que no esté regulado por este instrumento internacional, habremos de acudir a la norma nacional aplicable. En el marco de la UE, esa norma viene determinada por lo previsto en el artículo 5.1 Reglamento Roma I...", aplicando finalmente la ley española solo después de verificar que la norma interna española no contradice ninguna disposición del CMR.

salvaguardada por el legislador europeo (artículo 23 Roma I). Sirva el caso de la STS 20-7-2021, relativa a un contrato de transporte de viajeros (caso Ryanair), que, a la hora de declarar como abusiva de la cláusula *art. 2.4 Ley aplicable y jurisdicción*, apela a las distintas directivas comunitarias de consumo (Directiva 93/13/CEE)[40], extendiéndola respecto de cualquier contrato de consumo, se halle protegido o no por el artículo 6 Roma I: una cláusula puede ser abusiva si designa una ley distinta de la que sería aplicable en defecto de pacto. No lo hizo así la SAP Madrid 26-7-2017, a la que casa, que calificó el contrato como de transporte de pasajeros y no de consumo, desechando el artículo 6.2 Roma I y la aplicación de la ley de residencia del consumidor como ley de base, concluyendo en la aplicación de la ley irlandesa como ley elegida y en el carácter no abusivo de la cláusula de ley aplicable de los billetes de avión de Ryanair.

40. *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (DOCE 21-4-1993).

4. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO: EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

4.1. General: ley aplicable al fondo del contrato y ley aplicable a la forma y a otros aspectos

La práctica analizada muestra la línea de actuación de los jueces y tribunales españoles a la hora de identificar la ley aplicable al fondo del contrato, ya sea a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, bien a partir de las reglas de determinación de la *lex contractus* en defecto de pacto. Además de los aspectos relativos al fondo del contrato, conviene recordar, no obstante, que tanto el Convenio de Roma de 1980 como el Reglamento Roma I regulan otros aspectos vinculados a la relación contractual y que no son estrictamente fondo, también tratadas en algunas de las resoluciones de la práctica española analizada. Sirva el caso de la SAP Las Palmas de Gran Canaria 15-1-2013, sobre la ley aplicable a la forma de un contrato de donación de un bien inmueble entre nacionales finlandeses situado en Las Palmas (España), aplicando un artículo 11.5 Roma I que le conduce a la aplicación de la ley española y, con ello, a la exigencia de escritura pública (FD 2.º), del mismo modo que hace la SAP Barcelona 31-10-2017, en relación con la donación de una finca sita en Suecia, sometida a las solemnidades del lugar donde radica el bien inmueble (ley sueca). También, esta vez en relación con la capacidad de los contratantes, la SAP Las Palmas de Gran Canaria 15-10-2015, sobre la incapacitación de uno de los contratantes por ausencia de intervención de su tutor al hilo de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, atendiendo al art. 13 Roma I (FD 3.º); o la SAP Barcelona 27-3-2020, donde se plantea la ley aplicable a la existencia y validez de un contrato de prestación de servicios por una entidad de crédito extranjera (Barclays Bank) en atención al art. 8 CR 1980. Asimismo, la SAP Murcia 18-3-2010, en relación con un contrato de compraventa de pescado (arenques) entre una empresa vendedora irlandesa y otra compradora española, afrontando la calificación de los intereses como procesales o de mora a fin de ubicarlos en el ámbito de aplicación de la ley del proceso o de la ley del contrato, que sería la ley irlandesa (FD 4.º).

4.2. Elección expresa de ley

Entrando ya en la cuestión relativa al fondo del contrato y como no podría ser de otra manera, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual es una realidad presente en la práctica española aplicativa del Reglamento Roma I y perfectamente asumida por los jueces y Tribunales españoles, los cuales, al amparo del artículo 3 Roma I y reglas especiales (también del Convenio de Roma de 1980), entienden como ley aplicable al contrato la ley estatal elegida expresa o tácitamente por las partes contratantes (Considerando núm. 11 Roma I)[41].

41. Como muestra, Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria 17-2-2011, considerando la sumisión del contrato de seguro a la ley inglesa, como ley pactada entre las partes en atención al artículo 7.2 Roma I.

Por lo que respecta a la ley elegida seleccionada expresamente por los contratantes, la primera exigencia requerida por la práctica analizada tiene que ver con la claridad de la elección, como indica la STS 20-7-2017, que por su ausencia entiende la no aplicabilidad del Derecho inglés por falta de consentimiento del contratante adherente (FD 7.º). Y esta claridad, con independencia de que, como puede verse en los contratos que dan lugar a esta práctica, sean múltiples las formas en las que esta cláusula se halla redactada. Por un lado, supuestos en los que la redacción es sencilla. Sirva el caso de la SAP Pontevedra 10-10-2022, relativa a cuatro contratos de compraventa de mejillón desde Portugal a España, remitiéndose a través del artículo 3 Roma I a la "... la aplicación del Derecho español como ley material aplicable al contrato, como ley elegida por las partes..." (FD único). O de la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 27-5-2019, sobre un contrato de trabajo con Ryanair, que relaciona los apartados 19 y 33.1 del contrato dedicados a ley aplicable, entendiendo que "... la relación laboral se regirá por las leyes en vigor y en su versión modificada en la República de Irlanda..." (FD 2.º). Frente a ellos, otros casos en los que la redacción es más compleja, aunque también inequívoca de la voluntad de las partes de someter su contrato a un concreto ordenamiento jurídico. Sirva el caso ahora de la STSJ Madrid 13-2-2006: la ley elegida es la ley italiana porque, aunque ausente la referencia a la "ley italiana" en estos términos, existe una cláusula del contrato de sumisión a la "... legislación local vigente..." (FD 6.º), debiendo cumplirse el contrato íntegramente en Italia. Lo mismo en la STS 27-12-2006: posible elección de la ley española de considerar la existencia en el contrato de una cláusula que determine que se rige por la ley del Estado ante cuyos tribunales se interponga la demanda, presentándose esta en España (FD 2.º). Mención especial merece la llamada *construction clause*, que es frecuente en contratos internacionales redactados en inglés, como sucede en el contrato que da lugar a la STS 8-9-2023, donde se valora una cláusula del estilo en la cláusula 21 del *Terms of Business* de los contratos que dieron lugar al litigio entre Barclays Bank y la empresa Petromiralles: *this "... agreement shall be governed by and construed in accordance with English law..."* (FD 5.º), cuya lectura debe ser asimismo conflictual. También, en la SAP Barcelona 19-12-2017, relativa a un contrato de distribución no exclusiva, remitiéndose a la ley belga por elección expresa: aunque el Tribunal se equivoca en cuanto al régimen aplicable (debería haber aplicado el Convenio de Roma de 1980 al ser un contrato celebrado en 2008, y no, como hace, el Reglamento Roma I), responde correctamente al entender que "... la legitimidad del pacto de sumisión a Derecho belga contenido en la referida cláusula 14.6 del contrato, se encuentra plenamente avalada por lo dispuesto en el artículo 3.1 Roma I, por el que se autoriza la "libertad de elección", de manera que "el contrato se regirá por la ley elegida por las partes..." (FD 2.º). Lee así en clave conflictual la cláusula 14.6 del contrato cuando estipula que "*... this agreement shall be governed by, and shall be construed in accordance with, the laws of Belgium...*" (FD 2.º).

Al margen de cuestiones relativas a la forma, la identificación como *lex contractus* de la ley pactada expresamente no está sometida a ninguna condición de proximidad. De ahí que la STS 8-9-2023 estime correctamente que "... la ley designada por pacto entre las partes (ley inglesa, en el caso) se aplica con independencia de la residencia, domicilio o nacionalidad de las partes y de cualquier otra circunstancia relativa al contrato (lugar

de celebración, ejecución, etc.)…" (FD 5.º). No tanto cuando parece vincular esta elección a "…especialmente si se tiene en cuenta que la sociedad que debe realizar la prestación característica del contrato (venta del producto de cobertura de divisas) es un Banco inglés…" (FD 5.º): son palabras que confunden en tanto que es irrelevante a la hora de que exista o no una elección expresa la existencia o no de otros elementos que la refuercen.

4.3. Elección tácita de ley

Del mismo modo que una elección expresa, la práctica española recoge supuestos en los que esta elección, tal como dice la SAP Barcelona 19-12-2017, puede "…resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso…" (FD 2.º).

Dos son las formas de manifestación de la sumisión tácita a ley que pueden verse en la práctica analizada.

La primera, a través de la litigación por los contratantes en los términos de un concreto ordenamiento jurídico: normalmente, que una parte argumente de acuerdo con el derecho español, contestando la otra parte apelando también al mismo derecho español. En algunos casos, sin modificación de una previa elección expresa de ley, como es el caso, por ejemplo, de la SAP Barcelona 3-3-2004, determinando la aplicación del derecho colombiano por el consenso de las partes manifestado en la audiencia previa. Y en otros, modificando tácitamente una elección previa expresa de ley. Es lo que pasó en la SAP Barcelona 19-5-2023, relativa a un contrato de compraventa de participaciones sociales de una sociedad de capital constituida en Rumanía: entiende primeramente aplicable el Derecho rumano porque las partes habían elegido este ordenamiento jurídico, que modifica a favor de la ley española por elección tácita en tanto que "…la actora prescinde del derecho rumano y pretende obtener la nulidad del contrato por simulación alegando única y exclusivamente el Código Civil español. Por su parte, la demandada nada ha dicho en su escrito de contestación a propósito de la ley aplicable, ni ha hecho valer la cláusula transcrita, exponiendo su defensa de forma exclusiva con base en el Derecho español. Habida cuenta la actuación de ambas partes al respecto, entendemos que, no obstante la cláusula contractual que designa como ley aplicable la rumana, las partes, tácitamente, han dejado sin efecto dicha cláusula y han sometido el contrato al Derecho español…" (FD 3.º). También, la SAP Ávila 12-6-2013, relativa a tres contratos entre una empresa española y otra libanesa: tras descartar por voluntad de las partes el Convenio de Viena (artículo 6 CV), litigar en primera instancia en términos del Código Civil español supuso el sometimiento de estos contratos a la ley española. O la STSJ Baleares (Sala de lo Social) 1-6-2017, relativa a un contrato de trabajo sometido a la ley alemana. En instancia, el juzgado de lo social aplicó el derecho alemán, aunque no fue acreditado y ninguna de las partes lo invocó, mientras que el TSJ, sin embargo, dice: "En el presente caso, con independiente del pacto contenido en el contrato de trabajo sobre sometimiento al Derecho alemán, parece evidente que hubo una posterior elección tácita, que resulta de manera inequívoca de las circunstancias del caso, pues a la demanda formulada por el demandante invocando el Derecho español se opuso la

empresa con fundamento en el Derecho español, lo que evidencia sin lugar a dudas una voluntad común de que la cuestión fuera resuelta aplicando el Derecho español" (FD 3.º).

La segunda forma de manifestación de sumisión tácita observada en la práctica analizada resulta de la deducción por indicios. Tal es así en la SAP Barcelona 3-7-2019, relativa a un contrato de agencia comercial: el tribunal, tras verificar la ausencia de elección expresa y previamente a acudir al artículo 4 Roma I sobre ley aplicable en defecto de pacto, comprueba una posible sumisión tácita, que entiende existente deduciendo la voluntad de aplicación de la ley española a partir de una serie de indicios: "... el hecho de haber sido suscrito el contrato en España y no en Alemania [...]; utilizando la lengua castellana y no la alemana; omitiendo toda referencia a cualquier otra legislación que pudiera ser de aplicación y la conducta posterior de la joyería al someter a la legislación española sus relaciones con el agente (sustituto)..." (FD 2.º). O la SAP Alicante 12-12-2002: elección implícita de la ley alemana en relación con un contrato de fiducia en un caso en el que los litigantes son alemanes, desconocen el idioma castellano, el contrato se halla redactado en alemán y se alude a concretas figuras jurídicas del derecho alemán (FD 4.º)[42].

La actuación de los tribunales en estos casos en cuanto a la selección de los indicios relevantes es correcta en tanto que no existe una lista orientativa de los indicios a valorar. En cualquier caso, la valoración de los "... términos del contrato o de las circunstancias del caso..." del artículo 3 Roma I tiene como objetivo verificar la posible existencia de una voluntad de las partes a favor de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico. Lo que significa que la acumulación de elementos vinculando un contrato a un ordenamiento jurídico no equivale necesariamente y en todo caso a una voluntad: su lectura puede ser también solo objetiva, esto es, en clave de evaluación de vínculos más estrechos. Ni que todos los indicios tengan el mismo peso: en materia contractual, el peso de la nacionalidad de los contratantes o la lengua del contrato debe ocupar un lugar distinto que el lugar de ejecución del contrato, por ejemplo. Mención especial merece el juego de una cláusula de elección de foro a la hora de valorar una posible elección tácita de ley. Recuérdese que la propuesta de la Comisión había considerado que la elección por las partes de los tribunales de un Estado como foro competente presuponía la elección tácita del derecho material de dicho Estado como ley aplicable al contrato[43]. No piensa lo mismo el legislador de Roma I, quedándose como un índice

42. Asimismo, por ejemplo, STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 17-12-2009, en relación con un contrato de trabajo para realizar labores de gerente en una empresa de promoción inmobiliaria desde 2005, aplicándose la ley danesa a partir de los términos del contrato; o la SAP Pontevedra 10-7-2008, aplicando la ley venezolana.

43. Véase *Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentada por la Comisión, COM (2005) 650 final, punto 4.2 en relación con el art. 3: "... Si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que pueden surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley de este Estado miembro...".

o factor más a tener presente por los jueces a la hora de decidir si hubo una elección tácita, lo que nos parece razonable. Aunque sin matizar demasiado, este es el sentido que parece darle la SAP Madrid 22-12-2021, relativa a un contrato de compraventa de bobinas de acero, a la elección de los tribunales italianos: "... en cuanto al resto del contrato, también cabe inferir una elección implícita parcial (a la ley italiana) por sumisión semi expresa a los Tribunales italianos. Un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato" (FD único). Lo mismo puede verse en la SAP Sevilla 21-11-2024, relativa a un contrato de compraventa a construir en Portugal, empleando, entre otros elementos, la elección de foro a favor de los tribunales de Sevilla, para justificar la sumisión tácita a la ley española: "... este Tribunal considera que de los términos del contrato que se celebró en Sevilla, localidad en la que tienen su domicilio los administradores mancomunados de la promotora y la compradora, contrato en el que se pacta la sumisión a los Tribunales de Sevilla y que se acuerda el ingreso de las cantidades a cuenta del precio de la compraventa en una sucursal de la entidad BBVA en Sevilla, se deduce la elección de las partes de la legislación española..." (FD 2.º).

En tanto que así lo contempla el Reglamento Roma I, nada que objetar a la sumisión tácita siempre que de los términos del contrato o de las circunstancias del caso se deduzca una voluntad inequívoca a favor de la aplicación de una ley: es una posibilidad que establece el legislador europeo y así hay que asumirlo. No obstante, elementos como el tratamiento procesal del derecho extranjero, ajenos todavía a la regulación por parte del legislador europeo, en combinación con un sistema basado en el principio de la autonomía de la voluntad como es el propio del Reglamento Roma I, pueden influir en el comportamiento de los contratantes o dirigir de manera más o menos consciente sus actuaciones. Y ello es relevante en cuanto a su interacción con la sumisión tácita a favor de la ley española. La práctica analizada aplicativa del Reglamento Roma I (también respecto del Convenio de Roma de 1980) sigue la línea de la jurisprudencia mayoritaria en este tema. Primero, necesidad de prueba del derecho extranjero para su aplicación, como puede observarse, por ejemplo, en la SAP Madrid 23-7-2021, donde se aplicó la ley suiza, cuya regla relativa al plazo de prescripción quedó acreditada para el Tribunal "... aunque la prueba del Derecho suizo en este punto es un tanto débil y se ha limitado a la declaración testifical de la letrada..." (FD 5.º); o la SAP Madrid 20-2-2014, aplicando el derecho de Hong Kong en relación con un contrato de arrendamiento de servicios de asesoramiento, porque "... entendemos que dicho Derecho ha quedado acreditado en forma suficiente a través del referido afidávit..." (FD 2.º)[44]. Y, segundo,

44. Es lo que dice la SAP Madrid 23-7-2021, en relación con los trabajos de estiba realizados en el aeropuerto de Basilea (Suiza) para la carga en dos aviones de seis tuberías de grandes dimensiones (destinadas a un gaseoducto) para ser transportadas desde Basilea a Viru Viru (Bolivia); en la STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 6-10-2015, se procede a la aplicación del derecho inglés tras haberlo probado la parte interesada; del mismo modo que la SAP Madrid 30-1-2014 con el Derecho de Taiwán.

aplicación de la ley española ante la falta de prueba de la ley extranjera, como sucede, por ejemplo, en la SAP Lugo 30-3-2021, relativa a un contrato de suministro de leche entre una empresa portuguesa y otra española: aunque *ex* artículo 4 Roma I se remite a la ley portuguesa, aplica finalmente la ley española por falta de prueba; o en la SAP Zamora 7-4-2017, donde sostiene la aplicación de la ley española a la prescripción de las acciones por no haberse acreditado la ley italiana[45].

Ahora bien, la aplicación de la ley española por falta de prueba de la ley extranjera no debería resultar necesariamente equivalente a una sumisión tácita a la ley española. Más, existiendo un artículo 3.2 Roma I que establece que "...toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros...". No debería serlo en aquellos casos en los que la parte interesada procede a la prueba de la ley extranjera aplicable, pero no consigue su acreditación, oponiéndose la contraparte apelando a la ley española. Es lo que sucedió, por ejemplo, en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 3-2-2012, aplicando Roma I (y no, como debería, el Convenio de Roma de 1980 cuando los contratos fueron celebrados antes del 2009): los trabajadores que habían ejercido de traductores de las tropas españolas en Bosnia-Herzegovina invocan la aplicación de la ley española, mientras que el abogado del Estado entiende que es aplicable la ley bosnia, llegando el Tribunal a la aplicación del derecho español en ausencia de prueba. La ausencia de consenso impide pensar ya en una sumisión tácita a favor de la ley española, que debería aplicarse solo después de haber empleado el juez sin éxito los medios de averiguación que el legislador español pone a su disposición para llegar al conocimiento del derecho extranjero[46]. Tampoco existe seguridad de una verdadera sumisión tácita a favor de la ley española cuando ninguna de las partes procede a la acreditación de la ley extranjera: porque no siempre es el consenso lo que lleva a la aplicación del derecho español, sino asumir una aplicación que les compensa frente al coste que supone la carga de la prueba de la ley extranjera, que no intentan.

Las peculiaridades del sistema español de tratamiento del derecho extranjero facilitan esta confusión, aclarándose el panorama en mayor medida de atender a un sistema de aplicación de oficio de la ley extranjera.

---

45. Asimismo, SAP A Coruña 15-6-2015, en relación con la ley portuguesa respecto de un contrato de compraventa de mercancías; STSJ Madrid (Sala de lo Social) 28-9-2012, en relación con el derecho australiano; SAP Barcelona 5-4-2013, sobre el derecho suizo; y así muchas otras. Véase, también, SAP León 25-9-2013, relativa a un contrato sometido a la ley alemana, que se descarta por su no acreditación por las partes, aplicándose en su defecto la ley española.

46. Véanse los artículos 34 y 35 de la *Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil*; el *Convenio Europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968*; o la *Convención Iberoamericana de 8 de mayo de 1979, sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero, hecha en Montevideo*.

4.4. Autonomía de la voluntad material

La práctica española analizada se enfrenta con frecuencia a la valoración de ciertos pactos concluidos entre los contratantes y dirigidos a regular materialmente su comportamiento contractual, muchas veces, aunque no necesariamente, acompañados de una cláusula de autonomía conflictual. Podría hablarse así de una fragmentación voluntaria del contrato, combinando la autonomía material y conflictual, del mismo modo que cabría una fragmentación voluntaria solo conflictual, de la que no tenemos muestra en la práctica analizada y que Roma I admite con el límite de la compatibilidad entre las leyes elegidas. Sirva el caso, por ejemplo, de la SAP Madrid 14-1-2022 relativa a un contrato de transporte marítimo entre la empresa española Mármoles Novelda S. A. y la empresa transportista norteamericana JAS Worldwide SL desde Valencia a Nueva Orleáns en régimen de conocimiento de embarque, donde se combina una cláusula de ley aplicable ("... cualquier reclamación o disputa derivada de este conocimiento de embarque será resuelta según las leyes de los Estados Unidos...") con un pacto de autonomía material: "... los contratos de transporte marítimo se encuentran sometidos, según su cláusula 22, con carácter general a la ley de los Estados Unidos y, en particular, en lo relativo a la responsabilidad del porteador en virtud de la Cláusula Paramount a las Reglas de La Haya-Visby, por remisión directa o por aplicación de la legislación que determine su aplicación imperativa..." (FD 5.º). O de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 24-1-2022, en relación con una serie de trabajadores que prestan servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la representación permanente de España en la UE de Bruselas, y que sometieron sus contratos la ley belga y al Acuerdo de Condiciones de Trabajo del Personal al Servicio de la Administración del Estado de 12-07-2008.

Aparecen estos pactos materiales en la práctica analizada a partir básicamente de una doble forma. Por un lado, en forma de pactos materiales concretos, regulando ciertos aspectos de la relación contractual. Sería el caso de STSJ Madrid (Sala de lo Social) 21-5-2019, en relación con el contrato de trabajo para prestar servicios en Riad (Arabia Saudí), en el que se había pactado, entre otros aspectos, que "... las vacaciones anuales retribuidas tendrán una duración de 30 días naturales..." (cláusula 4.ª del contrato)[47]. Y, por otro, en forma de cláusulas de incorporación por referencia, habitualmente con una triple intención. Por una parte, para introducir una concreta reglamentación nacional; normalmente, para separarla del régimen general aplicable, muchas veces elegido. Es lo que sucede en la STSJ Madrid 14-1-2020. En la cláusula sexta del contrato se pactó que "... al trabajador le será de aplicación el régimen laboral establecido en Marruecos por expresa sumisión de las partes a la legislación de este país. Asimismo, le serán de aplicación las normas e instrucciones de funcionamiento interno que en virtud de la

47. También, la STSJ Madrid de 13-2-2006, relativa a un contrato de trabajo entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y unos trabajadores para prestar servicios en la Embajada de España en Roma, en el que se discutió si existía un acuerdo parcial de exclusión de la ley italiana elegida en relación con el abono de las pagas extraordinarias (un pacto dirigido al cobro de las trece pagas y no de las catorce recogidas en el Derecho italiano).

facultad organizativa establezca la Dirección del Instituto Cervantes..." (FD 2.º). Por otra, para introducir las reglas uniformes de un Convenio que no resulta aplicable directamente al caso. Es lo que sucede en SAP Valencia 11-10-2022, relativa a un contrato de transporte de galletas desde España a los Estados Unidos: tras comprobar la no aplicación del Convenio de Bruselas de 1924 sobre conocimientos de embarque, la AP no deja de aplicar las Reglas de La Haya-Visby porque "... nada impide que las partes puedan pactar a qué legislación someten la relación contractual, incluidas las Reglas de La Haya-Visby si así se conviniera..." (FD 3.º)[48]. Y, finalmente, si bien no encontramos muestra en la práctica analizada, lectura de un pacto de elección de ley estatal como un pacto de autonomía material, pretendiendo simplemente incorporar al contrato el contenido concreto de una ley estatal concreta (fijándola en el tiempo y no sometida a los vaivenes del conflicto internacional transitorio), cuyo alcance dependerá de la *lex contractus*.

En todos estos casos, en cualquier caso y tal como veremos ahora al hilo de los Principios *Unidroit* o de la *lex mercatoria*, el ejercicio de la autonomía material se lleva a cabo en el marco de un ordenamiento nacional previamente determinado como *lex contractus*, ya a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, ya, en su ausencia, por las reglas reguladoras de la selección de la ley aplicable en defecto de pacto (Considerando núm. 13 Roma I)[49].

4.5. En especial, el papel de los grupos normativos no estatales: Principios Unidroit, lex mercatoria, Marco común de referencia

4.5.1. A través del ejercicio de la autonomía de la voluntad material

No resulta inhabitual en la práctica española aplicativa del Reglamento Roma I, tampoco frecuente, la mención a los Principios Europeos de Derecho de Contratos, los Principios *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales o la *lex mercatoria*. No pudo hallarse en la jurisprudencia analizada, sin embargo, mención alguna que vincule el

48. Asimismo, STS 28-6-2022, relativa a un contrato de transporte desde Rusia a España, existe una cláusula Paramount en el contrato que dice: "Las Reglas de La Haya contenidas en el Convenio (de 1924) [...] serán de aplicación en este conocimiento de embarque [...] En el ámbito de las Reglas de La Haya-Visby, la cláusula *Paramount* ha devenido en un criterio más de aplicación espacial de esos mismos textos convencionales, en convivencia con otros criterios, como el lugar de emisión del conocimiento de embarque en un Estado adherido o el lugar de carga de las mercancías. Es decir, la [...] cláusula es uno de los factores que permite aplicar la normativa de La Haya-Visby..." (FD 5.º).

49. Por ello, nos parece un tanto confuso que la STS 28-6-2022, en la que se apoya también la SAP Valencia 11-10-2022, y tras afirmar que una cláusula semejante "... tiene como efecto que impide que sea eventualmente aplicable un Derecho extranjero ajeno a tales Reglas...", hable de que "... una cláusula de ley aplicable (en este caso, la cláusula *Paramount*) puede ser válida y eficaz, a tenor del artículo 3 (Roma I)...": vincular la validez de una cláusula de autonomía material al artículo 3 Roma I regulador exclusivamente de la conflictual puede llevar a confusión en tanto que su alcance depende, como estamos viendo, de las normas imperativas internas de ley rectora del contrato.

Reglamento Roma I con el llamado *Marco Común de Referencia* o con la *Propuesta de* Reglamento *relativo a una normativa común de compraventa europea*.

La introducción de estas realidades jurídicas en el ámbito de la contratación internacional suele ser en ejercicio de la autonomía de la voluntad material y bajo la forma de cláusulas de incorporación por referencia. Estos son los términos en los que deberían leerse los comentarios de la SAP Vitoria-Gasteiz 3-2-2023, relativa a un contrato (interno) de servicios (cuidado de fincas y explotación agrícolas), cuando, contestando a la recurrente que invoca los Principios *Unidroit*, entiende que "[...] sólo son de aplicación en dos supuestos: [...] Cuando las partes del contrato, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, hayan decidido que el mismo se rija por estos principios. [...] O bien, cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por Principios Generales del Derecho, la *lex mercatoria* (principios, usos y maneras del Comercio internacional), o contengan referencias similares..." (FD 3.º). En la misma línea deben entenderse los comentarios de la SAP Zamora 7-4-2017, relativa a un contrato de compraventa internacional de mercaderías, que se expresa en términos semejantes, al entender que "... los principios de *Unidroit* son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (autonomía de la voluntad). [...] También serán de aplicación cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes..." (FD 2.º).

En consecuencia, no pueden leerse en clave de autonomía conflictual las referencias que hacen estas sentencias a estas normativas no estatales: la autonomía de la voluntad que conforma la regla básica del Reglamento Roma I implica la sujeción del contrato a una ley estatal elegida por las partes, lo que supone la imposibilidad de elección directa de los Principios *Unidroit*, Principios de Derecho contractual europeo u otras expresiones similares de la *lex mercatoria* en tanto que normas contractuales generadas al margen de una fuente estatal (una cláusula *Costo, Seguro y Flete* CIF o *Free on Board* FOB en una compraventa internacional..., por ejemplo). De ahí que no acierte la SAP Zamora 7-4-2017 cuando parece vincular la elección de los Principios *Unidroit* al artículo 3 Roma I: "... dado que las partes no acordaron someterse a dichos principios en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, reconocido igualmente en el Reglamento (Roma I) en su artículo 3, resulta aplicable en defecto de elección lo previsto en el artículo 4.1 de dicho Reglamento..." (FD 2.º). No sucede lo mismo en otros regímenes, como la *Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, cuyo artículo 9.2 CM admite la elección directa de la *lex mercatoria*, lo que permitiría remitirse directamente a los Principios *Unidroit* o a las reglas del Marco Común de Referencia[50]. Por contra, en el ámbito del Reglamento Roma I, recuérdese que no prosperó la propuesta original de la Comisión (artículo 3.1 Propuesta), que decía que "... las partes también podrán elegir como

50. LEIBLE, S., "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, par. 46-47; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "Convención de México versus Convenio de Roma: ley aplicable a las obligaciones contractuales a la luz de los contratos de distribución como modelo", *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IX, n.º 1, 2000, pp. 85-100.

ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria..."[51].

> Las razones de esta imposibilidad. Primero, la incertidumbre en cuanto a la concreción del contenido de esas normas no estatales, así como de la identificación de cuáles han sido "...reconocidas a escala internacional..." (¿por qué instituciones?, ¿cuándo?, ¿en qué ámbito geográfico?). Segundo, su carácter incompleto: muchas de las codificaciones oficiosas de la *lex mercatoria* resultan excesivamente ambiguas, generales y expresadas en términos de principios, necesitando de una *lex contractus* estatal para regular aquellos aspectos no regulados en estas "codificaciones". Y, tercero, la inseguridad que genera en los jueces la averiguación del contenido de estas normas. Incluso en vía arbitral, con soluciones en equidad ajenas a la vía judicial, la práctica muestra como no es habitual en el ámbito del arbitraje internacional la elección de la *lex mercatoria* (algunos estudios hablan del 1% de casos en los que las partes han escogido alguna manifestación de la *lex mercatoria* como ley aplicable a su contrato)[52].

Como indicábamos, la introducción de una normativa no-estatal en el régimen contractual solo es posible de manera indirecta, esto es, en el marco de la *lex contractus* y en forma de cláusulas de incorporación por referencia. Es lo que dice el Considerando número 13 Roma I y es también la vía asumida en los propios Principios *Unidroit* (comentario 3.º al artículo 1.4). De no ser así seleccionadas, serían, tal como dice la SAP Vitoria-Gasteiz 3-2-2023, meras "...declaraciones instrumentales que, por sí mismas no tienen para esta Sala un carácter vinculante a nivel normativo..." (FD 3.º). Esto significa que un pacto a favor de la aplicación de los Principios *Unidroit* o de la *lex mercatoria* se halla limitado por la *lex contractus*, que será quien fije los límites de la autorregulación de los contratantes: el pacto material debe ajustarse a las normas imperativas internas reguladoras de la relación contractual, sustituyendo así solamente el régimen dispositivo de la ley estatal rectora del contrato. Tal parece ser el sentido de la STS 6-7-2020, relativa a un contrato de compraventa de un aparato industrial, cuando estima, tras recordar el carácter no vinculante de los Principios *Unidroit* y siempre que sean elegidos por los contratantes, que su aplicación solo es posible "...si dicha elección está reconocida o admitida en el marco jurídico pertinente..." (FD 4.º).

Lo expuesto es importante. La obligación de ajustarse a los límites fijados por la *lex contractus* puede originar, desde la óptica del Reglamento Roma I y de no superar este filtro, la inaplicación al contrato de la *lex mercatoria* o régimen no estatal elegido y su posterior sometimiento a la normativa rectora en defecto de pacto. Desde la óptica de regímenes como la Convención de México, en cambio, y con la única condición de su

---

51. Véase la ya referida *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*.

52. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, par. III; CALVO CARAVACA, A. L., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, 2, 2009, par. 52.

prueba, el sometimiento del contrato a este grupo de pautas comerciales de comportamiento, regulando la ley estatal aplicable en defecto de pacto solo aquellos aspectos no regulados por la *lex mercatoria*. Una misma cláusula de elección a favor de la *lex mercatoria* (o régimen no estatal seleccionado) tiene distinto alcance, pues, en función del régimen aplicable.

> Las carencias de la técnica conflictual como respuesta a los problemas de la contratación internacional (respuestas nacionales ideadas para transacciones internas, problemas de prueba de Derecho extranjero...) impulsaron la creación de distintas normas materiales uniformes relativas a las transacciones mercantiles internacionales, más adaptadas a las peculiaridades de la contratación internacional. Ya vimos como muchas de estas respuestas son en forma de Convenio y que su relación con el Reglamento Roma I es de preferencia de la normativa convencional uniforme. Los conjuntos normativos no estatales desarrollan la misma función: aportan soluciones internacionales a problemas internacionales. Vimos, en cambio, que su tratamiento no es el mismo: desde la óptica del Reglamento Roma I, solo pueden operar en el marco de la *lex contractus* estatal y bajo la forma de una cláusula de incorporación por referencia. A nuestro entender, el déficit de seguridad jurídica de conjuntos normativos no estatales como la *lex mercatoria* justifica el papel mediador de la ley estatal ante su elección como ley rectora del contrato[53]. No parece lo mismo con una eventual elección de otros conjuntos normativos no estatales como los Principios *Unidroit*. Siendo cierto que no se integran en un sistema capaz de salvar todas sus lagunas y que garantice la interpretación uniforme, los Principios *Unidroit* conforman un conjunto desarrollado y equilibrado de normas tanto imperativas como dispositivas, de fácil conocimiento por los contratantes y cuya aplicación al contrato puede contribuir a la previsibilidad del régimen jurídico (contienen ciertas normas sobre peculiaridades de las transacciones transfronterizas de las que suelen carecer los ordenamientos nacionales: que ordenamientos estatales como el español se inspiren en los Principios *Unidroit* a la hora de elaborar la propuesta de modernización del Código Civil nos parece muy positivo en orden a disminuir esta distancia). Teniendo las partes libertad para elegir cualquier ordenamiento (estatal) como aplicable, no parecen existir razones para justificar que, cuando optan por un elaborado conjunto normativo de origen extraestatal, que incluye un régimen imperativo de Derecho de obligaciones equiparable al de los ordenamientos más avanzados, prevalezcan sobre lo elegido por las partes las normas imperativas en materia de contratos de la ley a la que remita la regla de conflicto del foro. Si una cláusula de elección de ley estatal supone la sustitución de las normas imperativas internas de la ley del foro por aquéllas de la *lex contractus*, no vemos por qué no debería ser lo mismo de elegir los Principios *Unidroit*, salvando siempre, en ambos casos, el juego de las leyes de policía y bajo el amparo de la excepción de orden público. El tratamiento de una

53. En este sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, par. III; más dudas, favoreciendo un mayor alcance, SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 380-381.

cláusula de elección de los Principios *Unidroit* desde la óptica del Reglamento Roma I debería ser el mismo que el propio de una elección de ley estatal, esto es, una elección directa, dejando la *lex contractus* estatal solo para lagunas y siempre que no pueda ser colmada por integrando el contenido de los Principios de acuerdo con "sus principios generales subyacentes" (artículo 1.6 Principios)[54]. De ser así, la lectura de las menciones a los Principios *Unidroit* en las sentencias de las AP de Vitoria-Gasteiz o de Zamora antes vistas, al igual que en la referida del TS, debería ser otra, manteniendo en cambio el enfoque como cláusula de incorporación por referencia en el caso de las menciones que hacen elección de la *lex mercatoria*.

4.5.2. Como elemento de interpretación

No solo a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad tienen cabida los Principios *Unidroit* y otros textos normativos no estatales a la hora de conformar el régimen jurídico de un contrato[55]. Por un lado, utilidad de estos Principios a la hora de "... interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho uniforme..." en la medida en que estos Convenios de Derecho uniforme sean aplicables según las reglas de Derecho internacional privado: tiene que ver con el respeto al principio de interpretación autónoma y uniforme, atendiendo al carácter internacional de sus normas. Es esta la línea que parece estar presente en la SAP Zamora 7-4-2017 cuando habla de recurrir a los Principios *Unidroit* "... para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme del comercio internacional por parte de jueces y Tribunales..." (FD 2.º). O la SAP Madrid 17-2-2015, relativa a un contrato de compraventa internacional de mercancías: aunque aplicable, el Convenio de Viena de 1980 no regula la cuestión del plazo de prescripción, para lo que la AP recurre al artículo 10.2 Principios *Unidroit* que trata este aspecto.

Por otro, las peculiaridades de la situación derivadas del carácter transfronterizo del contrato pueden aconsejar al juez o Tribunal el recurso a los Principios *Unidroit* o de otros conjuntos normativos extraestatales aun cuando el contrato se halle regulado por una ley estatal. Primero, a la hora de interpretar y suplir las carencias del ordenamiento doméstico aplicable en caso de que no regule algunas cuestiones peculiares de los contratos internacionales sí contempladas en los Principios. Segundo, a la hora de reforzar la respuesta dada por la norma material doméstica operativa como *lex contractus*. Y, tercero, porque es posible que el ordenamiento rector del contrato prevea que el régimen normativo del contrato se halle también integrado por los usos mercantiles (por ejemplo, de ser la ley española la *lex contractus*, el artículo 1258 CC y artículo 2 Código de Comercio), sabiendo que muchos de estos usos están recogidos en compilaciones como los Principios *Unidroit*. El Reglamento Roma I no prevé nada al respecto, pero sí lo hace el artículo 10 Convenio de México cuando estima que "... se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial

54. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 859-893, par. 12 y par. 14-16.

55. Sobre este punto, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Armonización normativa...", *op. cit.*, par. 18.

internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto…".

Ilustrativa de lo expuesto puede ser la STS 15-6-2015, relativa a un contrato de permuta de un terreno por un edificio que iba a ser construido celebrado en 2008 (en 2011, escritura pública): cuando se retrasó la entrega del edificio, se reclamó la rescisión del contrato. La demandada alegó que no fue intencionado no haber entregado el edificio a las demandantes. A la hora de afirmar que la doctrina del incumplimiento contractual desconoce el elemento subjetivo, el TS se apoya en su STS 3-12-2008, según la cual un incumplimiento esencial del contrato, que da lugar al derecho de rescisión, es un incumplimiento que "… priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato…", haciendo referencia al artículo 7.3.1 de los Principios *Unidroit*, así como a los artículos 8:101 y 8:103 de los Principios del Derecho Contractual Europeo y al artículo 49.1 Convenio de Viena.

5. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO: EN DEFECTO DE PACTO

5.1. Regla general

Fuera de los casos de elección de ley, la práctica española responde a la identificación de la ley aplicable en defecto de pacto a partir de las reglas del Reglamento Roma I, siguiendo correctamente, con carácter general, el *iter* marcado por el legislador europeo. Así lo venía haciendo con el Convenio de Roma de 1980, que pivota sobre la idea de la prestación característica del artículo 4.2 CR 1980, como puede seguir viéndose en la SAP Alicante 30-5-2011, en relación con un crédito documentario, ubicando esta prestación en el seno del Banco emisor (FD 2.º); la SAP Madrid 20-2-2014, relativa a un contrato de prestación de servicios de asesoramiento y registro de marcas entre la empresa española Fiesta SA y una sociedad de Hong Kong, remitiéndose *ex* artículo 4.2 CR 1980, de no existir pacto de ley aplicable, a la ley de Hong Kong como ley de la residencia habitual del prestador de los servicios ("... la prestación más característica del contrato convenido debe realizarse en dicho lugar..."; FD 2.º); o en la STS 6-7-2020, relativa a un contrato de compraventa de un aparato industrial que debía ser fabricado por uno de los contratantes, que remite al Derecho alemán después de entender que "... la prestación más característica era la de la demandada, empresa con establecimiento en Alemania y que debía fabricar en Alemania la TDU..." (FD 3.º)[56]. Y así lo sigue haciendo con el Reglamento Roma I, si bien a partir de un itinerario diferente al establecido en el Convenio de Roma de 1980.

De acuerdo con el mandato del legislador europeo, vemos como los jueces y tribunales españoles primero verifican la posible ubicación de la relación contractual a la que se enfrentan dentro del catálogo de las ocho reglas especiales creadas en función del tipo contractual, del objeto o de las circunstancias del contrato. Tal es así en la SAP Madrid 23-7-2021 en relación con un contrato de prestación de servicios, reclamación por los trabajos de estiba realizados en el aeropuerto de Basilea (Suiza) para la carga en dos aviones de seis tuberías para un gaseoducto para Bolivia: el Tribunal, tras comprobar la ausencia de elección de ley, aplicó la ley suiza a la prescripción por mandato del artículo 4.1 Roma I a título de "... ley del lugar donde el prestador del servicio tiene su domicilio (aunque debería haber hablado de *residencia habitual*, que son los términos empleados por este artículo)..." (FD 5.º). O en la SAP Zamora 7-4-2017, relativa a un contrato de compraventa internacional de mercaderías: aplicó el artículo 4.1 Roma I, que le remite a la ley italiana como "... ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual..." (FD 2.º), si bien finalmente se aplicó la ley española al plazo de prescripción por falta de prueba del Derecho extranjero[57].

---

56. También, por ejemplo, SAP Valencia 5-2-2014, debatiendo sobre la prestación característica en relación con un contrato de compraventa internacional de mercancías entre una empresa española y otra alemana en aplicación del Convenio de Roma de 1980 (FD 2.º).

57. También, SAP Lugo 30-3-2021, relativa a un contrato de suministro de leche entre una empresa portuguesa y otra española: tras comprobar la ausencia de elección de ley, se remite a

No encontramos en la jurisprudencia analizada práctica representativa de la aplicación del artículo 4.2 Roma I, operativo para aquellos supuestos que no sean subsumibles en ninguna de las categorías del catálogo anterior (o que sean subsumibles en más de una) y que atendería a la regla general basada en la prestación característica. La práctica analizada muestra, sin embargo, y aunque el contrato pueda ser subsumible en alguna de las categorías señaladas o en la regla general, cómo resulta relativamente frecuente el recurso del principio de los vínculos más estrechos a la hora de identificar la ley aplicable en defecto de pacto, operativo en atención a cualquier conexión representativa de los principios de derecho contractual (más representativa: lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración, relaciones del contrato con otros contratos, cláusulas de elección de foro…; menos representativa: lugar de negociación, idioma del contrato, moneda de pago, nacionalidad de los contratantes…).

5.2. Vínculos más estrechos

También presente en el Convenio de Roma de 1980, el juego de la conexión basada en los vínculos más estrechos es doble en el Reglamento Roma I.

Por un lado, como cláusula de escape de las normas especiales o de la general: el juez aplicará la ley designada conforme a las reglas contenidas en los artículos 4.1 y 4.2 Roma I, salvo que la parte interesada demuestre que el supuesto presenta los vínculos más estrechos con otro ordenamiento. Tal es el caso de la SAP Barcelona 26-5-2016, relativa a un contrato de arrendamiento de servicios celebrado en 2011. Aplica la AP la ley española a través del artículo 4.3 Roma I y no el derecho alemán al que se llegaba vía residencia habitual en Alemania de la prestadora del servicio: "… la ley aplicable será la española, ya que, aunque la prestadora de servicios tenga su domicilio en Alemania, lo cierto es que subcontrató los servicios a una empresa española […] y estos se prestaban en España a empresas del grupo de la actora radicadas todas ellas en España, consistiendo la obligación contractual en el asesoramiento a esas empresas para trámites administrativos en España…" (FD 2.º). Menos clara es la SAP Ourense 9-6-2015, respecto de un contrato de compraventa de una máquina cortadora de piedra a una empresa portuguesa, que aplica la ley española a la acción de resolución del contrato por defectos en las mercancías como ley más vinculada (y no la ley portuguesa) por el mero hecho de que las mercancías debían entregarse en España.

Y, por otro, como cláusula de cierre del sistema: cuando no sea posible determinar la ley aplicable al contrato conforme a las reglas que establece el Reglamento Roma I (una permuta, por ejemplo), la ley aplicable se determinará conforme al principio de los vínculos más estrechos. No encontramos en la práctica analizada un caso representativo de esta situación.

---

la ley portuguesa a través del artículo 4 Roma I por tener la empresa vendedora su sede en Portugal ("… reputa la sentencia de instancia que sería de aplicación la ley portuguesa por ser Leiarcoop quien realiza la prestación característica del contrato, fijada en la entrega de la cosa vendida, leche cruda de vaca…" FD 2.º).

Como dijimos, la práctica española se enfrenta con carácter general a la aplicación del artículo 4 Roma I de forma correcta, si bien es cierto que la terminología no siempre se respeta. Es así, por ejemplo, y como vimos, en la SAP Madrid 23-7-2021: aplicando el artículo 4.2 Roma I, hace referencia a la ley del lugar donde el prestador del servicio tiene su *domicilio*, cuando la regla habla de "... residencia habitual..." (FD 5.º); o la STS 6-7-2020, cuando en aplicación del artículo 4.2 CR 1980 habla de "... lazos más estrechos...", en vez de emplear el término *vínculo*s más estrechos que utiliza el artículo (FD 3.º). Lo mismo que la SAP Baleares 31-10-2017, respecto de un contrato de arrendamiento de explotación hotelera, que también habla de "... lazos más estrechos..." (FD 2.º), además de "... prestaciones más características..." (FD 2.º), cuando debería ser en singular y sin el "más", al margen de contratos que sí tienen prestaciones muy equivalentes y no tienen prestación característica.

6. EL JUEGO DE LAS LEYES DE POLICÍA Y DE LAS NORMAS IMPERATIVAS INTERNAS

Aunque no es frecuente, no desconoce la práctica analizada el recurso a las leyes de policía con el objetivo de protección de intereses públicos o generales de aquellos Estados vinculados con la relación contractual controvertida y que el legislador europeo canaliza a través de este tipo de normas: apoyándose en el artículo 9.1 Roma I, la STS 27-7-2021, por ejemplo, se refiere a ellas como aquellas disposiciones cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como la organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito sea cual sea la *lex contractus*.

Al respecto, varios comentarios.

La práctica refleja una mayor atención a las leyes de policía del ordenamiento jurídico español como Estado del foro, lo que es lógico.

En relación con el Convenio de Roma de 1980, puede verse, por ejemplo, en la STSJ Galicia (Sala de lo Social) 26-4-2004, relativa a un contrato de embarque entre un trabajador español y una empresa de Bahamas, con pabellón de este país y sede en Portugal, en la que el Tribunal recuerda la aplicación inmediata de las leyes de policía españolas, aunque la ley aplicable al contrato en defecto de pacto era la ley bahameña. También resoluciones como la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 17-6-2022, en relación con varios contratos de trabajo celebrados en 2003 en el Ministerio de Trabajo y Economía Social para distintas labores a realizar como administrativos en diferentes consulados de España en Argentina: sujetos a la legislación laboral argentina, la Abogacía del Estado sostiene, en aplicación del artículo 9 Roma I (equivoca el régimen aplicable, que debería ser Convenio de Roma de 1980 habida cuenta de la celebración del contrato en 2003) la aplicación de las leyes presupuestarias españolas como leyes de policía del Estado del foro, en concreto, la exigencia de previo informe favorable de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR) para toda modificación de las condiciones retributivas del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado. Corrigiendo el régimen aplicable en favor del Convenio de Roma de 1980, rechaza la pretensión el TSJ apelando al carácter meramente procedimental de esta exigencia (FD 2.º). Lo mismo que hace la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 28-2-2022, en un caso semejante de trabajador que presta sus servicios desde 1999 como contratado laboral en la Consejería de Empleo y Seguridad Social en Buenos Aires, también sometido a la ley argentina: "… no parece que una norma de carácter puramente procedimental que se limita a exigir un informe favorable de un órgano administrativo pueda llegar a constituirse como ley de policía que afecte de manera esencial a *la salvaguardia de los intereses públicos* y a la *organización política, social o económica* del Estado Español…" (FD 1.º). En esta misma línea, y en casos semejantes, STSJ Madrid (Sala de lo Social) 10-3-2020 o STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-4-2022 (FD 1.º).

Y también respecto del Reglamento Roma I, como puede observarse en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 24-1-2022, sobre las relaciones laborales de distintos trabajadores que prestan servicios (ordenanza, telefonista, subalterno, auxiliar, empleado del servicio…)

para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la representación permanente de España en la UE de Bruselas: aunque pactaron en el contrato de trabajo la aplicación la legislación de Bélgica, el Ministerio apela al carácter de ley de policía de las leyes presupuestarias españolas para evitar abonar el *double pécule de vacances* que estima la legislación belga (no entra el TSJ en si puede considerarse o no ley de policía, limitándose a aplicar la ley belga reguladora del *pécule de vacances*, si bien argumenta que las leyes de presupuestos generales del Estado no serían aplicables al caso porque las limitaciones que sí contenían se referían al incremento de las retribuciones de naturaleza salarial y la *pécule de vacances* belga tiene naturaleza indemnizatoria).

La referencia a las leyes de policía de terceros Estados es menor, aunque también aparece en la práctica analizada. Lo vemos en la STS 27-7-2021, en relación con una serie de contratos de compraventa de participaciones entre diferentes sociedades chinas, españolas y hongkonesas, celebrados en 2012 y sometidos a la ley hongkonesa por elección: el TS hace referencia a las leyes de policía de terceros Estados, en el caso, las propias del derecho chino.

En cualquier caso, muchas veces la mención a este tipo de normas en la práctica analizada se realiza por inercia, cuando el Tribunal se refiere a la estructura del Reglamento Roma I (libertad de elección —en defecto de pacto— leyes de policía), pero sin llegar a su aplicación en el caso.

Recuérdese asimismo que el Reglamento Roma I modifica el régimen de las normas materiales imperativas de terceros Estados frente al Convenio de Roma de 1980. En ambos instrumentos se habla de la posibilidad de "... dar efecto..." a las leyes de policía de terceros Estados, pero Roma I limita el elenco de leyes que han de tenerse en cuenta a las propias del país donde deben ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato (artículo 9.3 Roma I: "... leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal..."), mientras que el Convenio de Roma de 1980 hablaba de la ley de cualquier país con el que la "... situación presente un vínculo estrecho..." (artículo 7.1 CR 1980). No parecen tenerlo claro siempre los jueces y Tribunales españoles (o ser lo suficientemente precisos), como lo vemos en la STS 27-7-2021, cuando habla de la posibilidad de tener en cuenta las leyes de policía del Derecho chino en tanto que ley del país "... que presente vínculos a través de otros elementos de la situación internacional..." (FD 7.º). Por eso entendía el TS que resultaba pertinente la prueba del Derecho chino, en tanto que China es el "... país de la nacionalidad de la sociedad cuyas participaciones se transmitían y en el que se preveía desarrollar el proyecto inmobiliario que constituía el propósito de la inversión..." (FD 7.º).

Repárese también en que, aunque muchas veces reproducen literalmente el artículo 9 Roma I (o artículo 7 CR 1980), el empleo que hacen los jueces y tribunales españoles de la terminología a la hora de valorar el juego de una ley de policía no siempre es el correcto, lo que puede llevar a confusión. Lo vemos con dos ejemplos. Uno, en relación con su puesta en práctica: cuando la STS 27-7-2021 habla de que "... Roma I prevé una salvaguardia..." de las leyes de policía de terceros Estados (FD 7.º), debería hablar de

"... dar efecto...", que es, como vimos, el término que emplea el artículo 9 Roma I. No es tema menor porque el significado de *salvaguardar* es muy ambiguo y no está claro cómo debe ser traducido en la práctica, más todavía hablando el legislador europeo, respecto de las leyes de policía del foro, no de "... dar efecto...", sino directamente de "... aplicación...". Más precisa, en cambio, la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 28-2-2022, que habla de aplicar las leyes de policía del foro y de dar efecto a las de terceros Estados. Y otro, en relación con la distinta terminología a la hora de denominar este tipo de normas, a las que en la práctica española se las nombra, básicamente, como "leyes de policía", "normas materialmente imperativas" o "normas imperativas". Tampoco es tema menor porque no todo término tiene el mismo alcance. Podemos entender equivalentes los términos "normas materiales imperativas" y "leyes de policía" (también, "normas de aplicación inmediata o necesaria", "leyes de orden público", que también aparecen en la práctica española), pero no aquel de "normas imperativas": mientras que las primeras son normas representativas de los valores básicos de organización social, política y económica de un Estado, y, como tal, aplicables (o tenidas en cuenta) con independencia de la *lex contractus*, las segundas hacen referencia a aquellas normas a las que necesariamente deben las partes ajustar su comportamiento en el ámbito doméstico, que son propias de su orden público interno y solo aplicables de remitirse a ellas como *lex contractus*. De ahí que el legislador europeo, para evitar confusiones, se refiera a las "normas materiales imperativas" como *leyes de policía* y a las "normas imperativas sólo internas" como "... disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo..." (artículos 3.3, 6 u 8 Roma I).

Por eso, no actúa del todo bien la STS 27-7-2021 cuando habla de "... normas internacionalmente imperativas del país que tengan el carácter de *leyes de policía*...", porque se está refiriendo a lo mismo, ni cuando emplea de modo equivalente el término "normas imperativas" porque estas reflejan otra realidad. Tampoco la SAP Barcelona 3-7-2019, respecto de un contrato de agencia celebrado en 2012 por una agente alemana en relación con un establecimiento de joyería española, haciendo constar la posible aplicación de los artículos 28 (indemnización por clientela) y 29 de la Ley del Contrato de Agencia española (indemnización por daños y perjuicios) aunque fuese la ley alemana la normativa aplicable como ley aplicable en defecto de pacto (aplicó la ley española por sumisión tácita): a pesar de emplear el artículo 9.2 Roma I, la AP habla de "... las reglas imperativas..." españolas y no, como debería haber hecho, de leyes de policía españolas. "Reglas imperativas" que sí se aplicarían, aunque no fuesen leyes de policía, a través de la jurisprudencia del caso *Ingmar*[58], que la SAP también menciona, pero que operaría solo de haberse elegido la ley de un tercer Estado, que no es el caso, y siempre que el resto de los elementos objetivos del contrato de agencia se sitúen en Estados miembros, en consonancia con el artículo 3.4 Roma I, que la AP no menciona. Más correctamente lo hace la STS 8-9-2023, relativa a los contratos entre Barclays Bank PLC y Petromiralles S. L., sociedad española dedicada a la distribución y comercialización del petróleo: emplea el término "leyes de policía" aunque todavía no estaba acuñado

58. Véase *STJCE de 9 de noviembre de 2000*, As. C-381/98, *Ingmar*.

en el artículo 7 CR 1980, en el que se basa (y cuyo tenor habla solo de "... disposiciones imperativas...”), si bien posteriormente se refiere a ellas, de modo más confuso, como “norma imperativa española” aplicable con independencia de la *lex contractus* (se discutía si la ley inglesa) por su pertenencia a la *lex fori* y estar vinculada a la situación internacional por la nacionalidad de la sociedad compradora de la cobertura y por el lugar de celebración del contrato (FD 5.º).

7. REGLAS ESPECIALES: CONTRATOS DE TRANSPORTE Y DE CONSUMO

La práctica española analizada se enfrenta también a la aplicación de las reglas especiales del Reglamento Roma I reguladoras de la ley aplicable en relación con distintos contratos.

Ya vimos que existe un grupo importante de casos en los que los jueces y tribunales españoles recurren al artículo 5 Roma I relativo a los contratos de transporte de mercancías, aun cuando la concurrencia del CMR, bien por inaplicación del Convenio al punto controvertido objeto de la reclamación o, incluido, por ser un aspecto contractual no regulado por el régimen convencional. Sirva el caso, por ejemplo, de la SAP Alicante 17-11-2023, relativa a un contrato de transporte por carretera desde la localidad belga de Geel hasta Benijófar (Alicante), reclamando el Tribunal la aplicación de la ley española a través del artículo 5 Roma I dado que, "…si el transportista (Portex) tiene su residencia habitual en España (Rafal) y el lugar de entrega convenido es España (Benijófar), la legislación nacional aplicable es la española…" (FD 2.º). O de la SAP Lleida 26-10-2022, que admite la acción directa del porteador efectivo frente al cargador inicial y el resto de la cadena de subcontrataciones porque así lo permite la ley española como ley aplicable al contrato de transporte en aplicación del artículo 5 Roma I: no constando ley elegida, "…aplicar las normas del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país, que en este caso fue España, lugar de residencia habitual del remitente (Mollerussa) y también residencia habitual del transportista…" (FD 2.º). Asimismo, SAP Navarra 27-6-2016, relativa a un contrato de transporte terrestre de pasajeros, llegando a la aplicación de la ley española, en defecto de ley elegida, a través del art. 5.2 Roma I porque "…la residencia habitual de la actora está en Pamplona […], de donde partió el viaje concertado…" (FD 2.º). También, en concurrencia con otros convenios, como el *Convenio de Montreal de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional*, o instrumentos comunitarios, como el Reglamento europeo 261/2004[59], como sucede con la SAP Islas Baleares 16-7-2024.

La práctica española se enfrenta asimismo a las reglas especiales propias de los contratos de consumo, regulados en el Reglamento Roma I a partir de las reglas especiales del artículo 6 Roma I[60], atendiendo asimismo a las directivas comunitarias sobre protección

---

59. *Reglamento (CE) 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) 295/91* (DOUE 17-2-2004).

60. Por ejemplo, SAP Asturias 7-2-2018, contrato de hospedaje en un hotel en Anglet (Francia), si bien esta vez analizando las exclusiones al régimen especial que Roma I proporciona al consumidor pasivo: "…a igual conclusión llegaríamos de considerar la relación como contractual y de aplicación el Reglamento 593/2008 relativo a las obligaciones contractuales, otorgando al actor la condición (que no tiene a los efectos reglamentarios) de consumidor, pues su art. 6 que regula los contratos de consumo, en su n.º 4, excluye de la regla de la aplicación de la ley del país consumidor los

del consumidor. Por una parte, entrando en cuestiones de calificación, consciente de que este tipo de contratos recibe una respuesta especial de ley aplicable muy distinta a la general del artículo 4 Roma I, como así hacen, por ejemplo, una serie de resoluciones de los Tribunales de Tenerife o Málaga relativas a ciertos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (SAP Tenerife 10-12-2020; SAP Tenerife 19-2-2021; SAP Tenerife 2-3-2021; SAP Tenerife 11-4-23; SAP Tenerife 4-10-2023; SAP Málaga 28-3-2019; AAP Málaga 31-3-2021; SAP Málaga 6-2-2024; SAP Málaga 26-6-2024; SAP Málaga 5-7-2024; SAP Málaga 18-9-2024...)[61], en las que las acciones ejercitadas tienen por objeto, con carácter general, la nulidad del contrato y la devolución de las cantidades abonadas. Y, por otra, aplicando un artículo 6 Roma I, que condiciona el alcance de la ley elegida (en muchos de estos casos, la ley inglesa) a que tal elección no suponga para el consumidor la pérdida de la protección que le otorgan las disposiciones que no pueden excluirse por voluntad de las partes del Estado de su residencia habitual. Así, por ejemplo, y al margen de las ya referidas, la SAP Tenerife 11-6-2021, en relación con un contrato de *timesharing*. Todo ello, además de la posible aplicación de la normativa protectora del consumidor de la ley española a través de título de ley de policía del artículo 9 Roma I, cuando no coincide en España la ley de la residencia habitual del consumidor o el régimen de protección de la Ley 4/2012, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, atendiendo a la *Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos* de *aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*[62], de verificarse sus criterios de aplicabilidad (ubicación del inmueble en Estado miembro o la actividad dirigida en idénticos términos a los previstos en el artículo 6 Roma I). Sobre estos casos puede verse la STS 30-10-2024, en línea con lo expuesto.

> Menos explícita es, sin embargo, la SAP Madrid 6-2-2018, en relación con los contratos firmados en 2013 y 2014 por un consumidor con una empresa de nacionalidad suiza, con sucursal en España, en orden a la gestión de activos destinados a fondos de inversión y asesoramiento en materia de inversiones. A la

---

contratos de prestación de servicios cuando esos servicios se dispensen al consumidor en un país distinto de aquél en que tenga su residencia (letra A) y los de arrendamiento (letra C) que vendrían regidas por el criterio de la *lex rei sitae* (art. 4 del Reglamento 593/2008)..." FD 3.º). números 5, párrafo 2 y 9, del art. 10 resultaría de aplicación la ley francesa.

61. Asimismo, véase, por ejemplo, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Granadilla de Abona de 29-10-2024, en relación con la acción de nulidad de unos contratos de aprovechamiento por turno de inmuebles (alojamientos situados en España, celebrados entre consumidores residentes británicos y una sociedad inglesa con sucursal en España) suscritos en 2008 y 2010, regulados ambos por la ley inglesa (domicilio habitual del consumidor). Sobre este tipo de resoluciones, SABIDO RODRÍGUEZ, M., "Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, 1, 2022, pp. 471-488.

62. DOUE 3-2-2009.

hora de valorar la resolución del contrato de 2013 por su incumplimiento y la devolución de las pérdidas sufridas, así como la nulidad del contrato de 2014, aplica el derecho español, si bien sin demasiada apoyatura normativa en tanto que no menciona el Reglamento Roma I: "... la cláusula de [...] al Derecho suizo es nula de pleno Derecho, pues al ser una cláusula claramente abusiva, las normas aplicables deben ser las del ordenamiento jurídico español, toda vez que el contrato se ha celebrado en España, todos sus efectos se van a producir en nuestro país, lugar donde se debe cumplir los derechos y obligaciones de las partes. Debe entenderse por lo tanto que es aplicable al contrato de Ley del Mercado de Valores (española)..." (FD 4.º).

8. REGLAS ESPECIALES: CONTRATOS DE TRABAJO

8.1. Elección de ley: posible y habitual

Uno de los sectores donde existe más práctica aplicativa del Reglamento Roma I es el relativo a los contratos de trabajo, regulados a partir de la regla especial recogida en el artículo 8 Roma I[63]. En lo que a la determinación de la ley aplicable se refiere, tres son los grandes grupos de casos que más aparecen en la práctica española en los que se proyecta la aplicación del artículo 8 Roma I: trabajadores que prestan servicios directamente o a través de empresas intermedias con la compañía aérea Ryanair; trabajadores que prestan servicios en las dependencias extranjeras del Estado español (embajadas, consulados...); y trabajadores que prestan servicios en barcos y buques en altamar[64].

Aun cuando la existencia de una parte débil, el legislador europeo permite que empresario y trabajador se pongan de acuerdo sobre la ley aplicable a su contrato de trabajo. Es lo que se desprende de un artículo 8.1 Roma I cuando habla de que "... el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el artículo 3...". De ahí que sea habitual que la práctica se encuentre en este tipo de contratos con cláusulas expresas de elección de la ley aplicable. Lo vemos respecto del grupo de contratos con Ryanair, pactando la aplicación de la ley irlandesa. Sirva el caso de la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) de 27-5-2019, sobre un contrato de trabajo con Ryanair como *Customer Services Agent - Inflight* con la categoría profesional de supervisora de cabina, existiendo una cláusula de ley aplicable a favor de la ley irlandesa, al igual en el caso que dio lugar a la STS (Sala de lo Social) 24-1-2019, también con Ryanair, ahora como tripulante de cabina de pasajeros. También en el grupo de contratos de trabajo en dependencias españolas en el extranjero, pactando habitualmente la ley del lugar

63. Por ejemplo, STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 26-3-2024, donde se plantea la existencia o no de una relación laboral a efectos de la aplicación del artículo 8 Roma I al hilo de las labores de mantenimiento y reparación de un barco, en el marco de un contrato de trabajo suscrito por un barco español que contrató a distintos trabajadores para prestar servicios en las aguas de Senegal: la parte recurrente entendía que sí existía y el barco empleador, que admite la existencia de un contrato de trabajo con este marinero conforme a la legislación del Senegal para realizar labores de pesca, no lo hace respecto de esas otras labores una vez vuelto el barco a puerto (primero Canarias, en Arrecife, y después a Hondarribia), llevándose a cabo lo que prevé la legislación senegalesa como *contrato de espera*, abonando una cantidad de espera para cuando pudiera ser contratado (FD 2.º).

64. Véanse JUÁREZ PÉREZ, P., "El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 1, 2019, pp. 372-407; ASÍN CABRERA, M.ª A. "La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I", *AEDIPr.*, vol. VIII, 2008, pp. 373-386; FOTINOPOULOU BASURKO, O., *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008; MARCHAL ESCALONA, N., "De la protección del personal laboral al servicio de las embajadas españolas", *Bitácora Millenium DiPr.*, octubre 2017, pp. 1-23.

donde se encuentre la Embajada o el Consulado (ley italiana, ley belga…). Sirva ahora el caso de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 24-1-2022, donde distintos trabajadores que prestan diferentes servicios (ordenanza, telefonista, subalterno, auxiliar, empleado del servicio…) para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la representación permanente de España en la UE de Bruselas, pactaron en el contrato de trabajo la aplicación la legislación de Bélgica: el Ministerio no quería abonar el *double pécule de vacances* que estima la legislación belga, por lo que demandaron los trabajadores, dándoles la razón el TSJ porque es lo que establece la ley belga elegida; asimismo, STS (Sala de lo Social) 8-1-2024. Y, finalmente, en los contratos de embarque, aunque menos frecuente, pactando la aplicación de la ley del pabellón del buque.

8.2. Elección de ley condicionada: comparativa respecto del grado de protección entre ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto

8.2.1. Elección de ley condicionada: reivindicación de la aplicación de la ley española como ley de base

Ahora bien, y con independencia de la existencia de la cláusula de sometimiento del contrato a la normativa laboral de la ley elegida, resulta habitual que la práctica española se enfrente a la solicitud del trabajador de aplicación de la ley española para amparar sus reivindicaciones laborales.

Esto es así por dos razones. Por un lado, porque las condiciones laborales de la normativa laboral española suelen resultar más favorables al trabajador que aquellas de la ley elegida. Sirvan de muestra los casos de los trabajadores, tripulantes de cabina y pilotos de Ryanair. La legislación española considera condiciones esenciales las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos, mientras que la regulación irlandesa contempla menos días de vacaciones, no recoge ciertos derechos como permisos y bajas laborales, entiende la remuneración solo en función de las horas efectivas de vuelo… Asimismo, la obligación de cotizar a la Seguridad Social irlandesa no concede al trabajador el derecho a desempleo y a una prestación por jubilación en España, no pudiendo acceder al régimen general de la sanidad pública española, tampoco a la irlandesa por no residir en Irlanda, obligándolo a contratar seguros sanitarios privados[65].

Y, por otro, porque este amparo de la ley española no es imposible en tanto que el legislador europeo condiciona el ejercicio de la autonomía de la voluntad, como es sabido, al respeto a las disposiciones que no puedan derogarse mediante acuerdo de la ley aplicable al contrato en defecto de pacto (artículo 8.1 Roma I). Recuérdese que este artículo 8.1 Roma I, tras posibilitar que empresario y trabajador se pongan de acuerdo sobre la ley aplicable a su contrato, condiciona su alcance a que "… dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le

65. Al respecto, JUÁREZ PÉREZ, P., *op. cit*., par. 102-103.

aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo...". De ahí la intención del trabajador de probar que es la ley española la ley aplicable en defecto de pacto, que operaría como ordenamiento que marca el nivel de protección básico del trabajador, obligando así al operador jurídico español a realizar una labor de comparación entre ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto para decir cuál es la *lex laboris*.

8.2.2. Dudas a la hora de enfrentarse a la comparativa respecto del grado de protección entre ley elegida y ley aplicable en defecto de pacto

Al respecto, y dado que nada dice el legislador europeo en relación con esta comparativa, sigue siendo polémico en la práctica cómo proceder a la comparación y posterior selección entre la ley elegida y la ley aplicable en defecto de pacto, como bien dice la STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1-2-2013, que habla de un posible "...fraccionamiento del Derecho aplicable y (del) [...] complejo proceso aplicativo, al no precisar con claridad cómo se debe llevar a cabo la comparación entre los ordenamientos involucrados..." (FD 4.º). Así es en cuanto a que no se precisa si la comparación debe realizarse norma a norma, institución a institución o en bloque entre ordenamientos, como tampoco si este principio de mayor favorabilidad debe apreciarse *ex officio* o a instancia de parte. La STSJ Madrid (Sala de lo Social) 11-12-2003, por ejemplo, es partidaria de una comparación "...global..." de las legislaciones nacionales, considerando "...que el contrato laboral en cuanto a la normativa reguladora no es fraccionable ni permite el *espigueo* entre los preceptos de ley extranjera y de la ley nacional para seleccionar lo más favorable de una y otra. Se aplicará la normativa (la una o la otra) en bloque..." (FD 5.º).

Menos dudas en cuanto a la normativa laboral interna española que debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar el grado de protección del trabajador y constitutivo del bloque normativo de contraste con la ley extranjera elegida, que son las normas relativas a los períodos máximos de trabajo, períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías de salario mínimo, salud y seguridad e higiene en el trabajo, reglas de los convenios colectivos (indisponibles en el derecho español; artículo 1.5 Estatuto de Trabajadores), Seguridad Social[66]... Lo hace correctamente, por ejemplo, la STSJ Castilla-León (Sala de lo Social) 15-3-2018, en relación con un contrato de trabajo como gerente de ventas de la empresa alemana Indasiagewurzwerk GMBH para España, Portugal y Sudamérica. El trabajador entiende que la ley alemana, que es el Derecho elegido en el contrato, priva al trabajador de la protección ofrecida por el Estatuto de los Trabajadores español al reducir las exigencias que debía revestir el acto del despido (sin necesidad de acreditar la causa), teniendo en este caso las disposiciones del artículo 55 y 53 del Estatuto de los Trabajadores la consideración de reglas de derecho necesario[67]. Y lo que hace el TSJ es comparar el

66. Véase JUÁREZ PÉREZ, P., *op. cit*., par. 96-97.

67. JUÁREZ PÉREZ, P., *op. cit*., par. 98.

derecho español y el alemán, para aplicar finalmente este último: "…si bien es cierto que son notables las diferencias entre nuestra regulación del despido y la germana, no menos veraz resulta que la garantía de prohibición de indefensión constitucionalmente proclamada queda salvaguardada en este segundo ordenamiento a través de dos instrumentos: la previa comunicación de la decisión empresarial a la representación de los trabajadores regulando un complejo cauce de oposición a la misma, y mediante la exigencia al empresario de acreditación de la realidad de causa en el proceso surgido de la impugnación de su decisión por parte del trabajador…" (FD 3.º).

Más confusa, en cambio, la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 23-3-2022, respecto de un contrato de trabajo entre una trabajadora hispano-nicaragüense para prestar servicio como Técnico de Servicios Consulares para la Embajada de la República de Nicaragua en España. La trabajadora apeló al principio de favorabilidad para aplicar la ley española (y no la ley de Nicaragua que había elegido) para la indemnización por despido, concluyendo el Tribunal en la aplicación de la ley de Nicaragua por elección de ley a través del artículo 8 Roma I ("…las partes pactaron expresamente en el contrato que el mismo se rige por la ley nicaragüense, lo que es acorde con el artículo 8.1 Roma I…"; FD 4.º). Los argumentos, no obstante, son confusos: "…sin que la indemnización por despido pueda considerarse como una disposición que no pueda excluirse, por lo que la sentencia no infringe este precepto y tampoco el 4.2 que establece la ley aplicable a falta de elección, supuesto que aquí no concurre, por todo lo cual procede […] la aplicación de la ley citada y no de la española y el recurso no puede tener favorable acogida…" (FD 4.º). Por un lado, porque el TSJ utiliza el artículo 8 Roma I para elección de ley y el artículo 4.2 Roma I para en defecto de pacto, lo que no es correcto al mezclar dos preceptos, uno general y otro especial, cuando los contratos de trabajo solo se regulan bajo el régimen el especial (salvo que el especial remita al general, como hace en parte el artículo 8.1 Roma I al remitirse al artículo 3 Roma I regulador de la autonomía de la voluntad). Y, por otro, porque habla de que "…sin que la indemnización por despido pueda considerarse como una disposición que no pueda excluirse…" (FD 4.º), no cuestionándose que en el derecho español pueda recibir una calificación distinta. Todo ello, sin haber comparado la regulación de las indemnizaciones por despido de la ley de Nicaragua como ley elegida y la propia de la española como ley aplicable en defecto de pacto (vía artículo 8.2 Roma I y no artículo 4.2 Roma I, como hace el Tribunal) a fin de determinar el mayor o menor grado de protección que cada una de ella ofrece a la trabajadora.

8.3. La ley aplicable en defecto de pacto: posible introducción de la ley española

8.3.1. A título de ley del lugar de realización habitual del trabajo (artículo 8.2 Roma I): "en el cual y a partir del cual"

Doble es el escenario en el que en la práctica analizada aparece la ley española como ley aplicable a un contrato internacional de trabajo. Por una parte, en aquellos supuestos de ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad: casos en los que empresario

y trabajador no alcanzaron un acuerdo sobre la ley aplicable a su relación laboral y en los que se llega a la ley española como ley aplicable en defecto de pacto. Y, por otra, y como adelantábamos, también en presencia de una cláusula de elección de ley extranjera: como ley que resultaría aplicable en defecto de pacto y con la intención de alcanzar la aplicación de la ley española en tanto que ley más protectora con la figura del trabajador en su comparativa con la ley elegida.

Se ampara para ello el trabajador en cualquiera de los criterios de aplicabilidad/determinación de la ley aplicable que aparecen recogidos en el artículo 8 Roma I a la hora de identificar la ley aplicable en defecto de pacto.

Por un lado, posible introducción de la ley española a título de ley del lugar donde el trabajador "... realiz(a) su trabajo habitualmente..." del artículo 8.2 Roma I, que será aquel donde el trabajador lleva a cabo su prestación "... en ejecución del contrato...", como sucedió en la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 25-6-2015, relativa a un contrato de trabajo con Ryanair, que entiende que el lugar de prestación habitual de los servicios es España por estar el trabajador adscrito a la base del aeropuerto de Girona[68]. O, en otro ámbito, en la STSJ Baleares (Sala de lo Social) 1-6-2017, relativa un contrato de trabajo celebrado en 2004 entre un trabajador español y la empresa alemana Mobotix AG, primero, como responsable de desarrollo comercial (Business Development Manager) en España y Portugal, y, más tarde, como director de desarrollo comercial (Business Development Director) para América Latina e Iberia, siendo el centro de trabajo en Madrid (FD 3.º). Y ello, aun cuando temporalmente se hayan realizado servicios en otro Estado distinto. Lo vemos en el caso de la STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 13-4-2010 (si bien en aplicación del Convenio de Roma de 1980), relativa a un contrato de trabajo celebrado entre un establecimiento inglés por trabajadores residentes en Inglaterra: aunque se aplicó la ley española por falta de prueba de la ley inglesa, el Tribunal llega a la aplicación de la ley española porque entendía España como lugar de trabajo ("... porque los actores aunque vivían y trabajaban en Londres viajaban a España para visitar los apartamentos con los clientes y para la venta de los inmuebles, que se encuentran en España, así como la empresa principal o matriz de la que el Reino Unido es una mera sucursal [...]; FD 3.º), cuando precisamente estos argumentos podrían haber llevado a la aplicación del Derecho inglés dado que el lugar habitual de trabajo es en la empresa sita en Londres, independientemente del desplazamiento temporal a España.

Y también, como lugar "... a partir del cual..." el trabajador realiza su prestación (artículo 8.2 Roma I), como sucede con las tripulaciones y otros trabajadores de las líneas aéreas. Puede verse en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 5-2-2020, respecto de una trabajadora que viene prestando sus servicios desde 2016 para Crewlink Ireland LTD como Agente de Atención al Cliente y subcontratada a Ryanair Limited. A la hora de valorar la actuación

68. En esta STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 26-6-2015 apela el Tribunal no solo al artículo 8 Roma I, sino, equivocadamente y siguiendo esa tendencia a la acumulación de reglas innecesarias e inaplicables, también al "... artículo 1 del ET, el artículo 11 del Cap. IV sobre Normas de Derecho Internacional Privado del Código Civil... (suponemos que quería decir el artículo 10.6 CC)" (FD 6.º).

de la trabajadora, que se negó a ejecutar las órdenes de su empleador de operar unos vuelos porque los trabajadores portugueses se encontraban en huelga, se planteó la aplicación de la ley irlandesa como ley elegida siempre que proteja igual o mejor al trabajador que la *lex loci laboris*. A la hora de decidir cuál era esa ley, el TSJ aplicó el artículo 8 Roma I (aunque lo llama "Convenio de Roma I") para llegar a la ley española: "... el contrato presenta sus vínculos más estrechos con España, en cuanto lugar donde el trabajador tiene su domicilio e inicia y finaliza su jornada, realizando además las imaginarias y situaciones de stand-by, esa decisión se proyecta a efectos de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 8 del Convenio de Roma I en el sentido de que la aplicación de la ley pactada en el contrato (la ley irlandesa) no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley española)..." (FD 5.º). Lo mismo entendió la STSJ Castilla-León (Sala de lo Social) 15-3-2018, en relación con un contrato de trabajo sometido al Derecho alemán: el Tribunal consideró que la ley aplicable en defecto de pacto era la española porque el trabajador venía desempeñando habitualmente su actividad laboral, consistente en la comercialización de los productos de la empresa demandada en España, Portugal y Sudamérica, desde su domicilio en Laguna de Duero (Valladolid), trabajo a distancia que habría de compaginar con algunos viajes dentro del indicado territorio (FD 3.º).

8.3.2. A título de ley del lugar donde se encuentre el establecimiento que contrató al trabajador (artículo 8.3 Roma I): menos habitual

La pluralidad de lugares de trabajo lleva al legislador europeo a considerar como *lex laboris* la ley del lugar donde esté "...situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador..." (artículo 8.3 Roma I). No obstante, no suele ser esta la conexión habitual que en la práctica permita acercar al trabajador a la aplicación de la ley española. Es lo que sucede en los casos de Ryanair, por ejemplo, donde ninguna de las empresas mediadoras que realizan la contratación de los trabajadores para Ryanair posee oficinas en España, lo que llevaría de nuevo a la aplicación del ordenamiento irlandés por radicar en Dublín las oficinas de estas empresas.

8.3.3. A título de ley más estrechamente vinculada (artículo 8.4 Roma I): posible legeforismo

De ahí que sea habitual la utilización por parte de los jueces y Tribunales españoles de la cláusula de escape basada en ley más estrechamente vinculada del artículo 8.4 Roma I, que juega también en los contratos de trabajo (a diferencia de otros, como los contratos de consumo, de regulación semejante en el Reglamento Roma I por la presencia también de una parte débil), en orden a llegar a la aplicación de la ley española.

En tal sentido, y al margen de aquellos casos en la ley española opera como el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el contrato de trabajo desde un punto de vista objetivo, existe un número importante de resoluciones que, reflejo de una marcada tendencia *legeforista*, parecen forzar sus respuestas con el objetivo de justificar la aplicación de la ley española como ley de base. Gráficos son, en este sentido,

los casos de Ryanair. En estos supuestos, los elementos relevantes que ayudan a identificar una ley más estrechamente vinculada distinta de la *lex loci laboris* (o de la ley del establecimiento que contrató al trabajador) de los artículos 8.2 y 8.3 Roma I (nacionalidad y domicilio del empleador, residencia o sede común de empleado y empleador, pago de los salarios, lugar de pago de impuestos, afiliación a la Seguridad Social o empleado beneficiario de un seguro de enfermedad o discapacidad...) conducen a la ley irlandesa (ley elegida también) más que a la ley española. Sin embargo, los órganos judiciales españoles, muchas veces de forma confusa, no vacilan en aplicar la normativa española en detrimento de la cláusula de elección a favor del ordenamiento jurídico irlandés: muchas veces, apelando exclusivamente al hecho de la mayor protección de los trabajadores que se obtiene bajo la aplicación de nuestro ordenamiento laboral; y otras, recurriendo a la aplicación subsidiaria de la ley española por falta de prueba de la ley irlandesa, como muestra la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 26-6-2015, cuando habla de "... incumpliendo la carga probatoria, no trajo prueba suficiente sobre cuál sería el cuerpo legal irlandés aplicable..." (FD 5.º).

Además de los casos de Ryanair, el empleo de la conexión de la ley más estrechamente vinculada como título para considerar la ley española como ley aplicable en defecto de pacto aparece en la práctica analizada también con cierta frecuencia en otros tipos de contratos de trabajo, confirmando, asimismo, la tendencia *legeforista* referida. Por un lado, en los contratos de embarque, cuando la mayoría de los elementos conectan la relación con un Estado distinto del país de pabellón del buque (establecimiento de la parte empleadora, capital español en la empresa mixta empleadora, residencia habitual del trabajador, residencia habitual o nacionalidad común de los contratantes, moneda pactada para pago del salario, el lugar de pago o ingreso del salario, relaciones previas entre las partes...), siendo España este país distinto, a juzgar por muchas de estas resoluciones, en tanto que acaban aplicando la ley española. Como muestra de este proceder, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao 29-9-2014, respecto de un barco con bandera chipriota; el ATS (Sala de lo Social) 3-2-2021; o la STSJ Canarias (Sala de lo Social) 11-7-2008, sobre trabajador español que presta servicios como patrón de pesa para barco marroquí[69], mientras que, aplicando de manera excepcional la ley del pabellón (Bermudas, con registro británico) y descartando los vínculos más estrechos, la STSJ Baleares (Sala de lo Social) 4-11-2015, relativa a un contrato de prestación de servicios como capitán de un barco de recreo y sometido a la ley inglesa. Se trata habitualmente de casos de pescadores contratados por empresas pesqueras mixtas para prestar servicios en barcos con pabellón extranjero.

Asimismo, y por otro, al hilo de las muchas resoluciones sobre prestaciones de servicios en las embajadas y consulados españoles en el extranjero, valorando el peso a efectos de identificación de la ley española como más estrechamente vinculada de la posible coincidencia de las nacionalidades (española) de trabajador y Estado español en su calidad de empresario empleador: determinar si esta circunstancia constituye (o no)

69. También, entre otras muchas, STSJ Canarias (Sala de lo Social) 30-12-2015; o STSJ Canarias (Sala de lo Social) 31-3-2016.

elemento suficiente a la hora de desviar la remisión que hace el artículo 8.2 Roma I a la *lex loci laboris* (Italia, Bruselas…) en favor de la ley española como ley más estrechamente vinculada. A nuestro juicio, para justificar un desvío de la *lex loci* sería necesario verificar la vinculación de todos los elementos relevantes del contrato con un Estado, a excepción del lugar de prestación del servicio, que habría de pasar por ser el único elemento de extranjería. O, lo que es lo mismo, resulta discutible considerar una vinculación más estrecha a favor de la ley española basada en el único dato de la coincidencia de nacionalidades entre empleado y empleador: tener en cuenta conexiones estrechas basadas en elementos subjetivos como la nacionalidad pueden suponer una discriminación directa o encubierta.

En cualquier caso, no nos parece la mejor práctica utilizar el expediente de los vínculos más estrechos del artículo 8.4 Roma I como título justificativo de la aplicación de la ley española con base exclusivamente en su carácter de legislación más ventajosa para el trabajador desde el punto de vista social, sea o no asimismo esta legislación la más estrechamente vinculada con la relación laboral en términos de proximidad objetiva. Es cierto que facilita este comportamiento *dirigido* a la aplicación de la ley española un artículo 8.4 Roma I que opera como una cláusula de escape más que como una cláusula de excepción, a diferencia de lo que sucede con el artículo 4.3 Roma I, cuyo carácter es sin duda excepcional: el artículo 8.4 Roma I exige solo que del *conjunto de circunstancias* se desprenda que el contrato presenta *vínculos más estrechos* con otro país, mientras que el artículo 4.3 Roma I solo opera cuando resulte *claramente* que el contrato presenta vínculos *manifiestamente más estrechos* con la ley de otro país. Sin embargo, no debe olvidarse que la naturaleza del artículo 8.4 Roma I es conflictual y no material, deviniendo en incorrecta la transformación de una cláusula cuya función es fundamentalmente localizadora en una cláusula orientada materialmente a la búsqueda de la (mayor) protección del trabajador.

Además de esta tendencia legeforista, otros comportamientos de la práctica española reflejan asimismo una utilización un tanto confusa de la cláusula de los vínculos más estrechos en combinación con el resto de los criterios del artículo 8 Roma I. Sirvan de muestra, por ejemplo, aquellas ocasiones en las que el operador jurídico parece apelar directamente al artículo 8.4 Roma I dejando de considerar las posibilidades que le ofrece el artículo 8 Roma I en sus apartados 2.º o 3.º. Lo vemos en la STSJ Asturias (Sala de lo Social) 13-9-2016, relativa a un contrato de trabajo como ingeniero de minas de un trabajador español con empresa española para trabajar primero en España y más tarde en Colombia: la *lex loci laboris* era la ley colombiana, pero indica el Tribunal que la "… normativa que ha de disciplinar la relación laboral que vinculaba a las partes es el Derecho español por ser tal el ordenamiento con el que mantiene unos vínculos más estrechos, toda vez que tanto el lugar habitual de prestación de servicios, como el domicilio de las partes se encuentra en España, de suerte que el único elemento de extranjería presente en la relación fue el desplazamiento temporal del actor al país suramericano para seguir prestando sus servicios por cuenta y bajo la dirección de la empresa española y todo ello en ejecución de un contrato celebrado en España y manteniendo los vínculos con la normativa nacional española en materia de Seguridad

Social...” (FD 3.º). En este caso, tal vez el Tribunal podría haber llegado también a la ley española vía *lex loci laboris* por trabajar en España, entendiendo Colombia como un desplazamiento temporal del trabajador que no modifica la regla general; o, incluso, de entender una pluralidad de lugares de trabajo, por ser España la sede del establecimiento que lo contrató. Todo ello, con independencia de la advertencia del propio Tribunal de la ausencia de prueba del Derecho colombiano, que ya hubiera imposibilitado su aplicación, llegando, con ello, también a la ley española a título de régimen de aplicación subsidiaria. También es muestra de esta escasa claridad, por ejemplo, la STSJ Baleares (Sala de lo Social) 13-7-2021, relativa al contrato de trabajo celebrado en 2017 entre un trabajador y la compañía Crewlink Ireland LTD., con domicilio en la República de Irlanda, para trabajar como agente de Servicio de Atención al Cliente de Temporada (Tripulante de cabina de pasajeros) para Ryanair Limited: respecto de su despido, que en instancia se declara improcedente, el trabajador sostuvo la aplicación de la ley española y Crewlink la irlandesa, aplicándose finalmente la ley española a partir del artículo 8 Roma I (FD 3.º), aun cuando no se explicita si a título de *lex loci laboris* en defecto de pacto (la sede del trabajador era el aeropuerto de Palma de Mallorca), por vínculos más estrechos o porque Crewlink se apoya, además de en la ley irlandesa, en el artículo 54 Estatuto de Trabajadores español para considerar el despido como procedente (FD 3.º).

A pesar de las críticas, la lectura positiva de esta práctica resulta de constatar que sí tiene en cuenta el posible juego de la ley más estrechamente vinculada del artículo 8.4 Roma I, correctamente aplicado muchas veces también, con independencia de que no siempre le conduzca, lógicamente, a la aplicación de un ordenamiento distinto del determinado por los artículos 8.2. y 8.3 Roma I. Sirva el caso, por ejemplo, de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 31-5-2021, respecto de un contrato de trabajo sometido a la ley argentina, que descarta la existencia de una ley más estrechamente vinculada distinta de la *lex loci laboris*: “... por tanto, la ley aplicable es la argentina, pactada por las partes, que además coincide con la *lex loci laboris*, sin que haya causas para establecer vínculos más estrechos con otro Estado...” (FD 3.º). O de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-7-2022, relativa a un contrato de trabajo para prestar servicios como personal contratado en el extranjero para el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación adscritos a la Embajada de España en Buenos Aires y Consulados de España en Buenos Aires y Mendoza (Argentina): admite sin problema la aplicación de la legislación laboral argentina, acordada en la cláusula séptima del contrato, aunque tiene presente la salvaguarda del artículo 8 Roma I (apoyándose en las STSJ Madrid (Sala de lo Social) 10-3-2020 o STSJ Madrid (Sala de lo Social) 31-5-2021), si bien con menor trascendencia en este caso dada la coincidencia en la ley argentina como ley aplicable elegida y ley aplicable en defecto de pacto.

> Cosa distinta es lo que sucedió en la STSJ Baleares (Sala de lo Social) 11-1-2019, relativa a los contratos de trabajo que suscribió Air Europa con distintos trabajadores, sometidos a la ley peruana, dominicana y uruguaya: el TSJ entendió que eran contratos simulados porque, además de haber elegido ordenamientos extracomunitarios, constaba como lugar de trabajo Perú, la República Dominicana

y Uruguay cuando realmente fueron contratados para prestar servicios en España. El TSJ aplicó el artículo 12.4 CC, regulador del fraude de ley en Derecho internacional privado, apoyándose en el artículo 8 Roma I para traer al contrato las disposiciones que no pueden derogarse mediante acuerdo del derecho español (que el TSJ llama "normas imperativas": "... en cuanto garantía de los derechos de los trabajadores, tales como la necesaria obtención de la autorización para residir y trabajar, de la cual se derivan otras tutelas como la cotización a la Seguridad Social..."; FD 5.º) como lugar donde realmente trabajaban y determinante de la ley aplicable en defecto de pacto (y no los lugares de trabajo simulados) ("Los contratos se suscribieron entre los seleccionados de nacionalidad extracomunitaria y representantes de Air Europa, sometiéndose expresamente en los mismos al ordenamiento peruano, uruguayo y dominicano, respectivamente, como si se tratase de contratos laborales regidos por ordenamientos extranjeros, cuando en realidad la prestación de servicios se desarrollaría en España para una entidad española, eludiendo de forma subrepticia el sometimiento a la normativa laboral que le debía resultar aplicable, con omisión de reglas imperativas en cuanto garantía de los derechos de los trabajadores, tales como la necesaria obtención de la autorización para residir y trabajar, de la cual se derivan otras tutelas como la cotización a la Seguridad Social..."; FD 5.º).

8.4. El juego de las leyes de policía de la lex fori y de la excepción de orden público en los contratos de trabajo

Tal como se refleja en la práctica, la existencia de un artículo 8.1 Roma I protector del trabajador como parte débil a través de las disposiciones que no pueden derogarse mediante acuerdo de la ley aplicable en defecto de pacto no excluye la posibilidad de aplicar, por una parte, y a través del artículo 9 Roma I, las normas imperativas de protección del trabajador calificadas como leyes de policía, ni, por otra, y a través del artículo 21 Roma I, la excepción de orden público. La distinción de ambos expedientes no resulta siempre clara en la jurisprudencia española, como puede verse en la STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1-2-2013 o en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 9-11-2016.

Además de las resoluciones ya vistas, sirva el caso de la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 20-7-2016, en relación con el contrato de trabajo que vincula desde 1975 a una trabajadora marroquí con el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para trabajar como auxiliar de sala en el Hospital Español de Tánger. En aplicación del Código de Trabajo marroquí, no procede la prolongación en servicio activo y se propone su cese por jubilación obligatoria a la edad de 60 años. La trabajadora solicita la declaración de su cese como un despido discriminatorio por razón de edad por vulnerar el principio de igualdad del artículo 14 CE e infracción del artículo 12 del Acuerdo para el personal laboral del Servicio Exterior de 8 de febrero de 2008 que contempla la jubilación a los 65 años[70]. Aunque no utiliza el término "orden público" del artículo 21 Roma I, valora

70. Véase también STSJ Madrid (Sala de lo Social) 17-4-2024, en relación con el contrato de trabajo suscrito en 1993 entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y un trabajador,

el Tribunal lo dispuesto en el derecho marroquí a modo de lo que es un expediente de esta naturaleza, concluyendo en el carácter no discriminatorio de la normativa del Código de Trabajo de Marruecos y, por ello, en su aplicación. Asimismo, y descartada la posibilidad de introducir el derecho español a título de *lex loci laboris*, solo la calificación como ley de policía del foro podría suponer la aplicación de la normativa española del artículo 12 del Acuerdo de 2008, aspecto en lo que no entró el Tribunal. Aunque tampoco utilizó el término *orden público*, se produjo la aplicación del derecho marroquí elegido en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-1-2020, relativa a una trabajadora que presta servicios como auxiliar administrativo para el Instituto Cervantes en Tetuán (Marruecos), tras constatar que "... no ofreciendo menores garantías en materia disciplinaria que la normativa española..." (FD 3.º). Sí habla de "... respecto al orden público del foro..." la STSJ Madrid (Sala de lo Social) 5-2-2020 (FD 5.º), relativa a un contrato de trabajo con Crewlink Limited sometido a la ley irlandesa, operando la ley española como ley aplicable en defecto de pacto, en un caso en el que la trabajadora se negó a ejecutar las órdenes de su empleador de sustituir a los trabajadores portugueses, que se encontraban en huelga, para operar unos vuelos. El Tribunal entendió ilícita la orden del empresario de sustituir a trabajadores huelguistas por contraria al derecho fundamental de huelga ("... la ley española prohíbe sustituir a trabajadores huelguistas de una empresa por trabajadores no vinculados con la misma, por lo que ese requisito se cumpliría en este caso, ya que se trataría de sustituir a trabajadores en huelga de la empresa Ryanair por trabajadores de otra empresa, Crewlink... [...] (tampoco) por trabajadores de otros centros de trabajo o incluso del mismo centro de trabajo cuando hayan de aplicarse medidas de movilidad interna..."; FD 5.º), apelando para ello al orden público: "... Aun cuando no se haya practicado prueba sobre el contenido del Derecho portugués al respecto, el orden público del foro impone la protección del derecho fundamental de huelga en los procesos desarrollados ante la Jurisdicción Española incluso si el mismo no estuviera protegido en el Estado de referencia" (FD 5.º). Obviando la posibilidad de aplicar la ley española a través del artículo 8.2 Roma I, el expediente más apropiado para introducir el artículo 6.5 Real Decreto-Ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo regulando el derecho de huelga en España no parece ser la excepción de orden público (no consta como aplicable ni la ley irlandesa como ley elegida, ni la portuguesa como ley aplicable en defecto de pacto), sino como ley de policía. Más cuando el Tribunal parece plantearse su ámbito de aplicación espacial en tanto que estima que "... podría plantearse un problema de aplicación de esas normas indisponibles con arreglo al Derecho del Trabajo español si se trata de proteger derechos laborales de trabajadores situados en un tercer Estado (en este caso, Portugal)..." (FD 5.º).

---

nacional etíope, para prestar servicios como guardia de seguridad en la Embajada de España en Adís Abeba, cuestionándose la extinción de su contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación de sesenta años alegando despido discriminatorio por razón de edad, rigiéndose la relación laboral por el Derecho de Etiopía: no lo entiende así el Tribunal, descartando la aplicación de la ley española, siendo consciente, no obstante, de que "... un órgano judicial español, cuando es competente para resolver un litigio, como aquí ocurre, no puede dejar de aplicar al caso los derechos fundamentales derivados de la Constitución y de los Tratados en la materia, aun cuando aplique a la resolución del caso Derecho extranjero..." (FD 2.º).

9. CONCLUSIONES

Hemos tratado de ofrecer en este trabajo un análisis de la aplicación por parte de los jueces y Tribunales españoles del Reglamento Roma I regulador de la ley aplicable a los contratos internacionales, esto es, una panorámica general de la estructura, condiciones de aplicación y aplicación de sus reglas a partir de su puesta en práctica en las distintas resoluciones judiciales de los jueces y Tribunales españoles aplicando en el ordenamiento jurídico español este instrumento comunitario. Aunque nos hemos centrado especialmente en los supuestos problemáticos, lo cierto es que la mejora en la aplicación del Reglamento Roma I por parte de los jueces y tribunales españoles es significativa. La mayor experiencia en el manejo de los instrumentos propios del derecho internacional privado lo explica, mucho más consciente ahora el operador jurídico de la existencia de situaciones cuyos elementos relevantes conectan a más de un ordenamiento jurídico (y ello, a pesar de las muchas dificultades existentes para distinguir una situación privada interna de otra internacional), tratadas muchas veces antes como internas y ahora correctamente como internacionales, lo que, en el caso que ahora nos ocupa de la contratación internacional, determina la aplicación del Reglamento Roma I. De ahí el tratamiento cada vez más correcto de muchas cuestiones. Así sucede con el mejor manejo de las reglas de convivencia del Reglamento Roma I con los distintos Convenios internacionales de Derecho uniforme (Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, CMR…) u otros instrumentos comunitarios (Directivas de consumo, trabajo…) también aplicables a los contratos internacionales. Y aun persistiendo resoluciones que se enfrentan a esta normativa como un régimen *inter partes*, mejoría asimismo en la aproximación al ámbito espacial de un instrumento de carácter universal como es el Reglamento Roma I, habiendo superado ya la práctica, positivamente y con escasa problemática, sus dudas pasadas en cuanto a lo que a su ámbito material concierne. O en el tratamiento generalmente correcto de la autonomía de la voluntad conflictual, tanto la sumisión expresa como la tácita, y su juego con el ejercicio de la autonomía de la voluntad material (Principios *Unidroit*, *lex mercatoria*…), además de la habitualmente acertada identificación de la ley aplicable en defecto de pacto, especialmente una más precisa aproximación al concepto de vínculos más estrechos. A pesar de la (en ocasiones) marcada tendencia *legeforista* en la utilización de la regla de los vínculos más estrechos o de su proyección más como norma de conflicto materialmente orientada que como regla de mayor proximidad, observamos también una cada vez mejor utilización de las reglas especiales de identificación de la ley aplicable en materias de respuesta especial como son los contratos de seguros, consumo o trabajo…

No obstante, persisten comportamientos llamativos que no casan con esta tendencia. Aun cuando la referida mayor conciencia de internacionalidad de los casos, y con independencia de las referidas dificultades a la hora de distinguir una situación privada interna de otra internacional, perviven decisiones en las que los tribunales españoles ignoraron este carácter y aplicaron directamente las normas del Código Civil español, Código de Comercio u otras normativas españolas en relación con contratos internacionales. Vemos, asimismo, resoluciones que emplean reglas de ley aplicable al contrato a la hora de resolver cuestiones que afectan exclusivamente a la competencia

judicial internacional, lo que no tiene sentido. Otras que respetan poco el ámbito de aplicación temporal del Reglamento Roma I (o del Convenio de Roma de 1980): aplicación extemporánea de los artículos 10.5 o 10.6 CC, o confusión temporal entre el Convenio y Reglamento; muchas que acumulan de modo innecesario (e incorrecto) distintos regímenes aplicables: régimen comunitario (aplicable) más régimen doméstico (inaplicable). Así como diferentes decisiones que reflejan la poco clara distinción por parte del operador jurídico entre el expediente concreto de la excepción de orden público internacional y aquel otro de las leyes de policía... Y todo ello, observando en muchas de estas resoluciones un empleo poco preciso de la terminología propia del derecho internacional privado, sobre todo a la hora de la identificación de la ley aplicable en defecto de pacto o en el manejo del concepto de *norma imperativa*, de terminología diferente si su proyección es internacional (ley de policía) o interna (disposiciones que no pueden derogarse mediante acuerdo), muy presente en materia de contratación internacional, especialmente en el ámbito de los contratos de consumo o de trabajo.

Aunque nos hemos ceñido a la contratación internacional y a la aplicación del Reglamento Roma I, las bondades y críticas a la práctica española expuestas en este trabajo en relación con este instrumento resultan proyectables también, con mayor o menor extensión, a lo que es la aplicación por su parte de otros regímenes de derecho internacional privado reguladores de otras materias. De ahí que, si bien no se cuestiona la significativa mejora práctica en el manejo de los instrumentos propios de esta disciplina, la complejidad (y cada vez más actualidad) del Derecho internacional privado demuestra la necesidad de profundizar en su estudio, así como la conveniencia de persistir en la formación continua de esta materia no solo respecto de jueces y magistrados, también del resto de profesionales del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ASÍN CABRERA, M.ª A. "La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I", *AEDIPr.*, vol. VIII, 2008, pp. 373-386.

BONELL, M. J., "De la Convención de Viena sobre la compraventa a los principios UNIDROIT: ¿hacia un Derecho global de los contratos comerciales internacionales?", *AEDIPr.*, 2008, pp. 259-274.

CALVO CARAVACA, A. L., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, 2, 2009, pp. 52-133.

CARBALLO PIÑEIRO, L., "La aplicación jurisprudencial del Convenio de Roma y el Reglamento Roma I: un viaje de ida y vuelta al Derecho español", *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, (director O. García Castrillón), Madrid, Dykinson, 2017, pp. 175-193.

CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los Tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Diritto del Commercio internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 859-893.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., "Sumisión a Tribunales extranjeros en contratos internos en el Reglamento 1215/2012", *La Ley (Unión Europea)*, 123, 2024, pp. 1-6.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 13.ª ed., Madrid, Civitas, 2024.

FONT I SEGURA, A., "Pluralidad normativa en materia de obligaciones contractuales: el sistema de derecho interregional a prueba", *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación*, (directores P. Jiménez Blanco y A. Espiniella Menéndez), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 235-292.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008.

FRANZINA, P., "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, marzo 2009, pp. 92-101.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, n.º 6957, 2008, pp. 1-23.

JUÁREZ PÉREZ, P., "El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 1, 2019, pp. 372-407.

LEIBLE, S., "El marco común de referencia y la elección del Derecho aplicable", *AEDIPr*., 2008, pp. 481-492.

LEIBLE, S., "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 214-233.

MARCHAL ESCALONA, N., "De la protección del personal laboral al servicio de las embajadas españolas", *Bitácora Millenium DiPr.*, octubre 2017, pp. 1-23.

MASEDA RODRÍGUEZ, J., "Convención de México versus Convenio de Roma: ley aplicable a las obligaciones contractuales a la luz de los contratos de distribución como modelo", *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IX, n.º 1, 2000, pp. 85-100.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., "Contratos internacionales de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, algunas cuestiones planteadas a la luz de la jurisprudencia española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, 1, 2022, pp. 471-488.

SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en *Derecho patrimonial europeo*, (coordinadores L. Prats Albentosa, G. Palao Moreno y M. J. Reyes López), Pamplona, Thomson Reuters, Aranzadi, 2003, pp. 363-382.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

1. Tribunal Supremo

STS 23-5-2005 (RJ\2005\6364)

STS 27-12-2006 (RJ\2006\9907)

ATS 21-7-2008 (RJ\2008\4488)

ATS (Sala de lo Social) 12-1-2010 (ECLI:ES:TS:2010:153A)

STS 5-6-2014 (ECLI:ES:TS:2014:2658)

STS 9-7-2014 (ECLI: ES:TS:2014:3173)

STS 14-10-2014 (ECLI: ES:TS:2014:5567)

STS 17-4-2015 (ECLI: ES:TS:2015:1868)

STS (Sala de lo Social) 20-4-2015 (ECLI:ES:TS:2015:2306)

STS 20-1-2017 (ECLI:ES:TS:2017:167) (sentencia 37)

STS 20-1-2017 (ECLI:ES:TS:2017:170) (sentencia 39)

STS 15-2-2017 (ECLI:ES:TS:2017:475) (sentencia 101)

STS 15-2-2017 (ECLI:ES:TS:2017:710) (sentencia 87)

STS 5-4-2017 (ECLI:ES:TS:2017:1385)

STS 17-7-2017 (ECLI:ES:TS:2017:2849)

STS 18-7-2017 (ECLI:ES:TS:2017:3010)

STS 20-7-2017 (ECLI:ES:TS:2017:3027)

STS 22-9-2017 (ECLI:ES:TS:2017:3326) (sentencia 514)

STS 22-9-2017 (ECLI:ES:TS:2017:3358) (sentencia 515)

STS 20-11-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4874)

STS 21-11-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4105) (sentencia 631)

STS 21-11-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4108) (sentencia 630)

STS 18-12-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4449)

STS 19-12-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4583)

STS 20-12-2017 (ECLI:ES:TS:2017:4587)

STS 24-1-2018 (ECLI:ES:TS:2018:127)

STS 30-1-2018 (ECLI:ES:TS:2018:204)

STS 6-3-2018 (ECLI:ES:TS:2018:711)

STS 23-3-2018 (ECLI:ES:TS:2018:957)

STS 3-4-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1157)

STS 5-4-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1163) (sentencia 192)

STS 5-4-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1161) (sentencia 193)

STS 6-4-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1158)

STS 20-4-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1410)

STS 9-5-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1619) (sentencia 269)

STS 9-5-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1618) (sentencia 270)

STS 18-5-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1738)

STS 24-5-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1911)

STS 30-5-2018 (ECLI:ES:TS:2018:1928)

STS 20-6-2018 (ECLI:ES:TS:2018:2295)

STS 12-7-2018 (ECLI:ES:TS:2018:2655)

STS 11-12-2018 (ECLI:ES:TS:2018:4173)

STS (Sala de lo Social) 24-1-2019 (ECLI:ES:TS:2019:562)

STS 4-10-2019 (ECLI:ES:TS:2019:3130)

STS 6-7-2020 (ECLI:ES:TS:2020:2282)

ATS (Sala de lo Social) 3-2-2021 (ECLI:ES:TS:2021:1431A)

ATS 19-5-2021 (ECLI:ES:TS:2021:6440A)

STS 20-7-2021 (ECLI:ES:TS:2021:3073)

STS 27-7-2021 (ECLI:ES:TS:2021:3188)

STS 28-6-2022 (ECLI:ES:TS:2022:2674)

STS 8-9-2023 (ECLI:ES:TS:2023:3608)

STS (Sala de lo Social) 8-1-2024 (ECLI: ES:TS:2024:79)

STS 30-10-2024 (ECLI: ES:TS:2024:5263)

2. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 22-10-1997 (CENDOJ 28079340011997100131)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 11-12-2003 (AS\2004\2258)

STSJ Galicia (Sala de lo Social) 26-4-2004 (AS\2004\3077)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 31-5-2004 (AS\2004\2347)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 13-2-2006 (AS\2006\859)

STSJ Islas Canarias (Sala de lo Social) 11-7-2008 (AS\2009\58)

STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 5-3-2009 (ECLI:ES:TSJCV:2009:1129)

STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 17-12-2009 (ECLI: ES:TSJAND:2009:19665)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 26-3-2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:3907)

STSJ Comunidad Valenciana 13-4-2010 (ECLI:ES:TSJCV:2010:2261)

STSJ Cataluña 26-5-2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:6728)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 3-2-2012 (ECLI: ES:TSJM:2012:758)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 30-3-2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:5976)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 28-9-2012 (ECLI:ES:TSJM:2012:18696)

STSJ Asturias (Sala de lo Social) 1-2-2013 (ECLI:ES:TSJAS:2013:402)

STSJ Madrid 30-9-2013 (ECLI:ES:JMM:2013:380)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 18-6-2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:6020)

STSJ Islas Canarias 15-12-2014 (ECLI: ES:TSJICAN:2014:4482)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 30-1-2015 (AS\2015\1075)

STSJ Andalucía 14-5-2015 (ECLI:ES:TSJAND:2015:3985)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 10-6-2015 (ECLI: ES:TSJM:2015:7204)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 26-6-2015 (ECLI: ES:TSJCAT:2015:6221)

STSJ Andalucía (Sala de lo Social) 16-7-2015 (ECLI: ES:TSJAND:2015:7950)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 25-6-2015 (ECLI: ES:TSJCAT:2015:6221)

STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 6-10-2015 (ECLI:ES:TSJCV:2015:4568)

STSJ Galicia 15-10-2015 (ECLI: ES:TSJGAL:2015:7749)

STSJ Baleares 4-11-2015 (AS\2015\2350)

STSJ Baleares 4-11-2015 (ECLI:ES:TSJBAL:2015:979)

STSJ Canarias (Sala de lo Social) 30-12-2015 ((ECLI: ES:TSJICAN:2015:4016)

STSJ Canarias (Sala de lo Social) 31-3-2016 (ECLI: ES:TSJICAN:2016:712)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 20-7-2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:9228)

STSJ Asturias (Sala de lo Social) 13-9-2016 (ECLI:ES:TSJAS:2016:2477)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 9-11-2016 (Diario La Ley, 8859, secc. jur., 9-11-2016)

STSJ Baleares (Sala de lo Social) 1-6-2017 (ECLI:ES:TSJBAL:2017:470)

STSJ Castilla-León (Sala de lo Social) 15-3-2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:1001)

STSJ Baleares (Sala de lo Social) 11-1-2019 (ECLI:ES:TSJBAL:2019:26)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 21-5-2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:4462)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 27-5-2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:3088)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-1-2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:1367)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 5-2-2020 (ECLI:ES:TSJM:2020:727)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 31-5-2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:6449)

STSJ Baleares 13-7-2021 (ECLI:ES:TSJBAL:2021:601)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 24-1-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:1167)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 28-2-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:2039)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 23-3-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:3526)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-4-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:9254)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 17-6-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:8061)

STSJ Madrid (Sala de lo Social) 14-7-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:10196)

STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 26-3-2024 (ECLI:ES:TSJPV:2024:1202)

3. Audiencias Provinciales

SAP Navarra 16-11-2001 (AC\2001\2388)

SAP Alicante 12-12-2002 (JUR\2003\74059)

SAP Barcelona 3-3-2004 (JUR\2004\119202)

SAP Madrid 31-5-2005 (AC\2005\1076)

SAP Barcelona 15-6-2005 (JUR\2005\176363)

SAP Vizcaya 11-10-2006 (JUR\2007\99716)

SAP Pontevedra 10-7-2008 (ECLI:ES:APPO:2008:1893)

SAP Barcelona 2-2-2010 (ECLI:ES:APB:2010:1030)

SAP Murcia 18-3-2010 (ECLI:ES:APMU:2010:508)

SAP Bilbao 26-5-2011 (ECLI:ES:APBI:2011:370)

SAP Alicante 30-5-2011 (ECLI:ES:APA:2011:1666)

SAP Barcelona 7-7-2011 (ECLI: ES:APB:2011:7774)

AAP A Coruña 26-10-2011 (ECLI: ES:APC:2011:1080A)

AAP Madrid 13-9-2012 (ECLI:ES:APM:2012:14831A)

AAP Barcelona 31-10-2012 (ECLI:ES:APB:2012:7854A)

SAP Las Palmas de Gran Canaria 15-1-2013 (ECLI:ES:APGC:2013:28)

SAP Baleares 12-3-2013 (ECLI:ES:APIB:2013:1275)

SAP Barcelona 5-4-2013 (ECLI:ES:APB:2013:3747)

SAP León 25-9-2013 (ECLI:ES:APLE:2013:11308)

SAP Madrid 30-1-2014 (ECLI:ECLI:ES:APM:2014:1342)

SAP Valencia 5-2-2014 (ECLI:ES:APV:2014:1188)

SAP Madrid 20-2-2014 (ECLI: ES:APM:2014:3239)

SAP Palencia 9-9-2014 (ECLI: ES:APP:2014:266)

SAP Pontevedra 6-10-2014 (ECLI: ES:APPO:2014:2136)

SAP Ourense 9-6-2015 (ECLI:ECLI:ES:APOU:2015:387)

SAP A Coruña 15-6-2015 (ECLI:ES:APC:2015:1556)

SAP Cádiz 21-7-2015 (ECLI: ES:APCA:2015:819)

SAP Las Palmas de Gran Canaria 15-10-2015 (ECLI:ES:APGC:2015:2181)

SAP Barcelona 26-5-2016 (ECLI:ES:APB:2016:9018)

SAP Navarra 27-6-2016 (ECLI:ES:APNA:2016:778)

SAP Madrid 24-10-2016 (ECLI:ES:APM:2016:13004)

SAP Barcelona 7-3-2017 (ECLI:ES:APB:2017:3117)

SAP Zamora 7-4-2017 (ECLI:ES:APZA:2017:173)

SAP Barcelona (Sala de lo Social) 1-6-2017 (ECLI:ES:APB:2017:7795)

SAP Madrid 26-7-2017 (ECLI:ES:APM:2017:10881)

SAP Baleares 31-10-2017 (ECLI:ES:APIB:2017:1916)

SAP Barcelona 31-10-2017 (ECLI:ES:APB:2017:10417)

SAP Barcelona 19-12-2017 (ECLI:ES:APB:2017:12794)

SAP Guadalajara 23-1-2018 (ECLI:ES:APGU:2018:13)

SAP Madrid 6-2-2018 (ECLI:ES:APM:2018:2965)

SAP Asturias 7-2-2018 (ECLI: ES:APO:2018:293)

SAP Zaragoza 6-11-2018 (ECLI:ES:APZ:2018:2474)

SAP Lleida 26-3-2019 (ECLI:ES:APL:2019:169)

SAP Barcelona 27-3-2019 (ECLI:ES:APB:2019:2673)

SAP Málaga 28-3-2019 (ECLI: ES:APMA:2019:454)

SAP Barcelona 3-7-2019 (ECLI: ES:APB:2019:8380)

SAP Vizcaya 10-7-2019 (ECLI:ES:APBI:2019:2329)

SAP Almería 21-1-2020 (ECLI: ES:APAL:2020:424)

SAP Tenerife 22-1-2020 (ECLI:ES:APTF:2020:168)

SAP Pontevedra 30-1-2020 (ECLI:ES:APPO:2020:104)

SAP Tenerife 11-2-2020 (ECLI:ES:APTF:2020:210)

SAP Cáceres 20-2-2020 (ECLI:ES:APCC:2020:119)

SAP Murcia 20-4-2020 (ECLI: ES:APMU:2020:647)

SAP Madrid 23-6-2020 (ECLI: ES:APM:2020:6338)

SAP Valladolid 29-7-2020 (ECLI:ES:APVA:2020:1042)

SAP Barcelona 23-9-2020 (ECLI:ES:APB:2020:8359)

SAP Madrid 11-12-2020 (ECLI:ES:APM:2020:15081)

SAP Tenerife 19-2-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:106)

SAP Lugo 30-3-2021 (ECLI:ES:APLU:2021:213)

SAP Tenerife 20-5-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:827)

SAP Tenerife 11-6-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:1246)

SAP Alicante 16-6-2021 (ECLI:ES:APA:2021:1243)

SAP Tenerife 21-6-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:1247)

SAP Vizcaya 5-7-2021 (ECLI:ES:APBI:2021:2280)

SAP Madrid 23-7-2021 (ECLI:ES:APM:2021:12730)

SAP Las Palmas de Gran Canaria 23-9-2021 (ECLI:ES:APGC:2020:1329)

SAP Tenerife 23-9-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:2359)

SAP Tenerife 28-9-2021 (ECLI:ES:APTF:2021:1959)

SAP Navarra 18-11-2021 (ECLI:ES:APNA:2021:1577)

SAP Barcelona 22-11-2021 (ECLI:ES:APB:2021:14495)

SAP Madrid 22-12-2021 (ECLI:ES:APM:2021:16188)

SAP Madrid 14-1-2022 (ECLI:ES:APM:2022:1229)

AAP Málaga 28-1-2022 (ECLI:ES:APMA:2022:133A)

SAP Pontevedra 10-10-2022 (ECLI:ES:APPO:2022:2396)

SAP Valencia 11-10-2022 (ECLI:ES:APV:2022:3317)

SAP Lleida 26-10-2022 (ECLI:ES:APL:2022:891)

SAP Vitoria-Gasteiz 3-2-2023 (ECLI:ES:APVI:2023:58)

SAP Barcelona 22-3-2023 (ECLI:ES:APB:2023:3429)

SAP Tenerife 11-4-2023 (ECLI:ES:APTF:2023:624)

SAP Pontevedra 4-5-2023 (ECLI:ES:APPO:2023:1049)

SAP Barcelona 19-5-2023 (ECLI:ES:APB:2023:5756)

SAP Madrid 21-7-2023 (ECLI:ES:APM:2023:13719)

SAP Barcelona 31-7-2023 (ECLI: ES:APB:2023:9169)

SAP Tenerife 25-9-2023 (ECLI:ES:APTF:2023:1127)

SAP Tenerife 4-10-2023 (ECLI: ES:APTF:2023:1159)

SAP Navarra 15-11-2023 (ECLI:ES:APNA:2023:1241)

AAP Barcelona 17-11-2023 (ECLI:ES:APB:2023:12062A)

SAP Alicante 17-11-2023 (ECLI:ES:APA:2023:1841)

AAP Soria 21-11-2023 (ECLI: ES:APSO:2023:180A)

SAP Málaga 23-11-2023 (ECLI:ES:APMA:2023:3863)

SAP Madrid 24-1-2024 (ECLI:ES:APM:2024:539)

SAP Málaga 6-2-2024 (ECLI: ES:APMA:2024:383)

SAP Murcia 8-2-2024 (ECLI:ES:APMU:2024:357)

SAP Madrid 12-2-2024 (ECLI:ES:APM:2024:2245)

SAP Madrid 16-2-2024 (ECLI:ES:APM:2024:2361)

SAP Málaga 2-4-2024 (ECLI:ES:APMA:2024:814)

SAP Málaga 26-6-2024 (ECLI:ES:APMA:2024:2456) (sentencia 468)

SAP Málaga 26-6-2024 (ECLI:ES:APMA:2024:2636) (sentencia 497)

SAP Islas Baleares 16-7-2024 (ECLI:ES:APIB:2024:1845)

SAP Málaga 18-9-2024 (ECLI: ES:APMA:2024:3165) (sentencia 593)

SAP Málaga 18-9-2024 (ECLI: ES:APMA:2024:3207) (sentencia 594)

SAP Toledo 25-9-2024 (ECLI: ES:APTO:2024:703)

SAP Sevilla 21-11-2024 (ECLI:ES:APSE:2024:2382)

4. Juzgados

SJMercantil Las Palmas de Gran Canaria 17-2-2011 (ECLI:ES:JMGC:2011:17)

SJPI Fuenlabrada 11-5-2012 (JUR\2012\211398)

SJSocial Bilbao 29-9-2014 (ECLI:ES:JSO:2014:160)

SJMercantil San Sebastián 17-2-2016 (ECLI:ES:JMSS:2016:729)

SJMercantil Pontevedra 16-1-2018 (ECLI:ES:JMPO:2018:767)

SJSocial Santa Cruz de Tenerife 7-9-2018 (ECLI:ES:JSO:2018:3697)

SJPI Lleida 26-5-2021 (ECLI:ES:JPI:2021:543)

SJPI Granadilla de Abona de 29-10-2024 (ECLI: ES:JPII:2024:249)