

Relación de títulos
publicadas de la Colección

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

1. La Fidejucia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Jural en el
Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Frío González
3. La Protección Internacional
de los Derechos del Niño.
Natividad Fernández Solís
4. Informes del Seminario (1954-1958).
*Comisión Organizadora del
Derecho Jural Aragonés*
5. La Edad en el Derecho Civil Aragonés.
Francisco Mata Ricós
6. El Testamento Mancunado:
estudio de documentos notariales
aragoneses desde el siglo XVI hasta
la actualidad.
Elena Bellón Cerdán de Palencia
7. La Junta de Pacientes en el
Derecho Civil Aragonés.
Rafael Demasi Molinar
8. Los Antecedentes Históricos
de la Justicia Constitucional
en el Reino de Aragón.
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia
a la Prevención de la Delincuencia.
Maria José Benítez Sánchez
10. Pactos o Capitulaciones
Matrimoniales en Derecho
Internacional Privado.
Maria del Pilar Diego Diego
11. El Consorcio Jural. (Tras la reforma
del Instituto por Ley 1/1999,
de 28 de febrero, de Sucesiones
por causa de muerte).
Carmen Sánchez-Frío González
12. Historia del Reinado de
Don Pedro II El Grande, de Aragón,
y de los orígenes de la proyección
aragonesa en Italia.
Margarita de Sotol y Pineda



ANOTACIONES ESPAÑOLAS AL PROYECTO DE PAVÍA



**Coordinadas por el Prof. Dr.
Don Gabriel GARCÍA CANTERO**

Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza

M. T. ALONSO PÉREZ	M. Á. PARRA LUCÁN
S. CÁMARA LAPUENTE	M. PÉREZ MONGE
S. GASPAR LERA	M. SALANOVA VILLANUEVA
C. LALANA DEL CASTILLO	S. DE SALAS MURILLO
A. LÓPEZ AZCONA	J. A. SERRANO GARCÍA
C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ	I. TENA PIAZUELO

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2005

Título: Anotaciones españolas al Proyecto de Pavia

Autor: Gabriel García Cantero y otros

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 2827-05

I.S.B.N.: 84-89510-71-7

Imprime: COMETA, S.A.

ÍNDICE

Abreviaturas y siglas	7
Presentación e Introducción	9
Capítulo I: En torno a la noción de contrato europeo, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	15
Capítulo II: La <i>culpa in contrahendo</i> en el Proyecto de Pavía y su posible aplicación al ordenamiento español, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	75
Capítulo III: Formación del contrato, por CARLOS LALANA DEL CASTILLO	101
Capítulo IV: Notas sobre las <i>Condiciones relativas al contenido del contrato (Utilidad, posibilidad, licitud y determinación)</i> en el Anteproyecto de Código europeo de contratos, por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ	133
Capítulo V: La forma de los contratos, por GABRIEL GARCÍA CANTERO y MARTA SALANOVA VILLANUEVA	179
Capítulo VI: La interpretación del contrato en el Proyecto de Pavía, por MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN y AURORA LÓPEZ AZCONA	211
Capítulo VII: Efectos del contrato, por SILVIA GASPAS LERA	247
Capítulo VIII: La representación, por GABRIEL GARCÍA CANTERO	289
Capítulo IX: Algunas modalidades de contratos: 1. El contrato para persona a designar. 2. El contrato a favor de tercero, por SERGIO CÁMARA LAPUENTE	359
Capítulo X: Cumplimiento del contrato, por SOFÍA DE SALAS MURILLO	447

Capítulo XI: Aproximación a la incidencia de la eventual adopción del Proyecto de Pavia en el tratamiento del incumplimiento de las obligaciones contractuales en Derecho español, por MARINA PÉREZ MONGE	537
Capítulo XII: Cesión de contrato, cesión de créditos y cesión de deudas, por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA	579
Capítulo XIII: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del contrato, por ISAAC TENA PIAZUELO	675
Capítulo XIV: La invalidez e ineficacia de los contratos en el Proyecto de Pavia, por MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN	699
Capítulo XV: Remedios, por MARÍA TERESA ALONSO PÉREZ	795
Bibliografía básica	863
TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS: en CD-ROM	

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AllBGB, ABGB	Código civil general austriaco
Art., arts.	Artículo, Artículos
AvCEC	Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Pavía)
BGB	Código Civil Alemán
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc, CC	Código Civil
Ccesp	Código Civil Español
Ccfr	Código Civil Francés
Ccgr	Código Civil Griego
Cc.hol, NBW	Nuevo Código Civil Holandés
Ccital	Código Civil Italiano
Ceport	Código Civil Portugués
C.com.	Código de comercio
C.E.	Constitución Española
Ed, ed	Edición
ERPL	<i>European Review of Private Law</i>
FD	Fundamento de Derecho
FN, FNN	Fuero Nuevo de Navarra
GIZ	Grupo de Investigación de Zaragoza sobre el Proyecto de Pavía
JCP	<i>Juris Classeur Périodique</i>
LAR, Lar	Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003

ABREVIATURAS Y SIGLAS

LAU, Lau	Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994
LEC, Lec	Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000
LH	Ley Hipotecaria
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
NBW	Nuevo Código Civil Holandés
NEJ, NEJS	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
PECL	Principios de Derecho Contractual Europeo (Lando)
PU	Principios sobre contratos comerciales internacionales de UNIDROIT
RabelZ	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches u. internationales Privatrecht</i>
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPatr	Revista de Derecho Patrimonial
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RTDC	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia
STS, SSTS	Sentencia, sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS, TSJ	Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia
VVAA	Varios Autores
UE	Unión Europea
ZGB	Código civil de la República Democrática Alemana

PRESENTACIÓN

Como Director del Grupo Investigador que ha elaborado la obra que tengo el honor de presentar me corresponde exponer, en sus líneas generales, la génesis y evolución experimentada por aquél en su composición a lo largo de casi un cuarto de siglo, lapso de tiempo que viene a coincidir con el periodo de mi actividad docente e investigadora desarrollada en la Universidad de Zaragoza desde mi incorporación en 1981. Ello permitirá comprender mejor el objeto de la investigación que ha sido llevada a cabo, la cual constituye el resultado de un proceso de maduración doctrinal promovido y facilitado por la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal, del Derecho de Obligaciones y Contratos, dentro y fuera de nuestras fronteras, y especialmente dentro del ámbito comunitario europeo.

El núcleo inicial del Equipo se preocupó inicialmente por investigar sobre el Derecho del consumo, tan madrugadoramente mencionado en el art. 51 C.E. pero cuyo desarrollo legislativo se hacía esperar. Los primeros resultados de nuestra labor permiten organizar en Zaragoza un Congreso Internacional, financiado por la DGA, con la asistencia de ilustres consumeristas extranjeros y la preciosa colaboración interna de mercantilistas y procesalistas. La fructífera siembra de ideas en aquél realizada dará origen a una larga serie de publicaciones de todo tipo (monografías y artículos de revista), así como de diversas Tesis Doctorales elaboradas sucesivamente por miembros del Equipo sobre el mismo tema.

Ocurrió, sin embargo, que de considerar el principio *pro consumatore* como dinamizador de un Derecho de Obligaciones anclado

todavía en los postulados de 1889, se pasó a enfocar con mayor amplitud una reforma global del Libro IV de nuestro Código civil como tarea postconstitucional pendiente, tal como se formalizó en los Proyectos de Investigación sucesivamente aprobados y subvencionados por el Ministerio de E. y Ciencia, al tiempo que se ampliaba la base del Equipo, principalmente con la incorporación de becarios que igualmente realizaron en su seno la Tesis Doctoral; de este modo se iba creando un ambiente científico que, finalmente, propició la celebración en nuestra ciudad de otro magno Congreso Internacional, también generosamente financiado por la DGA, precisamente sobre el tema de la reforma del Derecho de Obligaciones en general, con nutrida participación de ilustres especialistas nacionales y extranjeros (franceses, ingleses, italianos y alemanes). Se pudo comprobar en aquél que idéntica preocupación se había suscitado, singularmente, en la doctrina de los países mencionados, durante los últimos años del siglo pasado, inquietud frecuentemente unida al movimiento de ideas favorable en principio a la realización de una codificación civil europea. De este modo, el telón de fondo de nuestras preocupaciones se desplazaba de la Constitución de 1978 al Derecho Comunitario europeo.

La circunstancia de que el Director del Equipo fuera designado, en la década de los Noventa, como miembro de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía, y participara desde sus orígenes en la elaboración del Anteproyecto de la Parte General del Código Europeo de Contratos (también conocido como Proyecto Gandolfi, por el nombre de su Coordinador) ha sido determinante para focalizar en este último la labor investigadora del Grupo durante los últimos años. Estábamos y estamos íntimamente convencidos de la necesidad de modernizar nuestro Derecho de Obligaciones, pero cualquier intento de reforma habrá de tener necesariamente en cuenta los actuales intentos de codificación europea.

Pese a las enormes dificultades que tal empresa suscita a diario, (y algunas se desprenden de la lectura de esta obra colectiva),

parece imposible dar marcha atrás, tanto en el camino emprendido hacia la formación de esa gran Europa —que pocos lograron entrever hace apenas medio siglo—, como en la progresiva aproximación o armonización de las legislaciones nacionales bajo la elemental consideración de que *un mercado único requiere una legislación igualmente única*. Entre los diversos Proyectos europeos, finalizados o en curso, el de Pavía ofrece algunas características que inclinaban a su elección como modelo de referencia. En efecto, no se limita a meros principios, susceptibles de acomodación a las conveniencias del aplicador, sino de un texto articulado, similar al que habitualmente manejamos. Por su objeto comprende la totalidad de los contratos de Derecho privado, tanto civiles como mercantiles, lo mismo si se realizan intracomunitariamente (es decir, los celebrados entre uno y otro países comunitarios) como también los formalizados en el interior de cada uno de ellos). De modo expreso se aplican a los contratos de consumo, por lo cual aspira igualmente a resolver el grave problema suscitado por casi medio siglo de desarrollo estatal, no siempre uniforme, de las Directivas comunitarias.

Nuestra aportación trata de responder al siguiente interrogante: Si a fecha fija se declara aplicable en España el Proyecto de Pavía ¿qué consecuencias tendría para nuestro ordenamiento? ¿en qué aspectos se daría una aplicación fácil y sin estridencias, y en cuáles se producirían problemas, y modo de resolverlos? Se advierte enseguida que hemos obviado afrontar el nada sencillo tema del procedimiento legislativo para su aprobación y del órgano competente para ello; la formación de los jueces encargados de su aplicación y el Tribunal Supremo que resuelva en última instancia los recursos interpuestos por los particulares; la inclusión de la nueva disciplina en los Planes de Estudio de la Licenciatura en Derecho; la dilatada *vacatio legis* que la autoridad comunitaria se verá obligada a fijar para que los operadores jurídicos de los actuales 25 miembros de la UE (susceptible de ampliación inmediata) adquieran el debido conocimiento del *jus novum europeum*, etc.

En la exposición se ha seguido el orden de materias contenido en el Anteproyecto, aunque no necesariamente *ad pedem litteris*, con libertad cada autor para rotular sus enunciados conforme al desarrollo efectivamente realizado. El resultado es que estas *Aportaciones* han quedado articuladas en torno a 14 capítulos que coinciden en sustancia, aunque no en su totalidad, con el orden de materias del Anteproyecto. Cada capítulo responde a la misma idea y a similar esquema; es decir, se expone sustancialmente la materia regulada en el Anteproyecto, se describe en lo posible su proceso de elaboración, y se la compara con la doctrina española correspondiente, indicando sus coincidencias y discrepancias. Todo ello sin ideas preconcebidas, ni encastillamientos en posturas dogmáticas, ejercitando saludablemente el método comparativo. Se ha utilizado abundantemente la bibliografía generada por la propia Academia de Pavía (*rappports introductifs* del Coordinador, discusión en las reuniones plenarias, etc.), y la literatura suscitada tanto en la doctrina española como extranjera. En cuanto a la fijación del *status quaestionis* de cada tema en nuestro derecho, ya se comprende que no se trataba de hacer una investigación original sino de exponer la *communis opinio* sobre la doctrina general de los contratos con apoyo en la legislación, jurisprudencia consolidada del TS y doctrina más autorizada.

No faltan críticas al Anteproyecto, de fondo y de forma, sin perjuicio de expresar los juicios valorativos positivos surgidos de la comparación. Por todo ello creo que estas aportaciones pueden ser doblemente útiles, a los autores del Anteproyecto y a la doctrina española.

Es de justicia expresar mi profundo reconocimiento a todos y cada uno de los miembros del Equipo, por la fidelidad sobradamente probada a lo largo de estos años, tanto respecto a su creencia en la intrínseca bondad del tema propuesto, como a la persona del Director, especialmente cuando, por imperativo de la edad es normal ir quedando al margen de estas actividades universitarias. Agradecimiento especial para quienes han querido

incorporarse al Equipo teniendo ya personalidad investigadora propia. Para casi todos sus componentes, las actividades investigadoras desarrolladas en el Equipo se han incorporado a sus respectivos *currícula*, y suponen, además, un enriquecimiento del activo de la Universidad de Zaragoza. Séame permitido destacar el caso de la Profesora Doctora D^a M^a de los Ángeles Parra Lucán, alumna rigurosa de Licenciatura y Doctorado de esta Facultad, así como Profesora Titular de Derecho Civil en ella, y en la U.A. de Madrid y Catedrática de la Universidad de La Laguna, que ha querido siempre figurar en el Equipo de Investigación, y ahora se incorpora a esta Universidad con plena capacidad docente e investigadora.

Agradecimiento, por último, al Justicia de Aragón sin cuya generosa colaboración no hubiera sido posible la publicación de este libro.

Retrospectivamente debo hacer constar que la investigación ha estado financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (últimamente, Convocatoria BJU2000-1021), y actualmente lo está por la Universidad de Zaragoza e Ibercaja (IBE2004B-SOC-4), expresando a ambos organismos nuestro reconocimiento.

Gabriel GARCÍA CANTERO

Catedrático de Derecho Civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza



CAPÍTULO I
EN TORNO A LA NOCIÓN DE
CONTRATO EUROPEO

Gabriel GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil
Emérito de la Universidad de Zaragoza



SUMARIO: *PRELIMINAR: Planteamiento general y aproximación a la noción de contrato que subyace en el Proyecto de Pavia.* 1. Justificación de las Disposiciones preliminares. 2. Sobre la oportunidad de una definición del contrato europeo.— *PARTE PRIMERA: La noción de contrato en el Proyecto de Pavia.* COMENTARIO AL ART. 1. 3. Significado general del precepto. 4. Consideraciones comparativas en orden a la noción del contrato europeo. 5. El contrato formalizado por actos concluyentes. COMENTARIO AL ART. 2. 6. Significado general del precepto. 7. La autonomía contractual. 8. Los límites de la autonomía contractual. 9. Los contratos atípicos. COMENTARIO AL ART. 3. 10. Significado general del precepto. 11. El régimen general de los contratos en el Proy. de Código europeo. 12. La categoría de los contratos nominados e innominados. 13. Regulación analógica de los contratos innominados. COMENTARIO AL ART. 4. 14. Significado general del precepto. 15. El precedente del C.c.italiano de 1942. 16. Aplicación analógica de las reglas contractuales a determinados actos unilaterales. COMENTARIO AL ART. 5. 17. Significado general del precepto. 18. Consideraciones comparativas. 19. La discusión por los Académicos. 20. Consecuencias de la supresión de la causa como requisito esencial del contrato. 21. Sobre otras novedades del art. 5. 22. La capacidad para contratar. 23. El consentimiento o acuerdo de las partes. 24. El contenido del contrato. 25. La forma del contrato.— *PARTE SEGUNDA: ¿Es aplicable al ordenamiento español el concepto de contrato del Proyecto de Pavia?* 26. Sobre el concepto de contrato. 27. Sobre los actos concluyentes. 28. Sobre la eliminación de la causa entre los requisitos esenciales del contrato europeo.

PRELIMINAR: PLANTEAMIENTO GENERAL Y APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE CONTRATO QUE SUBYACE EN EL PROYECTO DE PAVÍA

El enunciado del título es deliberadamente amplio, resulta, por lo tanto, impreciso, y requiere alguna explicación. En el panorama contractual europeo se han presentado, como se sabe, dos

Proyectos de similar naturaleza, el *Proyecto Lando* y el *Proyecto Gandolfi* también conocido como *Proyecto de Pavía*¹. Sólo este último ha asumido la veste de un Código continental al modo clásico, de modo que su Parte general, de la que se han publicado varias ediciones², con traducciones oficiosas del texto francés oficial, al italiano, alemán, inglés y español³, se propone ofrecer una regulación completa de la institución contractual, comenzando en sus Disposiciones Generales por establecer, con alcance vinculante, la noción de contrato; cuestión que, ciertamente, retuvo prolongadamente la atención de los Académicos que lo elaboraron a lo largo de un decenio. Sucede que, algún tiempo después de dado a conocer el Proy. de Pavía, un consolidado equipo investigador radicado en la Universidad de Zaragoza llevaba algunos años trabajando sobre los problemas que se derivarían de una hipotética aplicación en España de aquél, y el primer capítulo de dicho trabajo tendría que versar, precisamente, sobre la aplicabilidad a nuestro ordenamiento de la noción de contrato acogido en el mismo, singularmente en los arts. 1 a 5 del Anteproyecto, tema al que se dedicará precisamente este capítulo.

¹ Puede verse VVAA *La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos RfN*, octubre-diciembre 2002, p. 299-396, con una presentación de quien firma el presente capítulo. En el presente trabajo utilizaré habitualmente esta versión española, sin perjuicio de explicar las eventuales diferencias gramaticales con otras versiones a que luego aludiré.

² En 1998 se publica la 1ª ed. que puede considerarse privada, por carecer de ISBN, revisada el mismo año con iguales características. El 2002 se publica la 2ª ed. ya con ISBN, advirtiéndose en ella que se trata de la tirada parcial y anticipada de la 3ª ed., también publicada el 2002. La 3ª ed. revisada, corregida y aumentada, también es del mismo año.

³ En adelante, las referencias se harán a la siguiente edición: *Code Européen des Contrats. Avant Projet* (Coordinateur Giuseppe GANDOLFI). Livre premier I. Milano, Dottore A. Giuffrè Editore. 2002. En este vol. se incluyen las versiones alemana (pp. 605-709), inglesa (pp. 713-803), española (pp. 807-907) e italiana (p. 909-1010). La versión española en el contenido se ha realizado bajo la supervisión de los Profesores De los Mozos y Luna Serrano, habiendo sido publicada también en RGLJ, 2001, fasc. 4. Hay otra traducción española parcial en la revista argentina *La Ley*, 1999, 2.6. También se anuncia, entre otras, una versión húngara.

Parece bastante difundida en la doctrina civilista europea la convicción de la necesidad —incluso, urgencia— de una regulación contractual común a la UE ampliada, aunque sin ignorar los recelos que tal idea suscita, al parecer, en algunos países y sectores, que también últimamente han empezado a exteriorizarse; por otra parte los dos Proyectos mencionados han sido entregados oficiosamente a la Comisión Europea, sin que, de momento, ninguno de ellos haya logrado mayor valor intrínseco que el de un documento privado, y el de la autoridad de quienes los elaboraron. Ello no obsta para que quienes han intervenido en la elaboración de uno de ellos —como ocurre con el autor del presente capítulo—, lo estime más útil y apropiado que el otro para el fin común que ambos persiguen; dicho sea con toda humildad, pleno respeto a las opiniones discrepantes, y, además, con la mejor voluntad de colaboración por parte de todos los que colaboramos en la empresa común de redactar estas *Anotaciones*.

En concreto, la investigación que dirijo y, por tanto, la que desarrollo en este capítulo, tendrá dos partes claramente diferenciadas: 1ª) Parece conveniente contestar a la pregunta sobre si existe, y cuál es, la noción europea de contrato que se alberga entre los 173 arts. del Proyecto Gandolfi, así como su régimen jurídico ¿Existe un concepto unitario de contrato que inspira el Proyecto de Pavía?, ¿cómo y bajo qué criterios dogmáticos ha sido elaborado? ¿qué características técnico-jurídicas presenta?, ¿cuáles son sus notas diferenciales en el panorama comparativo europeo? 2ª) Si resultara contestada en sentido afirmativo la primera interrogante, queda la parte más ardua, aunque más interesante para el lector, a saber si la adopción de tal Proyecto, obligaría al legislador español a realizar cambios tan fundamentales en nuestro Derecho contractual, que el sacrificio que ello requeriría, no compensaría acaso las posibles ventajas de la adopción de un texto europeo uniforme; pero también cabe que pueda concluirse que se trate de algo actualmente asumible y, hasta cierto punto, avanzado ya por nuestra reciente doctrina civilista y jurisprudencia de la Sala 1ª del T.S.. Es

sabido que en los últimos años del siglo pasado la materia contractual ha sido objeto, entre nosotros, de amplios desarrollos doctrinales, con aplicación constante y muchas veces acertado del método comparativo, por lo cual, y en definitiva, la novedad del Proyecto de Pavía vendría a resultar, incluso, relativa⁴. En tal hipótesis, la adopción de un Código uniforme de contratos tendría para nosotros un costo no excesivamente considerable.

Si nos fijamos en la materia a que se dedican los cinco primeros artículos del Proyecto se impone la conclusión de que sus autores no se han perdido en disquisiciones teóricas, sino que han ido directamente al grano, sin perderse en circunloquios innecesarios ni en cuestiones de menor entidad: a la vista de las opciones posibles (omitir el tema, adscribirse a alguna definición contenida en un Código europeo ya consagrado, o elaborar un concepto propio) se ha elegido esta última. En efecto, se trata en el Tít. I dedicado a las *Disposiciones generales*, de la definición del contrato, del principio de la autonomía contractual, de las reglas generales y particulares aplicables a los contratos, de las reglas aplicables a los actos unilaterales y de la capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato. Digno de destacarse me parece, asimismo, la sobriedad con que la materia se regula; no debe olvidarse que parece estar algo lejana todavía la redacción de un futuro C.c. europeo⁵, de modo que era inevitablemente grande la tenta-

⁴ Empiezan a elaborarse entre nosotros Tesis Doctorales sobre materia contractual con atención, incluso intensa, a eso que convencional aunque incorrectamente, suele calificarse de *Derecho civil o contractual europeo*. En algún caso se llega a confrontar, con acierto, las soluciones, no siempre coincidentes, que al tema en cuestión ofrecen ambos Proyectos. Es, a mi juicio, el buen camino que, sería aconsejable, profundizar en el futuro.

⁵ Se ha hecho clásica la obra colectiva de VVAA *Towards a European Civil Law*, 2ª ed. (Nijmegen-The Hague-London-Boston 1998), con nutrida bibliografía sobre todo extranjera. Más completa es la perspectiva española que brinda CÁMARA LAPUENTE, *Un Derecho privado o un Código Civil para Europa: Planteamiento, estado y (esqueto) desarrollo*, en el vol. colectivo que también coordina, bajo el título *Derecho Privado Europeo* (Madrid 2003) p. 47 ss., con información al día (p. 95-106, ¡también en lengua española!), y con mayor y generosa amplitud del panorama contemplado de iniciativas europeas, todo lo cual le permite llegar a unas conclusiones muy comprensivas, abiertas y matizadas.

ción de comenzar aludiendo, de alguna manera, a esas cuestiones generales que a todos preocupan sobre los sujetos y la capacidad de obrar de las personas físicas y jurídicas incluidas en la Parte General. Sin perjuicio de hacer posteriormente observaciones críticas, resulta evidente que, sin ánimo elusivo, se ha afrontado el riesgo dar una noción o definición del contrato que, por antonomasia, podremos calificarlo de *contrato europeo*.

Pero ello no dispensa de analizar las distintas fases que se han seguido.

1. JUSTIFICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES PRELIMINARES DEL PROYECTO

En este breve y conciso Título del *Proy. Pavía** —en comparación con la extensión media de los restantes Títulos—, se incluye la regulación de hasta cinco materias diferentes, cuya justificación y oportunidad no siempre ha sido valorado, sin embargo, de modo igualmente uniforme ni coincidente. Parecía obligado, en primer término, ofrecer una definición del contrato (Art. 1.1) (pese a la discusión que ello suscitó, y a que luego aludiré), y no menor oportunidad parecía aconsejar que se realizase una clara y definida declaración sobre el principio general de la autonomía contractual (art. 2.1), dado que, como era obligado, resultaba inspirador y vertebrador de todo el Proyecto, dado que en este punto no se justificarían, en modo alguno, diferencias entre los Códigos nacionales hoy en vigor y el que se proyecta. Merece igualmente alabanza, en principio, la fuerza expansiva de la presente regulación contrac-

* Como se sabe, se trata de un Anteproyecto que sigue teniendo sólo valor privado, aunque ha sido divulgado dentro y fuera de Europa, y ha sido presentado ya ante las instancias comunitarias, las cuales lo han incorporado a su archivo informático. He optado, sin embargo, como digo en el texto, por calificarlo y referirme a él, a lo largo de este trabajo como *Proyecto europeo de contratos*, o, más brevemente, *Proyecto de Pavía*, o *Proyecto Gandolfi*, o, simplemente, *Proyecto (Proy.)* y ello tanto por razones de brevedad como por acomodarme al uso que se hace actualmente en la doctrina europea de la expresión *Proyecto Lamá*, de parecidas características. También se le cita abreviadamente así: AvCEC.

tual europea para reglamentar en el futuro ciertos supuestos de actos unilaterales (art. 4). En cambio, menos concluyente parece la inserción en este lugar de los restantes preceptos contenidos en los arts. 1.2, 2.2, y 5 del mismo Tít. A este respecto hay que reconocer que tampoco hay claridad en los Códigos, y en la doctrina, a la hora de perfilar las categorías de los contratos típicos y atípicos, nominados e innominados; de la primera categoría el Proy. trata en el art. 2.2, y de la segunda lo hace el art. 3, siendo oportuno recordar que en el tráfico también hay contratos que, simultáneamente, son atípicos e innominados, y, asimismo, contratos nominados pero igualmente atípicos (por ej. en España, el de *factoring*). Pero quizá las mayores reservas doctrinales pueden proceder de la un tanto sorprendente inclusión de los requisitos de capacidad y elementos esenciales del contrato dentro de las disposiciones preliminares, mientras que, no menos sorprendentemente, la forma de aquél se ha relegado nada menos que al tít. IV (cabría así preguntar: la forma *ad substantiam* ¿no resulta igualmente elemento esencial del contrato? y, en el supuesto de serlo ¿bastaría con la mera alusión a la misma contenida en el art. 5.4 del Proy.?).

2. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE UNA DEFINICIÓN DEL CONTRATO EUROPEO

El tema fue objeto de amplio y profundo debate entre los Académicos, cuya síntesis parece conveniente transcribir²:

"La oportunidad de una definición (del contrato) fue puesta en duda por algunos Académicos mediante una serie de argumentos sustancialmente similares. El Grupo inglés considera como *circular* cualquier definición, remitiéndose al § 305 BGB, y sugiere la utilización eventual de la fórmula del art. 1101 C.c.fr., subrayando que se trata de un acuerdo que

² *Code européen des contrats. Avant-Projet* (Coordinateur G. Gandolfi), Livre premier, I, 3^a ed. (Milano 2002) p. 115 ss. En adelante la cita se abreviará con el nombre del Coordinador que es también autor de los diferentes *Rapports introductifs* y la pg. correspondiente.

compromete en el plano jurídico. Esto parece necesario en atención a la previsible y aceptable renuncia de la *consideration* (como requisito esencial del contrato), en la que los *common lawyers* ven una prueba de la seriedad de la intención de asumir compromisos jurídicos. Por el contrario, tal exigencia no aparece evidente a los ojos del Grupo español, para quien la *juridicidad* de la relación deriva implícitamente de la situación concreta, pues, después de todo, cabe deducirla de las expresiones utilizadas, del comportamiento de las partes y de las circunstancias: esto depende de la práctica social según la cual, a los acuerdos de este tipo, se conceden, o no consecuencias jurídicas. Por su parte STRANARD y VIGNERON afirman simplemente que formular una definición resulta estéril, mientras que el último autor citado invoca el famoso brocardo latino *omnis definitio periculosa est*".

"Otros por el contrario optan por redactar una definición. Así DESKAROLIS muestra su preferencia por el texto del *Contract Code*, lo mismo que ANTUNES VARELA, quien aprueba la alusión a la ley como fuente de efectos jurídicos (*which the law recognizes*) contenida en aquélla; sin embargo, se pregunta si no sería bueno elaborar el texto de la regla de modo que se evite que en tal noción se incluyan los acuerdos particulares entre cónyuges, de alcance patrimonial, que se utilizan actualmente de modo habitual por causa de las reformas nacionales del derecho de familia. El Grupo español prefiere el texto italiano, si bien propone añadir a la expresión *rapport juridique* la palabra *obligatoire*. En opinión de SORTAIS la definición de contrato dada por el Código McGregor parece aceptable a todos, salvo que se trata de una definición extensa y se aplica más bien a lo que, siguiendo una terminología más rigurosa, se denominaría *convention*; añade que el término *contrato* constituye una especie dentro del género *convencción*, y, precisamente, lo propio del contrato es engendrar obligaciones."

Por mi parte observo que mientras el contrato no se define en el BGB, ni en los Códigos que en el mismo se inspiran (CSO, C.c.griego de 1940, C.c.port. 1966), parece que el argumento de mayor peso para adoptar en el texto una definición de contrato, estriba en la necesidad práctica de evitar los sobreentendidos a la hora de aplicar las normas del nuevo Código en cada uno de los países de la U. E. En efecto, no es fácil hacer *tabula rasa* de las concepciones doctrinales vigentes en cada territorio —hasta ahora criterio prevalente, en cada país, en materia contractual—, y aunque aquí nos enfrentaríamos a un importante problema *ex post* (es decir, el del método más adecuado para aplicar la normativa europea por juristas educados en distintas tradiciones jurídicas), no cabe pasar por alto la inicial reacción lógica de los Tribunales y de los operadores jurídicos de cada país, en presencia de lagunas en el nuevo Código europeo (con mayor razón si, por ej. las dudas recaen sobre la concepción del contrato), y que se resolverían casi inevitablemente con el recurso a la propia tradición jurídica, pese al riesgo de hacer fracasar el propósito unificador⁸. Existe, por tanto, una razón pragmática, pero de peso, a la que pueden añadirse otras de tipo teórico: como se sabe, la dogmática de las obligaciones y contratos ha alcanzado en diversos países europeos, después de la Segunda Guerra Mundial, cotas apreciables de rigor científico, y los Académicos no han sido insensibles a tal progreso.

Para profundizar en la primera parte de mi investigación me parece oportuno utilizar inicialmente un riguroso método exegético en la interpretación del Proy. de Pavía.

⁸ Es un argumento de GANDOLFI, op. cit. p. 118.

LIBRO PRIMERO*

TÍTULO I

Disposiciones preliminares

Art. 1. Definición

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos incluso a cargo de una sola parte.

2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe¹⁰.

* La técnica utilizada en el Proy. es la clásica y, además, resulta preferible a otras (por ej. la seguida novedosamente por el Nuevo C.c.hol. que parece tener algunos seguidores entre nosotros). El Libro I se divide en Títulos, conforme a criterios lógicos y dogmáticos habitualmente usados; cada Tít. lleva su enunciado que, por lo general, responde a su contenido; en algún caso, debido a la extensión de la materia, el Tít. se subdivide en secciones (como en el Tít. VI). En cuanto a los artículos se ha seguido la difundida costumbre de añadir un *ladrillo* o, más bien, enunciado que describe brevemente el contenido.

¹⁰ Indico a continuación las diferencias que presenta la versión española supervisada por De los Mozos-Luna con la que se sigue en el texto, que ha sido realizada por miembros del GIZ (Grupo de Investigación de Zaragoza) indicándose a continuación en subrayado las variantes .y, entre corchetes, aquella:

Art. 1. Definición. 1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden originarse [que puede comportar] obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte [aun a cargo de una sola de ellas] 2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo puede establecerse [se forma] también mediante [a través de los] actos concluyentes, positivos u omisivos [activos u omisivos], siempre que sea conforme [sean conformes] a una voluntad precedentemente manifestada [expresada], a los usos o a la buena fe.

Las diferencias son, por lo general, de expresión o de matiz, salvo la forma verbal *sea* en singular, del apartado 2, que en el texto original claramente se refiere al acuerdo y no a los actos concluyentes.

En cuanto a la expresión *actifs* u *omisifs* del texto original ha parecido más elegante la versión no literal de *positivos* u *omisivos*, en vez de la literalidad de *activos* u *omisivos*.

3. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Se trata de una norma básica o fundamental por ofrecer una verdadera definición —más que descripción— comprometida y comprometedora, de lo que el Grupo de Pavía entiende por contrato. El género próximo es el *acuerdo* y su finalidad consiste en crear, regular, modificar o extinguir una —o varias— relaciones jurídicas. A las personas intervinientes se les califica correctamente de *partes*, admitiéndose tanto el contrato bilateral como el plurilateral. Además de los efectos obligatorios, se deja abierta la posibilidad de que el contrato produzca otros efectos reales, como ocurre en algunas legislaciones nacionales, y como, en efecto, prevé más adelante el art. 46. El acuerdo contractual puede establecerse de modo expreso, y, sin duda, tácito; pero la novedad radica en la explícita aceptación del acuerdo obtenido a través de actos concluyentes, incluso omisivos, siempre que aparezca respaldado por una voluntad precedentemente manifestada, por los usos o costumbres, o por la buena fe.

4. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

Es opinión generalizada entre los Académicos que este Proyecto debe mucho a la aplicación del método comparativo, lo que, sin duda, corresponde a la realidad de lo ocurrido en su elaboración, bastando la consulta de los diferentes *rappports introductifs* elaborados por el Coordinador Prof. GANDOLFI para convenirse de ello. Adviértase que los países destinatarios de aquél pertenecen mayoritariamente a los sistemas del *Civil Law*, es decir al grupo de los países europeos romano-germánicos, si bien con una importante presencia (Gran Bretaña e Irlanda) de países del *Common Law*. De hecho el C.c.ital. de 1942 y el *Contract Code* de McGregor sirvieron de textos-base en todas las discusiones. Parece conveniente confrontar además el Proyecto con otros Códigos de nuestra área o sistema jurídico.

Invocado con frecuencia en las discusiones, resulta obligado mencionar aquí el art. 1101 C.c.fr.:

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La notoria influencia gala en el C.c.it. 1865 no se tradujo, sin embargo, en una mera reproducción de la definición o descripción del contrato en el art. 1098:

Il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.

Tampoco fue mera reproducción de alguno de estos textos el art. 1254 C.c. esp. que resulta, en cierto modo, más fiel al modelo francés que al italiano, aun salvando distancias respecto de ambos ya que renuncia a definir lo que es el contrato y se contenta meramente con describirlo, como acepta mayoritariamente la doctrina:

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.

Por su directa inspiración en el C.c. Napoleón resulta interesante el art. 1906 C.c. Louisiana, cuya versión actual es la siguiente:

A contract is an agreement by two or more parties whereby obligations are created, modified or extinguished.

El texto se ha revisado en 1984, eliminándose el final del artículo que traducía literalmente el mismo final del precepto francés.

Un modelo relevante a la hora de redactar el texto aprobado ha sido el art. 1321 C.c.it. 1942, cuyo texto reza así:

Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

También se cita reiteradamente en el *rapport introductif* el *Contrac Code*, cuyo art. 1 dispone a este respecto:

A contract is an agreement between two or more persons which the law recognises as creating, altering or extinguishing rights and duties.

A mi juicio, conviene mencionar asimismo el art. 2 del último texto, que constituye una aclaración o explicación de bajo cuales requisitos el *agreement* constituye, o no, un contrato:

Every agreement is a contract except where:

(a) *the terms of the agreement are too uncertain*

(b) *the persons making the agreement do no intend to be legally bound by it, or*

(c) *the agreement lacks the necessary formal characteristics*¹¹.

Asimismo, las circunstancias concurrentes en su elaboración aconsejan prestar atención al art. 213, tít. 5, Libro 6, C.c.holandés de 1993, cuyas versiones oficiosas, francesa e inglesa, inserto a continuación:

1. *Le contrat s'entend au présent titre comme l'acte juridique multilatéral par lequel une ou plusieurs parties s'obligent envers une ou plusieurs autres.*

(1. *A contract in the sense of this title is a multilateral juridical act whereby one or more parties assume an obligation towards one or more other parties.*)

A la hora de redactar la definición del art. 1.1 del Proy. no se ha seguido la generosa sugerencia del Grupo inglés de tomar por base el art. 1101 C.c.fr., pues —a mi juicio, con acierto—, se ha prescindido del término equívoco *convention* sustituyéndolo por *acuerdo*, término recogido, sin embargo, en el art. 1321 C.c. it.1942, e implícito en el *agreement* del *Contract Code*; asimismo no se ha caído en el error —en que incurre nuestro art. 1254 C.c.— de confundir el objeto de la obligación (dar, hacer o no hacer alguna cosa), con el objeto del contrato cuya finalidad es crear, regular, modificar o extinguir una o varias relaciones jurídicas; en este sentido el art. 1.1 Proy. resulta preferible al art. 213 C.c.hol.,

¹¹ Ulteriores requisitos de validez de los contratos en Derecho inglés son explicados sumariamente por MCGREGOR en el breve comentario que acompaña a estos artículos en la obra *Contract Code* (Milano 1993) p. 1-3.

demasiado vago y genérico al referirse meramente al hecho de obligarse o de asumir una obligación, y también exclusivamente ceñido al concepto galo de *acto jurídico*. También parece acertada la eliminación del carácter *patrimonial* de las relaciones u obligaciones que podrían surgir del contrato europeo, requisito que, sin embargo, subsiste como nota muy característica en el texto italiano.

Por todo ello hay razones para emitir un inicial juicio favorable a la definición contenida en el art.1.1 del Proy. de Pavía.

5. EL CONTRATO FORMALIZADO MEDIANTE ACTOS CONCLUYENTES

La formación del contrato en general no es objeto de este capítulo; aquí procede únicamente comentar el art. 1.2 que contempla una modalidad de expresarse el acuerdo o consentimiento contractual, pero cuya ubicación podría considerarse, en cierto modo, desplazada. Sin embargo en el *rapport introductif* se encuentra para ello una explicación suficiente¹²:

"Por lo que se refiere al problema de la consistencia ontológica del contrato, a la vista de su actual fisonomía efectiva, parece oportuno tener en cuenta que la fórmula italiana (del contrato) está influida todavía por la idea tradicional del contrato como *acuerdo* que nace de una cooperación volitiva, como doble aportación psicológica a la configuración de la relación jurídica, e igualmente, y sobre todo, bajo la consideración de su contenido. La definición del *Contract Code* aparece como análoga, pero es seguida y completada por la precisión contenida en su art. 11 sobre la manera de concluir el contrato. No podría ignorarse, por lo tanto —y en tal sentido hay una recomendación del Grupo inglés— que en la sociedad actual, y sin duda en medida cuantitativamente dominante, se han impuesto formas de conclusión del contrato en las que la

¹² GANDOLFI op. cit. p. 119 s.

posibilidad de elegir de una de las partes, a menudo la más débil, se ha reducido claramente hasta el punto de que los distintos legisladores se han visto incitados a adoptar disposiciones especiales para la tutela de tales sujetos, consumidores o usuarios. En tales supuestos, aunque no sólo en ellos, la perfección del contrato, en lugar de efectuarse a través de declaraciones, se realiza sobre la base de meros comportamientos. Parece por tanto necesario relacionar esta diferente manera de perfeccionar el contrato —atendidos los usos en vigor en la práctica— con las exigencias de la buena fe, salvaguardando los límites que impone esta última. Con esta precisión se pretende asimismo considerar la exigencia que deriva del art. 11 del *Contract Code*.¹³

En realidad se hace aplicación de una idea antigua que el Coordinador había mantenido de modo reiterado a lo largo del proceso de elaboración de *Proy*, y que se había expresado en páginas anteriores¹³:

“En la hipótesis de considerarse oportuno definir el contrato, se había propuesto además en el *rapport introductif* al Coloquio de Pavia de 1990 (GANDOLFI) que se tuviera en cuenta en la misma definición la manera en que hoy día se perfeccionan en la realidad gran número de contratos, es decir no a través de una doble participación volitiva mediante la cual ambas partes concurren para determinar el contenido, sino por simple adhesión —incluso a través de meros comportamientos—, respecto de ofertas, a menudo permanentes, dirigidas al público que se beneficia de ellas. A este propósito se ha observado (G.B. FERRI) que pueden considerarse celebrados acuerdos incluso a través de simples comportamientos, aunque sea de manera exclusivamente adhesiva, como ocurre en los *faktische Verträge*. Al menos conviene integrar en la definición misma del contrato una indicación en

¹³ GANDOLFI *op. cit.* p. 117 s.

esta dirección (salvo lo relativo al silencio de lo que se tratará *infra*)¹⁴.

A mi juicio, la importante novedad que supone el art. 1 radica en la incorporación a la noción técnica de contrato, por vía indirecta, de las denominadas relaciones contractuales de hecho, aunque sometiéndolas a determinados requisitos¹⁴. El tema se incardina en la fase de aceptación de una oferta contractual, sin que los hechos puedan estimarse como de aceptación tácita; pertenece al fenómeno de la contratación en masa y, probablemente, se dará habitualmente en la contratación bajo condiciones generales impuestas por el oferente; supone además, que tal comportamiento tiene —de algún modo— carácter recepticio, por lo cual ha llegado —o ha podido llegar—, a conocimiento de aquél.

El art. 1.2 es más bien restrictivo o, si se quiere, muy prudente, a la hora de aceptar esta innovación. Es una regla que deja a salvo las disposiciones en contrario del propio Proy. ; debe tratarse de *actos concluyentes*, es decir inequívocos, cuya interpretación no suscita duda alguna, si bien pueden consistir también en una conducta omisiva por parte del contratante a quien van a imputarse los efectos del contrato que se presume perfeccionado. A mi juicio, no basta con la concurrencia de los anteriores requisitos, sino que lo fundamental es que tales actos concluyentes se enmarquen en alguno de los tres escenarios que la norma describe: *una voluntad precedentemente expresada*, y tal voluntad tanto puede ser manifiesta como tácita (por ej. el hecho de entrar en un supermercado y tomar un carrito predispuesto para uso de los clientes; ya que quien carga en el mismo mercancías que están ofrecidas al público, realiza una compraventa por actos concluyentes, sin necesidad de ninguna declaración, aunque hasta el momento de pasar por caja puede desistir según la legislación

¹⁴ Postura que contrasta con la de quienes reenvían el estudio de este caso a la teoría de las fuentes de las obligaciones (así DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5ª ed. (Madrid 1996) p. 134 s.

consumerista); *usos o costumbres*, de carácter normativo y que deben probarse en su caso; por último, se invoca la *buena fe* (se trata de la buena fe objetiva que impone reglas de conducta). El texto francés del Proy. de Pavía resulta inequívoco: *l'accord se forme aussi*; es decir, en este caso la norma ordena que también hay contrato en sentido técnico, incluíble, por lo demás, en el supuesto descrito en el art. 1.1¹⁵.

Por todo ello resulta aquí pertinente la cita del art. 11 del *Contract Code*, a cuyo tenor, y bajo el epígrafe *de method of making agreement*, se dice literalmente: *An agreement may be inferred from the written statements, the oral statements or the conduct of the parties, or from any combination of these*¹⁶. El consentimiento contractual, según esta regla, se infiere o se deduce del comportamiento de las partes, bien sea por sí solo, bien en relación con otros acuerdos verbales o escritos. En mi opinión, tal regla, al aceptarla, resulta oportuno desarrollarla, condicionarla y limitarla, tal como, efectivamente, se hace en el Proy. de Pavía.

¹⁵ No faltan autores españoles que han admitido la posibilidad de formación del contrato por actos concluyentes, aunque sea englobándolos dentro de la declaración tácita. Así RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ *et alii*, *Elementos etc.*, II-1^o, 3^a ed. Dykinson (Madrid 2003) p. 389. escribe: "A diferencia de lo que ocurre en el caso de la declaración expresa, el comportamiento a través del que se puede expresar objetivamente la intención del establecimiento de una vinculación o, en general, de unos determinados efectos jurídicos no se lleva a cabo por su autor en función de su percepción por otras personas.— En puridad no cabría, por no tener carácter receptivo en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual, de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo. Lo que ocurre es que hay ocasiones en que, en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas. Así ocurre a veces con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (S. de 28 febrero 1990) y así puede ocurrir con el silencio". Del texto transcrito (cuyo subrayado es mío) parece deducirse la aceptación de los hechos concluyentes como forma de perfeccionar un contrato, al menos cuando se deriva de usos o costumbres.

¹⁶ Véase el breve comentario, casi una glosa, de MCGREGOR *op. cit.* p. 7.

Queda en pie la cuestión de si la regla contenida en el art. 1.2 del Proy. está, en cierto modo, desplazada, debiendo incluirse más bien en el Tít. II; efectivamente, el art. 24 Proy. trata específicamente de los actos concluyentes, dejando a salvo lo dispuesto en las disposiciones precedentes (o sea, el art. 1.2). De suyo pertenece a las formas de expresarse el consentimiento contractual, pero al tratarse de una auténtica novedad, y vistas las resistencias doctrinales a aceptar las denominadas relaciones contractuales fácticas, pienso que había razones objetivas que aconsejaban situarla en lugar destacado en el Tít. primero del Proy., como acertadamente se ha hecho.

Art. 2. *Autonomía contractual*

1. *Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijadas en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro*¹⁷.

2. *Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pueden celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, a través de la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos*¹⁸.

¹⁷ Se indican entre corchetes las diferencias con la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: "1. Las partes pueden determinar libremente [libremente determinar] el contenido del contrato, dentro de [en] los límites impuestos por las normas [reglas] imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este [fijados en el presente] Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal [siempre] que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero [únicamente el fin de dañar a otro]". Las variaciones señaladas con el subrayado no resultan, a mi juicio, sustanciales sino meramente de estilo.

¹⁸ La redacción que aquí se ha propuesto para el apartado 2 difiere formalmente, casi en su totalidad, en cuestiones accidentales y en algún punto sustancial, por ello se reproduce entre corchetes la versión de DE LOS MOZOS-LUNA: [2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente

6. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

De los dos apartados que contiene el precepto, el primero representa una regla de alcance supracivil que está presente en todos los ordenamientos de los países occidentales perteneciente al *Civil law*, sea cualquiera la norma que la cobija, mientras que el segundo supone una aplicación de aquélla en orden a la creación por los particulares de los contratos atípicos.

En cuanto al primer apartado, como es habitual en las legislaciones nacionales la norma declara un principio general y sus limitaciones, con una formulación que puede considerarse clásica. También se declaran vigentes las limitaciones a la autonomía contractual que derivan del Derecho comunitario y de los Derechos nacionales; de ello resulta una acumulación o superposición de restricciones a la autonomía contractual, sin que se elimine ninguna; al mismo nivel se colocan los contratos celebrados en perjuicio de tercero, lo que, en cierto modo, podría considerarse como una novedad. En el segundo apartado se contempla una de las manifestaciones de aquella autonomía contractual, de singular alcance en el tráfico, consistente en la facultad de crear nuevos tipos contractuales al margen de los que prevé el Código.

7. LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

No es posible recoger aquí el gran debate doctrinal que se inició en el siglo XIX, ni las vicisitudes que experimentó dicho principio a lo largo del siglo XX, sea por causa de conflagraciones de alcance mundial o por revoluciones nacionales de naturaleza social, con efectos más o menos persistentes y extensos. La autonomía contractual es un principio jurídico que supera las fronteras del Derecho civil para incardinarse en las Constituciones —especialmente, las promulgadas después de la Segunda Guerra

Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la conexión entre diversos actos.

mundial—, y figura ultimamente en textos internacionales y en los Tratados fundacionales de la Unión Europea. La desaparición del régimen soviético, simbolizada en la caída del Muro de Berlín, ha traído y reforzado, para la Europa unificada, renovados vientos de liberalización económica que no podían dejar de ser recogidos en el Proy¹⁹.

Quizá por ser obvio lo anterior, la discusión de este artículo por los Académicos no fue demasiado prolongada, reduciéndose, en realidad, a la comparación y opción entre los siguientes textos legales:

Art. 1322 C.c.it. 1942: *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.— Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.*

Art. 1255 C.c.esp.: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.*

¹⁹ Me parece certera la excelente cita que encuentro en RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1^o, 3^a ed. Dykinson (Madrid 2003) p. 338.

"La autonomía sigue siendo esencial porque la Ley o la Administración no podrían pretender regular los múltiples aspectos de la vida humana que se resuelven contractualmente, y en los que toda otra solución supondría una merma sustancial de la libertad; ni aún aquellas conseguirían los resultados sociales o económicos que consigue, por término medio, la iniciativa individual. Con todas sus taras y necesidades de corrección, el contrato sigue siendo hoy el vehículo de la división del trabajo; la clave de la economía en los países de mayor nivel de vida; el instrumento príncipe de las relaciones económicas entre los hombres, las cuales se establecen en vista de la complementariedad de las economías individuales y de las exigencias del intercambio de bienes y servicios; el tejido conectivo de la vida de los negocios; el medio práctico de actuar las más variadas finalidades; el artificio indispensable para satisfacer las necesidades económicas del individuo o de la empresa, comprendiendo un complejo de intereses contrapuestos o al menos no coincidentes, y sirviendo en definitiva —el contrato: no cada contrato individual— a los intereses comunes. Es, sin duda, el último reducto de defensa del individuo, y cualquier régimen político que respete al individuo tendrá que respetarlo, en la medida en que ayuda al desarrollo de la individualidad".

"DE LOS MOZOS" mostró su preferencia por la redacción del texto español y propuso que sustituyera al primer apartado del texto italiano, formulando reservas, al igual que el Grupo español, sobre el segundo apartado. CARBONNIER considera que debe reconocerse la competencia de cada Estado nacional para definir el orden público y las buenas costumbres. OPPO estima que debe encontrarse una fórmula que garantice la conformidad de los contratos con los valores ético-sociales en los que cada sistema se inspira, y en la que, al margen de la reprobación del fraude de ley y del fraude de los acreedores, se manifieste también una reprobación del acto de emulación; invoca el art. 41.2 Const. Ital. y propone que se precise que el contrato no sólo no debe contradecir las reglas imperativas del Código europeo, sino tampoco las del estado en donde el contrato se perfecciona y se cumple, y asimismo que no debe perjudicar ni a los terceros ni a los acreedores. GANDOLFI reconoce que el art.1322 apartado 2 C.c.ital. responde a influencias del corporativismo de la época, y que el clima actual de libertad exige que la autonomía contractual no se sujete a control para verificar si los fines perseguidos por las partes merecen protección por la norma²⁰.

El art. 2.1 formula, en los siguientes términos, el principio de la autonomía contractual:

"1, Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con tal que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero"²¹.

²⁰ GANDOLFI op. cit. p.121.

²¹ Las diferencias de la versión española de DE LOS MOZOS-LUNA e indican entre corchetes:

"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de [en] los lími-

8. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL

Resulta que la autonomía contractual, en cuanto principio general del Derecho contractual europeo, estará limitada según el Proy.: a) por las normas imperativas; b) por las buenas costumbres; y c) por el orden público; y se entiende que tales límites pueden proceder, a su vez, 1) de este Código europeo; 2) del derecho comunitario; y 3) de las leyes nacionales de cada uno de los Estados miembros de la U.E. No parece necesario profundizar aquí en el estudio pormenorizado de cada uno de ellas pues su concepto está generalmente admitido en la doctrina extranjera y española²²; por otra parte, expresa el máximo respeto a la facultad de cada Estado de fijar, ahora y en el futuro, el contenido de su propio orden público económico.

En cambio, requiere alguna explicación la limitación que deriva de la frase final del primer apartado. Parece que alude a los contratos exclusivamente celebrados en perjuicio o daño de tercero, no siendo suficiente que de la celebración de aquél resulten algunas consecuencias desfavorables para otros sujetos, no buscados ni queridos por ninguno de los contratantes. Esta singular regla deriva de una propuesta de OPPO con base en el art. 41.2 Const. ital. según el cual *l'iniziativa economica privata [...] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, [e] alla dignità umana*, texto que casi literalmente hace suyo GANDOLFI²³. En mi opinión podría configurarse como un supuesto de abuso del derecho en el ejercicio de la autonomía contractual cuya sanción consistiría en la nulidad absoluta del contrato y en la indemnización de daños y perjui-

tes impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, tal como se establece en el presente [fijadas en este Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre [con tal] que las partes no persigan con ello únicamente perjudicar a tercero [el fin de dañar a otro]]. No se advierten diferencias sustanciales.

²² Vide por todos DIEZ-PICAZO, op. et vol. cit. p. 128 ss.

²³ GANDOLFI op. cit. p. 122.

cios causados al tercero. Requeriría que ambas partes contractuales incorporasen a su acuerdo el propósito claro y directo de causar perjuicio a terceros, una categoría de los cuales —los acreedores— ya aparecen protegidos más adelante en este Proy. por el mecanismo de la inoponibilidad del art. 154. 1. letra c), si bien no resulta claro si tal remedio se aplicaría, asimismo, en los demás casos de perjuicios ocasionados a otra clase de personas, en lugar de la nulidad absoluta del contrato que se ha propuesto²⁴.

9. LOS CONTRATOS ATÍPICOS

El segundo apartado del art. 2 podría constituir un artículo independiente que destacara el gran significado que puede tener en la realidad económico-social de la Europa del siglo XXI. Sin embargo, la redacción elegida parece querer plasmar, en primer término, que se trata de una mera consecuencia del ejercicio por los particulares de la autonomía que les reconoce el apartado primero. En este contexto, GANDOLFI²⁵ expresa su preocupación por favorecer la formación de nuevos esquemas contractuales útiles a las relaciones negociales. En la redacción de este apartado, se tuvieron presentes de modo especial el ya transcrito apartado 2 del art. 1322 C.c.ital. 1942, y, a propuesta de ANTUNES VARELA, el art. 405 C.c.port. 1966, cuyo texto es el siguiente:

1. *Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.*— 2. *As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*

La redacción del art. 2.2 del Proy. ha quedado como sigue:

"2. Dentro de los límites del apartado anterior, las partes pue-

²⁴ En nuestra doctrina puede verse el fundamental trabajo de GULLÓN BALLESTEROS, *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*, RDN, 1958, p. 111 ss. Últimamente DIEZ PICAZO, op. et vol. cit. p. 445 s.

²⁵ GANDOLFI op. cit. p. 122.

den celebrar contratos no regulados en este Código, y, en particular, mediante la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios actos²⁶.

No plantea grandes problemas interpretativos el apartado 2º que comento, ya que, además de recordar los límites generales de la libertad contractual enumerados en el primer apartado, se enuncia en términos de gran generalidad, el principio de libertad de creación de los contratos atípicos. No parece, sin embargo, que sean limitativas las dos formas ofrecidas al intérprete para determinar el régimen aplicable a tales contratos; creo más bien que se le brindan *ad exemplum* el de la combinación²⁷ y el de la absorción, pero resulta evidente que los Tribunales y los operadores del derecho podrán utilizar otros métodos, como en cada país está ya utilizando la jurisprudencia²⁸. En mi opinión, tampoco obstará aquella formulación para aceptar el concepto de *tipicidad social*,

²⁶ La versión de DE LOS MOZOS-LUNA ofrece cierto número de variantes, que indico entre corchetes:

"Dentro de [en] los límites del apartado anterior [párrafo precedente], las partes pueden celebrar [concluir] contratos no regulados en este [que no se hallen sometidos a la reglamentación del presente] Código, y, en particular, mediante [a través] de la combinación de diferentes tipos legales, y la unión de varios [relación entre diversos] actos". Con todo, el empleo de circunloquios para expresar la misma idea, o sinónimos (en algún caso discutible) no parece alterar el sentido coincidente de ambas versiones.

²⁷ En el art. 215, Libro 6, del nuevo C.c.hol. encontramos una norma favorable a la teoría sustentada en el texto: *Lorsqu'un contrat se conforme à la description de plusieurs espèces particulières de contrats prévues par la loi, les dispositions relatives à chacune d'elles lui sont concurremment applicables, sauf dans la mesure où ces dispositions ne sont pas facilement conciliables ou que leur portée, en rapport avec la nature du contrat s'oppose à l'application.*

²⁸ En la jurisprudencia de la Sala 1ª de nuestro T.S. se han identificado, entre otros, los siguientes contratos atípicos: distribución y exhibición de películas, corretaje, agencia, racionalización de empresa, promoción de ventas, información, ofertas y negociaciones (llamado también contrato de colaboración), reserva hotelera, colocación de aparatos automáticos, colaboración industrial, arrendamiento turístico, vitalicio (ahora tipificado por el legislador), etc. (Cfr. la referencia jurisprudencial de RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ et alii, 1994, op. et vol. cit. p. 513 n. 1; en la ed. de 2003, p. 496, los supuestos jurisprudenciales pasan al texto, y se adicionan con algunos ejemplos más del año 1996, como apuestas, franquicia, solar por obra, aparcamiento —contrato este último que hoy está tipificado por ley).

ampliamente difundido en nuestra doctrina, según el cual la práctica totalidad de contratos atípicos que funcionan en nuestra realidad aparece dotada previamente de una sólida tipicidad reconocida por la costumbre e, incluso, por la legislación fiscal o administrativa. Por otra parte, se alude, a lo que creo, a esta modalidad de tipicidad en el art. 137.1 del Proy. (refiriéndose a la *noción social de contrato*) al objeto de declarar la inexistencia contractual²⁹.

Art. 3. Reglas generales y particulares aplicables a los contratos

1. *Los contratos, tengan o no una denominación propia en este Código, quedan sometidos a las reglas generales objeto del presente libro.*

2. *Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el presente Código se aplican por analogía a los contratos que no la tienen*³⁰.

10. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Probablemente y debido, en parte, a un arrastre histórico, se recoge en este artículo la referencia a la vieja categoría de los contratos nominados e innominados, al objeto de establecer el régimen aplicable, en general, a unos y otros. En consecuencia, a todos ellos se les aplican las reglas establecidas en el Libro I del Código. Además, a los contratos innominados se les aplicarán, por analogía, las reglas establecidas para los nominados.

²⁹ En nuestra doctrina, puede verse: DUALDE, *La materia contractual única* (Homenaje Clemente de Diego) (Madrid 1940) p. 25 ss. JORDANO BAREA, *Los contratos atípicos*, RGLJ, 1953, II, p. 51 ss. CASTRO LUCINI, *Los negocios jurídicos atípicos*, RDN, núms. 85-86, p. 7 ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid 1967) p. 205 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ *et alii*, ed. 1994, op. et vol. cit., p. 481 ss.

³⁰ Hay práctica identidad en la versión española de DE LOS MOZOS-LUNA del presente artículo; en el primer apartado se suprime la expresión *... que son (objeto)...*; en el segundo párrafo se añade *presente* (Código).

11. EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS EN EL PROY. DE CÓDIGO EUROPEO

La regla se inspira directamente en el art. 1323 C.c.it. 1942, a cuyo tenor:

Tutti i contratti, ancorchè non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.

El Proy. contribuye así, mediante esta norma, a desempeñar una función que puede considerarse que ha sido decisiva durante los dos últimos siglos para el actual desarrollo de la economía europea; tarea, como es sabido, que fue iniciada por el Código de Napoleón, cuyos autores, con notable perspicacia, aprovecharon los estudios de Domat y Pothier sobre las fuentes romanas de los contratos, y elaboraron una doctrina o parte general de éstos, que, con leves variantes, han mantenido los Códigos posteriores. Este Proy. además ha tenido probablemente en consideración que, de ser aprobado, sería la primera norma civil de alcance verdaderamente general aplicable a los países de la U.E., por lo cual ciertas instituciones (por ej. el derecho de la persona³¹) que figuran ahora en la Parte General, o en el Libro I de los Códigos civiles en vigor, han de regularse íntegramente (como ocurre, por ej. con la prescripción y la caducidad: arts. 134 ss.) dentro de este Proy.; o, al menos, por referencia o alusiones al mismo (así ocurre con la emancipación o la declaración de incapacidad: art. 5). Ello justifica, sin duda, la afirmación de que esta Parte general de los contratos viene a representar, hoy en día, la formulación más completa de cuantas existen en el actual derecho europeo legislado. Basta, para comprobarlo, con repasar el contenido del Proy, que a continuación se enumera:

³¹ Véanse los meritorios esfuerzos de M^a Paz GARCÍA RUBIO, en sus colaboraciones sobre *Los sujetos de la relación jurídica privada en el Derecho Comunitario. La persona física, y Persona jurídica sin ánimo de lucro*, en VVAA, *Derecho Privado Europeo* (cooed. S. CÁMARA LAPUENTE), cit. p. 237 ss. y 261 ss., aunque olvida de mencionar el Proyecto de Pavía.

- Tít. I: Disposiciones preliminares.
- Tít. II: Formación del contrato.
- Tít. III: Contenido del contrato.
- Tít. IV: Forma del contrato.
- Tít. V: Interpretación del contrato.
- Tít. VI: Efectos del contrato
- Tít. VII: Cumplimiento del contrato.
- Tít. VIII: Incumplimiento del contrato.
- Tít. IX: Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo.
- Tít. X: Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo.
- Tít. XI: Otras anomalías del contrato y sus remedios.

Obsérvese que existe un desarrollo sistemático de la materia que abarca desde el nacimiento del contrato, pasando por su contenido y forma, así como la decisiva fase interpretativa de aquél para fijar su significado real; es amplia la regulación de los efectos del contrato, tomando postura ante el debatidísimo tema sobre la admisión, o no, de los efectos reales del mismo; son igualmente amplias las reglas sobre cumplimiento e incumplimiento de los contratos, que permiten en todo caso encontrar soluciones para la problemática que, con mayor frecuencia, se debate ante los tribunales; moderna es, asimismo, la postura que se sostiene a propósito de las diferentes formas de cesión del contrato y de las respectivas posiciones de acreedor y deudor; los dos últimos títulos se refieren a la extinción normal y anormal del contrato. Se trata, en su conjunto, de 173 artículos, el último de los cuales de modo significativo hace referencia al arbitraje, ya que uno de los principios inspiradores del mismo es el de salvar el contrato, evitando, en la medida de lo posible, acudir a los tribunales.

Todavía cabe hacer otra constatación: Se han traído a esta Parte general de los contratos algunas cuestiones cuya regulación se realiza actualmente, en los Códigos en vigor, dentro de los con-

tratos en particular (por ej. ciertos modos de determinar la cosa y el precio que, habitualmente, suelen incluirse en la regulación de la venta); ello permitirá *descargar* en el futuro la regulación de tales contratos y, por otro lado, *revalorizar* dichas reglas cuya aplicación general podrá verse ahora con otra perspectiva.

12. LA CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS

El art. 3, bajo el epígrafe genérico de *reglas generales y particulares aplicables a los contratos*, presupone la distinción clásica entre contratos *nominados e innominados*. El concepto podría evidentemente sustituirse por el de *contratos típicos y atípicos*, sin que se alterara prácticamente el resultado final perseguido por la norma, aunque parece que, en la práctica, la gran mayoría de contratos atípicos gozan ya de una *tipicidad social* que, al menos, sirve para proporcionarles en el tráfico un *nomen*.

El origen del art. 3 del Proy. parece situarse en el pár. 1º del art.1107 C.c.fr.³², cuyo texto es el siguiente:

Les contrats, soit qu'il aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales que sont l'objet du présent titre.

El texto fue, por su parte, adoptado literalmente por el art. 1103 pár. 1º C.c.ital. 1865:

I contratti, abbiano o no abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo.

Pero la dicción literal no pasó al vigente art. 1323 C.c.ital., como tampoco lo había asumido, en su momento, el C.c.esp.

Como se sabe³³, el tema de los contratos innominados es objeto actualmente de vivas discusiones reflejada en la abundante doc-

³² A propuesta del Grupo español (GANDOLFI op. cit. p. 123).

³³ Ver por todos IGLESIAS, *Derecho romano*, 6ª ed. (Madrid 1972), p. 451 ss.

trina romanista producida en torno al mismo, yendo unido el tema a la ausencia en Roma de una categoría general de contrato. Sólo en la Compilación justiniana se sienta el principio de que si dos personas se ponen de acuerdo en orden a realizar una prestación a cambio de otra, y una de ellas realiza la suya, surge para la otra la obligación de cumplir la contraprestación. Los juristas clásicos tratan de amparar convenientemente el acuerdo no reconocido como tal contrato, y, para ello, buscan el marco de una figura contractual típica, es decir, de un contrato con *proprium nomen* o *propria appellatio*; famosas son las discusiones surgidas en torno a la permuta y a la *aestimatio*, figuras a las que se unen, en calidad de innominados en el Derecho justiniano, el precario y la transacción.

En la doctrina civilista española actual ha dejado de destacarse como categoría contractual propia la de los contratos nominados e innominados, equiparándola, en la práctica, a la de contratos típicos y atípicos³⁴. Dado que la gran mayoría de los contratos atípicos están dotados, según se ha dicho, de *tipicidad social*, las dificultades de regulación sólo pueden plantearse, en la práctica, respecto de los atípicos innominados³⁵.

13. REGULACIÓN ANALÓGICA DE LOS CONTRATOS INNOMINADOS

"No hubo en este punto coincidencia entre los Académicos; para DE LOS MOZOS³⁶, en el caso de un contrato innominado que deriva de dos o más contratos típicos, parece novedoso imponer el recurso a la analogía, cuya aplicación

³⁴ Vide RIVERO HERNÁNDEZ op. ed. et vol. cit. p. 484.

³⁵ Debe observarse, respecto de los contratos innominados que, con frecuencia, las partes atribuyen alguna denominación al acuerdo consensuado, si bien la doctrina jurisprudencial en fase interpretativa reitera que es irrelevante el *nomen* atribuido por las partes pues *los contratos son lo que son*; lo que, sin embargo, no obsta a que las partes hayan acordado en su calificación y a que ésta sea aceptada por los Tribunales.

³⁶ GANDOLFI, op. cit. p. 122.

puede resultar imposible; en cambio STRANARD³⁷ considera oportuno la sumisión de un contrato mixto al régimen del contrato nominado con el que se relaciona la prestación en discusión; GANDOLFI³⁸, por su parte, llama la atención sobre el hecho de que la jurisprudencia italiana ha hecho uso del criterio analógico para regular las nuevas formas contractuales de origen extranjero”.

Del art. 3 apartado 2 del Proy. no se deriva, al parecer, una inicial obligación del intérprete de aplicar la analogía, sino que, más bien, su redacción parece apuntar, o al último criterio legal de regulación de estos contratos, o, al menos, a ser uno del que puede servirse, a su discreción, el intérprete. En presencia de un contrato innominado y atípico, cabe proponer la siguiente jerarquía de normas: en primer lugar, además del régimen legal imperativo (art. 3.1 Proy.), habrá de aplicarse la *lex privata* o régimen pactado por los contratantes (como se sabe es frecuente que el pacto sólo contenga una normativa parcial); si el contrato innominado posee tipicidad social, será posible acudir, además, a usos y costumbres, o, incluso, a la normativa fiscal o administrativa; en último término se impondrá la analogía; en primer lugar la *analogía legis* y, en último término, la *analogía iuris*³⁹. No resulta, por tanto, inadecuada la remisión a la analogía en este precepto, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que el Proy. carece de normas propias sobre aplicación del método analógico en general.

Art. 4. Reglas aplicables a los actos unilaterales

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter imperativo en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse, en

³⁷ GANDOLFI, op. et loc. cit.

³⁸ GANDOLFI, op. cit. p. 124

³⁹ Vide RIVERO HERNÁNDEZ, op. ed. et vol. cit. p. 486.

*tanto sean compatibles, a los actos unilaterales realizados con vistas a la estipulación de un contrato o en el desarrollo de la relación que de aquél deriva, aunque tengan por finalidad provocar su extinción o invalidación*⁴⁹.

14. SENTIDO GENERAL DEL PRECEPTO

Este artículo muestra la fuerza expansiva, digna sin duda de loa, con la que se quiere dotar a los preceptos del presente Proy. de modo que los actos unilaterales —carentes, por tanto, de requisitos y, en consecuencia, no aptos para originar contratos por sí mismos—, se regirán analógicamente por las reglas generales de aquéllos. En ausencia de una Parte general de Obligaciones que contemplara esta hipótesis, se considera razonable que, con las debidas cautelas, se ordene en esta sede aplicar a los mismos las reglas contractuales.

15. EL PRECEDENTE DEL C.C.ITAL. DE 1942

Su origen próximo aparece en el art. 1324 C.c. vigente, cuyo texto, bajo el epígrafe de *Norme applicabili agli atti unilaterali*, dispone:

Salvo diverse disposizioni di legge, le norme chi regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

⁴⁹ Se indican entre corchetes las diferencias con la traducción de DE LOS MOZOS-LUNA:

Salvo disposición contraria de este Código, o comunitaria, o en vigor con carácter [como regla] *imperativo[a]* en los Estados miembros de la Unión Europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben aplicarse [ser observadas] en tanto [en cuanto] sean [ellas] compatibles, respecto de [en relación a] los actos unilaterales realizados con vistas [que tengan lugar en oeden] a la estipulación de un contrato, o en el desarrollo [curso] de la relación que de aquél [de él] deriva, aunque tengan por finalidad [aun cuando tengan por fin] provocar su extinción o invalidación.

Las numerosas diferencias advertidas, como se observa, son, por lo general, meramente accesorias y de estilo.

Por parte del Coordinador se nos advierte que;

"Hubo una enmienda de supresión del precepto. por parte de ANTUNES VARELA⁴¹, basada en que los actos unilaterales poseen naturaleza y estructura diversa de los contratos (es sintomático el ejemplo de las promesas unilaterales), por lo cual resulta conveniente no incluir tal norma en un código de contratos, que no debería aplicarse a los actos unilaterales. En su lugar propone una regla similar a la del art. 406 C.c.port. 1966. En cambio, el Grupo español y STRANARD se pronuncian por su mantenimiento en el Proy.; DE LOS MOZOS, invoca por su parte, el riesgo de que, al aceptar la norma, esta introducción del Cód. podría resultar demasiado compleja. GANDOLFI opina que las objeciones desaparecen si sólo se toman en consideración los actos unilaterales que se insertan en un contrato en fase de cumplimiento o para su extinción; por otra parte invoca la corriente doctrinal que trata de encontrar apoyos normativos a la generalización del *Rechtsgeschäft*; en todo caso concluye que habría que eliminar la precisión contenida en el precepto italiano relativa a los *atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale*."

16. APLICACIÓN ANALÓGICA A DETERMINADOS ACTOS UNILATERALES

La aplicación del régimen contractual a los actos unilaterales se rodea de prudentes cautelas, ya que aquéllos deben haber surgido con motivo u ocasión de la celebración de un contrato (por lo tanto, no cuando nacen de modo autónomo e independiente de cualquier relación contractual), o en el curso del desarrollo del mismo, incluso aunque su objeto sea extinguir o invalidar aquél. Por otra parte, en la doctrina y jurisprudencia italianas no parece que el art. 1324 C.c. en vigor haya suscitado, hasta ahora, una abundante casuística⁴².

⁴¹ GANDOLFI, op. cit. p. 124.

⁴² Cfr. CENDON, *Codice annotato civile II* (Torino 1995) p. 456 ss.

Art. 5. Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato

1. *Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que ha cumplido dieciocho años, o bien que esté emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.*

2. *El contrato celebrado por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz o que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de comprender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al art. 150.*

3. *Los elementos esenciales del contrato son:*

- a) *El acuerdo de las partes.*
- b) *El contenido.*

4. *Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código⁴³.*

17. SIGNIFICADO GENERAL DEL PRECEPTO

Con diversas formulaciones un precepto similar se reitera en todas las codificaciones europeas aunque con un contenido muy variado. Se trata, por tanto, de la proyectada regulación de los

⁴³ Se indicarán entre corchetes, y párrafo por párrafo, las diferencias que ofrece la versión de DE LOS MOZOS-LUNA:

1. *Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse [ser concluido] por una persona física que ha cumplido [tiene] dieciocho años [cumplidos], o bien que esté [haya sido] emancipado [o] y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.*

2. *El contrato celebrado [concluido] por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz, o que, incluso con carácter [aun a título] transitorio, no está en condiciones [condición] de comprender [comprender] o de querer, es susceptible de ser anulado conforme al [conforme lo dispone el] art. 150.*

Hay identidad literal en el apartado 3 con la traducción del GIZ.

4. *Una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines incluidos en este Código. [No es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código].*

Ninguna de las modificaciones recogidas pueden considerarse esenciales.

llamados *requisitos esenciales*, o *condiciones exigidas para la validez*, que deberá reunir el contrato europeo para producir efectos conforme a este Proy. Aparte de su colocación sistemática —que suscita algunas reservas según antes expuse—, destaca este precepto tanto por lo que expresa —y el modo de expresarlo— como, singularmente, sobre lo que silencia u omite; en particular por consagrar la eliminación del requisito de la causa y, paralelamente, de la *consideration* del derecho de la *common law*. No sin fundamento puede calificársele, por este motivo, de auténticamente revolucionario.

18. CONSIDERACIONES COMPARATIVAS

A) Códigos que exigen la causa como requisito del contrato:

El punto de partida está representado por el art. 1108 C.c.fr. a cuyo tenor:

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la part qui s'oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.

El texto pasó, con algunas variantes, al art. 1104 C.c.it. 1865:

I requisito essenziali per la validità di un contratto sono:

La capacità di contrattare;

Il consenso valido dei contraenti;

Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;

Una causa lecita per obbligarsi.

Con relación al francés, el primer texto codicial italiano en su inicial apartado sustituye *convention* por *contratto*; altera el orden de los dos primeros requisitos; modifica levemente *le consentement de la part qui s'oblige* por una fórmula más precisa: *il consenso*

valido dei contraenti; en el tercer requisito traduce *engagement* por *convenzioni*, lo que quizá no resulta del todo correcto; tampoco es del todo exacto traducir *una cause licite dans l'obligation* por *una causa licita per l'obbligarsi*. Adviértase que estas diferencias redaccionales han contribuido no poco a alimentar, en buena medida, y durante muchos años, la polémica causalista y anticausalista en cada uno de los países romanistas europeos.

Todavía más rotundo y sintético en su formulación resulta ser el art. 1261 C.c. esp.:

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca.

Se aparta del modelo latino en el punto relativo a prescindir como requisito de la capacidad para contratar, si bien, en cuanto al resto, sigue con bastante fidelidad a ambos Códigos⁴⁴.

⁴⁴ No es posible reseñar aquí puntualmente la discusión causalista en nuestra doctrina. Una descripción objetiva e imparcial del estado actual, puede verse en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, 16ª ed. (rev. por G.García Cantero) (Madrid 1993) p. 635-646. Una sugestiva visión crítica en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos etc.* cit. I, 5ª ed. (Madrid 1995) p. 215-245. Una exposición muy pormenorizada de RAMS ALBESA, en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1ª, 3ª ed. (Barcelona 1994) p. 440-478, y sustancialmente reproducida, sin atribución de autor, en ed. de Dykinson, rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid 2003) p. 414-450.

La discusión sobre la causa puede considerarse una de las más recurrentes en la doctrina civilista española, especialmente durante la segunda mitad del siglo XX: ALBALADEJO *La causae*, RDP, 1958, p. 315 ss.; AMORÓS GUARDIOLA *Comentarios a los arts. 1274 a 1277*, en el *Com. Min. Justicia II* (Madrid 1991) p. 478 ss.; CLAVERÍA *Comentarios a los arts. 1274 a 1277*, en *Comentarios Albaladejo y Silvia Díaz Abaet*, XVII-1ª (Madrid 1993) p. 519 ss.; *La causa del contrato* (Bologna 1998); DE LA CÁMARA *En torno al concepto de la causa de los contratos*, en *Estudios etc.* (Madrid 1985) p. 525 ss.; DE LOS MOZOS, *La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción dogmática de su concepto* RDN p. 9 ss.; *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, RDP, 1970, p. 737 ss.; DIEZ-PICAZO *El concepto de causa en el negocio jurídico*, ADC, 1963, p. 3 ss.; JORDANO BAREA, *La causa en el sistema del Código civil español*, en *VVAA Centenario del Código civil*, I (Madrid 1990) p. 1941 ss.; LÓPEZ VILAS, *Los llamados negocios jurídicos abstractos*, RDP, 1965, p. 487 ss.; MORALES MORENO, s.v. *Causa* (*Derecho civil*), en *VVAA Enciclopedia jurídica básica*, I (Madrid 1995), p. p. 958 ss.; SANCHO REBULLIDA *Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil*, RGLJ 1971, p. 663 ss.; TORRALBA *Causa ilícita: Exposición sistemática de la jurisprudencia del TS*, ADC, 1966, p. 661 ss.; TRAVIEZAS, *La causa en los negocios jurídicos*, RGLJ, 1919, pp. 28 ss.; 105 ss.; 211 ss.; 320 ss.; y 503 ss.

En todo caso, el precepto que ha estado de modo especial muy presente en las discusiones del Grupo de Pavía, ha sido el art. 1325 C.c.it. 1942:

I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3 l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Sabido es que en el Derecho inglés uno de los elementos esenciales del contrato es la *consideration*, que algunos autores continentales han aproximado, y hasta parificado, con la *causa* de los códigos latinos; aunque la doctrina comparativa más reciente muestra cautela ante tal equiparación; se dice que la noción de *consideration* incorpora dos ideas, la recompensa por un beneficio atribuido, y la tutela de la confianza⁴⁵. En todo caso, en el *Contract Code* se propone su eliminación⁴⁶.

B) Códigos que no exigen la causa como requisito del contrato:

Por regla general falta en estos cuerpos legales un artículo similar a los transcritos que enumere los diferentes requisitos esenciales del contrato; lo normal es que la regulación se disperse en diversos preceptos, los cuales suelen tener en común la ausencia de causa como requisito esencial del contrato. Así ocurre en el All.BGB, en el BGB, en el CSO de 1911, en el C.c. griego de 1940, en el C.c.port. de 1966 y en el nuevo C.c.hol. 1993.

19. LA DISCUSIÓN ENTRE LOS ACADÉMICOS

El tema de la supresión o conservación del requisito de la causa ha dado origen a buen número de intervenciones por parte de los Académicos de Pavía, que juzgo ilustrativo recordar⁴⁷.

⁴⁵ Así últimamente vid. ALPA, *La "consideration" en la obra colectiva Atlas de Derecho privado comparado* (trad. esp. de Fernández Campos y Verdura Server) (Madrid 2000), p. 181 ss.

⁴⁶ MCGREGOR, op. cit. p. 3.

⁴⁷ GANDOLFI, op. cit. p. 126-131.

"En el *Rapport introductif* de GANDOLFI, presentado en la reunión de octubre 1993, ya se propuso su supresión, con aceptación mayoritaria. Posteriormente se adhirió el Grupo español, refiriéndose también al requisito de la *consideration* en el derecho inglés, dado que la proximidad de ambos conceptos y su razón de ser, pueden deducirse de antecedentes más o menos lejanos (por ej. en los escolios de los Basilianos en los que la causa consiste en la *datio* o en el *factum* que originan la obligación de la contraparte), y la enunciación por DOMAT de la doctrina típicamente jusnaturalista de la *cause de l'obligation*. Por otro lado, se observa además que el objetivo, útil en sí mismo, perseguido mediante la doctrina de la *cause illicite* no exige necesariamente conservar el concepto mismo de causa, ya que puede enfrentarse el tema siguiendo otra vía, como lo demuestra el §138 BGB. Por su parte ANTUNES VARELA observa que si se conserva la causa entre los elementos esenciales del contrato, habrá que precisar que ésta consiste en 'la función económico-social que el contrato está destinado a cumplir', debiendo aprovecharse la ocasión para eliminar la confusión surgida a propósito de la *causa*, aludiendo unas veces a la causa de la obligación, otras a la causa del contrato, o, por último, a la causa de la atribución (*Vermögenszuwendung*) como en el caso del enriquecimiento sin causa (§ 812 BGB). En cuanto a la regla contenida en el art. 1325 C.c.it.1942, propone sustituir la expresión *condiciones requeridas*, por *elementos esenciales*, y añadir a la palabra *forma* el calificativo de *especial*."

"OPPO en su ponencia individual estima no esencial la conservación del elemento de la *causa*, dado que es posible encontrar otra vía para asegurar la conformidad del contrato con los valores de base del contrato. No se trata de deducir a la luz de la tradición lo que constituye la causa tal como está recogida en el art. 1325 C.c., sino más bien de verificar la función efectiva que ha cumplido y cubre actualmente en

el sistema italiano, y las reacciones que suscita; ello permitiría evaluar su alcance y utilidad."

"Por su parte FERRI invoca otras dos razones para prescindir del requisito de la causa en nuestro Proy. De una parte, porque en el C.c. vigente se ha separado de la idea de *causa de la obligación*, convirtiéndose sustancialmente en un elemento del contenido del contrato. Además, al expresar la función económica y social del contrato, ha terminado por crear en la doctrina italiana una inoportuna superposición con la temática del *tipo contractual*."

"GIORGIANNI observa que el concepto objetivo de causa, por diversas razones, resulta hoy controvertido. Ha empleado algún tiempo en adquirir contornos precisos con base en el C.c. de 1942; no faltan autores que todavía siguen hablando de dos conceptos de causa (del contrato y de la obligación), mientras que la jurisprudencia, para resolver la exigencia de situaciones concretas, se ve precisada a referirse a causa del contrato, de la obligación o de la prestación. No pocas perplejidades emblemáticas subsisten sobre la utilidad de la noción objetiva de causa, entendida como función económico-social del contrato, adoptada con el fin de controlar la conformidad de la convención concreta respecto de las finalidades perseguidas por el sistema. Tal control puede ejercerse ya sobre el contenido concreto de los contratos sinalagmáticos; además, en los contratos unilaterales, dado que la prestación se caracteriza por el fin indicado por la parte que la ha prometido, la causa adquiere necesariamente una significación subjetiva, que deriva del fin perseguido por el sujeto, al margen de una significación objetiva, que deriva de la existencia de la relación que justifica la prestación misma. Estas consideraciones, entre otras, han reforzado la tesis anti-causalista, basada en la idea de ser necesario volver a la causa de la obligación, o de la prestación o de la atribución patrimonial. Resulta muy significativo que la *Corte di Cassazione*

italiana en pleno, haya afirmado en 19 sentencias conformes de los años 70, emitidas el mismo día, que sin rechazar el concepto abstracto y objetivo de la causa, en tanto que función que deriva directamente de la ley para cada contrato-tipo, se debe admitir que, en este caso, la causa *debe tener una función concreta y objetiva, que corresponde a una de las funciones típica y abstractamente determinadas.*"

"Según GANDOLFI⁸ hay que considerar qué efectos concretos ha producido, o está en condiciones de producir, el concepto de causa. Así, en primer lugar, impide la existencia del contrato abstracto, y, a decir verdad, las aplicaciones más significativas del concepto, además de las relativas a la ilicitud del contrato y al fraude de ley, conciernen a los contratos en que la causa no aparece ni siquiera de modo implícito: como si se prevé que una de las partes 'cede' a otra la propiedad de un bien, pero sin precisar si ello tiene lugar para realizar una donación, una venta, una permuta, una *datio in solutum* etc. La consecuencia de la nulidad en tal caso se justifica por la jurisprudencia porque la ausencia de una causa 'no permite identificar el fin específico que cualifica la transferencia, impidiendo por ello el control de la licitud o ilicitud de la operación jurídica a la luz del sistema en vigor'. Se recuerda la interpretación que la Relación Ministerial sobre el C.c. ha realizado sobre el inciso final del art. 1322 C.c. 1942, en cuyos términos 'un Código fascista, inspirado en las necesidades de solidaridad, no podría ignorar la noción de causa sin prescindir de lo que debe constituir el contenido socialmente útil del contrato'. Hoy se piensa que la referencia al adjetivo *fascista* lo era por un prurito de conformismo, no sentido en realidad. En todo caso, la verificación de si el contrato en concreto tiene el fin de realizar intereses que merecen ser protegidos por la ley, es demasiado vaga, y susceptible de permitir abusos y actos arbitrarios, por lo cual no

⁸ GANDOLFI op. cit. p.128 s.

puede imponerse a los operadores y a los ciudadanos de la Unión Europea un concepto tan poco determinado, carente de un parámetro cierto de referencia que justifique su conservación."

Prosigue GANDOLFI⁴⁶:

"Ha lugar a plantearse si tal control sobre el hecho de saber si los intereses perseguidos por los contratantes, merecen ser protegidos por la ley, no podrá llegar a constituir un límite *surnoise* a la autonomía privada, de alcance imprevisible de suerte que podría condicionar una eventual evolución de las técnicas y de los modos de actuar que los operadores económicos tienden a elaborar en sus relaciones de negocios. Si la ilicitud podría deducirse del contenido de un acto abstracto, no parece justificado no reconocer que éste es admisible. Ello puede equivaler al rechazo de la tradición romana clásica en la que la *stipulatio*, un contrato abstracto, constituye la figura más consistente de contrato, contemplado como instrumento propio para realizar los intereses más variados, y precisamente su forma verbal servía para protegerlo de los riesgos que podrían derivarse de su naturaleza abstracta. La estructura formal de la *stipulatio*, y al mismo tiempo su abstracción contribuían a que fueran aplicables a un número indefinido de hipótesis: promesas de dar, hacer o no hacer, de cualquier género; donación, constitución de dote; garantía personal; promesas de *usurae*; una larga lista de acuerdos relativos al proceso. De este modo, en el mundo romano que había pasado de una economía agraria a una intensa economía mercantil, la *stipulatio* fue el tipo de *negotium* al que se acudía con mayor frecuencia, a causa de su estructura dúctil, que moderaba las consecuencias de la tipicidad, y cuya evolución postclásica no representó una crisis, sino una justa adaptación a necesidades diferentes."

⁴⁶ GANDOLFI op. cit. p.129 s:

"Sea de ello lo que sea, y más allá de la eventualidad de que el *negotium* abstracto pueda en el futuro adquirir cierto relieve en los intercambios, puede observarse que el hecho de exigir a cada contrato la presencia y, por tanto, la mención de una causa —si ello no obedece a verificar la licitud, ello puede hacerse por otras vías—, parece supérfluo desde el momento en que, como lo ha observado la doctrina, todo contrato persigue necesariamente un fin, o, dicho de otro modo, tiene una función, y, en suma, una causa. Desde este punto de vista la regla del art. 1120 C.c.it. 1865 según el cual *il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa*, aparece conforme a la lógica."

"A la luz de todas las observaciones que preceden— concluye GANDOLFI—, parece oportuno concluir en el sentido de eliminar la causa entre las condiciones requeridas, o, mejor, entre los elementos esenciales del contrato (conviene acoger así la sugerencia hecha por ANTUNES VARELA). A modo de reciprocidad es preciso buscar otra vía para tener la posibilidad de verificar la licitud del contrato y su no oposición a las opciones jurídicas fundamentales."

20. CONSECUENCIAS DE LA SUPRESIÓN DE LA CAUSA COMO REQUISITO ESENCIAL DEL CONTRATO EUROPEO

El debate transcrito *in extenso* permite valorar el alcance de la supresión de la causa entre los elementos esenciales del contrato europeo. Cabe predecir, en principio, que este aspecto entrañaría la novedad probablemente más llamativa —si se quiere, hasta la más *escandalosa* o *revolucionaria*— en caso de que el Proy. entrase en vigor en España, manteniendo dicha supresión⁵⁰. Añadiré que

⁵⁰ Ello significaría enfrentarse a *prima facie* con una doctrina bien arraigada que aparece sólidamente fundamentada en DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid 1967) p. 257 ss.; hasta llegar a la rotunda y categórica negativa a la admisibilidad del negocio abstracto en el Derecho español (así Díez-Picazo, *Fundamentos etc op. et vol. cit.* p. 239 s.; o la posición algo más matizada de Rams Albesa, en Lacruz, *Elementos op. et vol. cit.*, ed. 1994,

ninguno de los civilistas españoles que aprobamos la solución del Proy. abrigaba la aviesa intención de que, en el futuro, la contratación civil entre nosotros derivase mayoritariamente por cauces de inmoralidad o ilicitud. Disponemos hoy de una abundante bibliografía, en varios idiomas, sobre el significado de la causa en los contratos, y estamos convencidos, no ya de que el Proy. Gardolfi se haya afiliado, sin más, al bando anticausalista, sino de la necesidad de depurar y perfilar la función de la causa en los contratos, al objeto de que su imprescindible papel vaya a seguir cumpliéndose, aunque sea sustitutoriamente, en el futuro. Sobre ello hay base en el mismo texto proyectado, y así según el art. 140.1, letra a), del Proy. se dispone la nulidad absoluta cuando el contrato resulta contrario al orden público, o a las buenas costumbres, o a una regla imperativa establecida para tutelar un interés general, o para salvaguardar situaciones de importancia social primaria; la formulación de la nulidad contractual a través de varios conceptos jurídicos conscientemente indeterminados permite deducir razonablemente que cualquier ilicitud o inmoralidad contractual tendría en ellos acogida. Según el art. 143.1 esta nulidad resulta no susceptible de confirmación, ni de aplicación de la nulidad parcial, ni de conversión. Por todo ello puede calificarse de nulidad insanable.

p. 440 ss; y, en el plano monográfico, la resuelta y hasta emotiva postura causalista de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato* (Bolorúa 1998) p.16, quien al explicar el destinatario de su obra, llega a escribir: "Y deberás valer (su lectura) para que los lectores de países cuyos Ordenamientos no sean causalistas lamenten tal hecho". Más adelante, escribe: *Entendida la causa, nos instalamos en una stultitia desde la que podemos contemplar de manera más realista el Ordenamiento, iluminándose ante nuestras ojo figuras tan complejas como el negocio jurídico en fraude de la ley, el negocio indirecto o los negocios simulados y fiduciarios; y lo mismo cabe decir de la llamada abstracción, instrumento peligroso pero muy tentador para los legisladores mercantiles, seriadamente en el campo cambiario* (loc. cit. p. 17). Finaliza con una aclaración terminológica: *Tal vez sería procedente, para ser coherente con nuestro Diccionario, (y con los de Italia o Francia), llamar función o la causa del contrato, y decir que el contrato, si la función pactada en él es lícita y los demás requisitos de capacidad, consentimiento, objeto y firma etc., se ajustan a la ley, es causa de las obligaciones y atribuciones que provoca* (subrayado mío), *obligaciones que podrían tener otras causas o fuentes diferentes del contrato* loc. cit. p. 292).

21. SOBRE OTRAS NOVEDADES DEL ART. 5

Este precepto aparece dividido en cuatro apartados, los dos primeros relacionados con la capacidad de los contratantes, y los otros dos con los denominados elementos esenciales del contrato.

La regulación de la capacidad para contratar no forma parte de los elementos esenciales del contratos, aunque algunos Códigos se ocupan de esta materia dentro de la doctrina general del contrato. En el presente caso, la cuestión resultaba más imperiosa dado que, como he advertido, no existe a nivel europeo una regulación vinculante de la persona en general, ni de la mayoría de edad o de la emancipación. Los dos apartados del art. 5 dedicados a esta materia son escuetos, pero, a mi juicio, eran necesarios y son suficientes.

Prima facie la normativa de los elementos esenciales del contrato en el art. 5 del Proy. resulta singularmente concisa y simplificada, reduciéndolos —en último término—, a sólo dos, el acuerdo y el contenido. La remisión que se hace a la forma esencial en los contratos podría considerarse, como ya he dicho, criticable, ya que hace revivir las dudas anteriormente suscitadas sobre la oportunidad de la colocación sistemática del precepto ahora examinado. Obsérvese que el art. 140.1 b), considera elemento esencial del contrato a la forma, previamente aludida en el art. 5.4, sin que, en consecuencia, se adviertan las razones para no haberla regulado junto a los demás. Por otro lado, tampoco encuentro una respuesta convincente que explique la inclusión de este último, en el tít. de las Disposiciones preliminares (salvo la razón puramente pragmática de agrupar en el Tít. inicial las materias no fácilmente albergadas en otro).

22. LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Las reglas contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 5, se relacionan de alguna manera con los arts. 137.2, a), 143. 2, 144. 2, 146.2, y, de modo especial, con el 150: este último, en virtud de

lo dispuesto en el apartado 2, del que pueden deducirse unas reglas generales sobre la capacidad contractual de los menores y las consecuencias jurídicas de su actuación, bajo el régimen proyectado.

He aquí las razones aportadas por el Coordinador:

Resulta concisa, aunque suficientemente adecuada, la explicación que sobre este punto ofrece el *Rapport introductif*³¹, argumentando que si bien la capacidad de contratar no constituye un elemento constitutivo del contrato, sino más bien una condición de validez (*presupposto*), resulta indispensable, como exigencia de certeza, consagrarle una mención en el Código (y este artículo parece el marco apropiado³²). La finalidad es determinar una edad por encima de la cual tal capacidad corresponde sin ninguna duda a toda persona física, sin perjuicio de remitirse —conforme a las propuestas de los Grupos inglés, italiano y alemán, así como las de DE LOS MOZOS, GARCÍA CANTERO, STRANARD y VIGNERON— a la competencia de los Estados para admitir una edad inferior respecto de ciertas relaciones, y de regular la emancipación y la declaración de incapacidad.

En consecuencia, establece el Proy. que pueden celebrar el contrato europeo: 1º) Las personas físicas que han cumplido 18 años (adviértase que no alude a los *mayores de edad*, probablemente en previsión de que en algún país comunitario la mayoría se fije a una edad superior), 2º) Los menores emancipados que han obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional (hay que entender que se incluyen aquí tanto los contratos que se autoriza a realizar por sí misma a la persona emancipada, como aquéllos que requieren un complemento de capacidad de esta última). En cuanto a los menores no emancipados, así como los

³¹ GANDOLFI *op. cit.* p. 130.

³² La indicación es de Gandolfi. Vide, sin embargo, las observaciones que hago en el núm. 22 párrafo primero del texto.

incapacitados y las personas que, por cualquier causa, incluso transitoria, carecen de la capacidad natural de entender y de querer, se rigen por los criterios bastante amplios del art. 150, ya aludido. Sin entrar aquí en el comentario de este último precepto, obsérvese que la sanción de los contratos que infringen esta regla de capacidad, consiste en la anulabilidad, sometida a un plazo de prescripción de tres años, que empieza a correr a partir del día en que ha cesado la incapacidad (art. 148.3); y que no se anularían si de este contrato sólo derivan ventajas para el incapaz (art. 150.1 *in fine*).

Obsérvese, por último, que esta norma de capacidad está pensada de modo inmediato y directo respecto de las personas físicas, aunque alguna norma, por vía de ejemplo, se refiere a la capacidad contractual de una sociedad anónima antes de su inscripción (art. 137, 2. letra a). Es muy posible que no se haya querido interferir, de modo lateral u oblicuo, en el régimen específico de las sociedades mercantiles, si bien no deja de estar presente la voluntad de superar la distinción entre obligaciones civiles y mercantiles, tal como ocurre en el C.c.ital. de 1942, y en el Derecho inglés.

Adviértase, por último, que las reglas sobre forma *ad substantiam* se aplican también a los correspondientes precontratos, salvo que otra cosa disponga el ordenamiento nacional vigente en el lugar donde radican los inmuebles objeto de aquéllos (art. 35.2).

23. EL CONSENTIMIENTO O ACUERDO DE LAS PARTES

En este punto no hay novedad, pues el consentimiento de los contratantes, es decir, como con terminología clásica aunque ya superada expresa nuestro art. 1262 p.º 1º, *el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*, viene a constituir la esencia del contrato; el eje vertebral de todos los sistemas jurídicos que aceptan como uno de sus pilares el contrato, es el *accordo* o el *agreement*, es el resultado de intercambiar los consentimientos cuya coincidencia constituirá, más

adelante, el objeto de la actividad interpretativa. Dado que el Tit. II trata ampliamente de la formación del contrato, de sus diferentes etapas y de los modos de alcanzarse aquél, no procede profundizar aquí en el tema, el cual, por lo demás, es objeto de amplio tratamiento por parte de las diferentes doctrinas nacionales.

Aquí el *Rapport introductif* se contenta con una brevísima alusión⁵³:

"Por lo que hace referencia al *acuerdo de las partes*, parece que no se plantea ninguna cuestión controvertida después de la precisión realizada en los arts. 1.2 y 2.4."

24. EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Se trata de una innovación formal aunque de cierto interés dogmático, pues consiste en sustituir la habitual referencia al objeto por la referente al contenido del contrato, lo cual se justifica en los siguientes términos⁵⁴:

"En cuanto al *contenido*, basta decir que tal expresión es más apropiada que la expresión tradicional de *objeto*, que ha planteado serias objeciones en la doctrina, sobre todo por que recurriendo a aquélla —como observa CARBONNIER— se pone en relación con el contrato mismo, lo que en el fondo constituye el objeto de la obligación. Por otra parte, el legislador italiano ha recurrido al término *contenido* en el art. 1322⁵⁵ para mencionar el objeto de las disposiciones *convencionales*. Como observa BIANCA, hay que diferenciar de estas últimas las disposiciones *legales* que concurren para completar la relación contractual, y a las que alude el mismo precepto."

⁵³ GANDOLFI op. cit. p.131.

⁵⁴ GANDOLFI op. et loc. ultim. cit.

⁵⁵ *Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.*

El Proy. ha sido rigurosamente fiel a esta enumeración de elementos esenciales del contrato, y así el Tít. III trata precisamente del *contenido del contrato* (arts. 25 a 33), regulando los requisitos del contenido (útil, posible, lícito, determinado o determinable), deteniéndose con especial detalle en el contenido lícito y no abusivo, determinado o determinable, además de las cláusulas implícitas y de una breve referencia a las condiciones generales de los contratos.

25. LA FORMA DE LOS CONTRATOS

Dice el art. 5.4 Proy. que: *una forma particular sólo será necesaria en los casos y para los fines indicados en este Código*. La justificación de esta regla es la siguiente²⁶:

"En cuanto a la *forma*, su mención por separado tiene en cuenta la observación de ANTUNES VARELA, quien sugiere no incluirla en la lista de los elementos esenciales porque la forma solemne es un elemento excepcional y no normal. Por lo demás, resulta incontestable que la palabra *forma* es equívoca ya que —como se dice tradicionalmente— todo contrato por el sólo hecho de existir tiene una forma propia (conforme a cierto modo de interpretar el principio *forma dat esse rei*). Los diferentes problemas relacionados con la forma se examinan más tarde".

En mi opinión, además de dejar bien sentado el principio de *libertad de forma contractual* en que se inspira el Proy. (expresado con indudable energía: *sólo será necesaria una forma particular*) parece que se ha experimentado cierta vacilación a la hora de regular sistemáticamente la forma de los contratos, pues si, por lado, se alude a ella entre los elementos esenciales del contrato, y tal parece ser la concepción implícita del Proy. por otro se hace una remisión al Tít. IV, que tiene precisamente por objeto exclusivo el de

²⁶ GANDOLFI *op. cit.* p. 131.

regularla. Aunque pudiera alegarse en su descargo que parecidas dudas parecen haber surgido también a los autores de otros Códigos anteriores.

En el C.c.fr. la forma no se menciona entre los requisitos esenciales del contrato, y se trata de ella, en su caso, al regular cada uno de los contratos en particular. En el Ccit. de 1865, aunque se inspira en el francés, sin embargo el art. 1314 (incluido en la prueba de las obligaciones), enumera, bajo pena de nulidad los contratos que deben redactarse en documento público o privado. El C.c.esp., aunque tampoco incluye la forma entre los requisitos esenciales del contrato en el art. 1261, dedica, sin embargo, tres importantes preceptos a la forma, los arts. 1278, 1279 y 1280, cuya interpretación doctrinal y jurisprudencial es de la máxima importancia práctica⁵⁷. Los arts. 11 a 17 del CSO recogen una doctrina general sustantiva sobre la forma de los contratos en este país. Con rigurosa técnica, los arts. 1350 a 1352 Ccit. 1942 tratan de la forma contractual, a continuación de la regulación del contrato, debiendo subrayarse que el art. 1325 sí que incluye a la forma entre los requisitos del contrato. En el *Contract Code*, el art. 2 declara, significativamente, que *every agreement is a contract except where [...] c) the agreement lacks the necessary formal characteristics*; en consecuencia, el art. 61 determina que *an agreement is not a contract where is not in the form which a statute or custom makes mandatory for a*

⁵⁷ Sobre la forma contractual vid. indicaciones históricas y bibliográficas en CASTÁN *Derecho civil español, común y foral*, III (16ª ed. al cuidado de GARCÍA CANTERO) (Madrid 1992) p. 584-594, y también una exposición ceñida al derecho positivo y a la jurisprudencia, en p. 646-648; también DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ *et alii*, op. vol. 3º (Barcelona 1994) p. 428-435 (en la ed. de Dykinson, Madrid 2003, p. 404-410, se reproduce sustancialmente el texto anterior, sin atribución de autoría y con actualizaciones bibliográficas, jurisprudenciales y legislativas, estando encomendada la revisión a RIVERO HERNÁNDEZ); DIEZ-PICAZO, op. vol. et ed. cit. p. 247-265, con amplio tratamiento sobre la documentación del contrato). Sistemáticamente resulta novedosa la postura de DE PABLO CONTRERAS al no tratar autónomamente la forma contractual, sino sólo embebida en la expresión de la voluntad contractual (VVAA, *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, [Madrid 2000] p. 366 ss.). Vid. también el capítulo correspondiente de este volumen.

*contract to come into existence but otherwise an agreement is a contract in what ever form it is made*⁵⁸.

La conclusión de este *excursus* comparativo es que las vacilaciones antes señaladas se comprenden a la vista de la falta de unanimidad entre los distintos sistemas, aunque el *Proy.* parece haberse encaminado, en esta materia, por una vía razonablemente adecuada.

PARTE SEGUNDA: ¿ES APLICABLE AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL EL CONCEPTO DE CONTRATO DEL *PROY. DE PAVÍA*?

26. SOBRE EL CONCEPTO DE CONTRATO

En primer lugar hay que pronunciarse sobre si el art.1.1 del *Proy.* que define el contrato como *acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte*, sería asumible por nuestra doctrina y acomodable a nuestro ordenamiento. En principio, creo que sin grandes esfuerzos, encajaría cómodamente en la concepción de DÍEZ-PICAZO⁵⁹, aunque debe advertirse que, en general, la moderna doctrina civilista española, casi sin excepción, se ve abocada a realizar un *excursus* histórico más o menos amplio que arranca del Derecho romano, llega a la codificación y después de un análisis más bien escueto del art. 1254 C.c. se complace en profundizar sobre las modificaciones que en la noción de contrato está produciendo la

⁵⁸ MCGREGOR, *op. cit.* p.31 s. observa que en el moderno derecho inglés la regla general es la libertad de forma, justificándose los preceptos transcritos por el deseo inicial de acercarse al derecho escocés siguiendo el proyecto inicial, luego fracasado.

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO *Fundamentos etc.* cit. 5ª ed. (Madrid 1996) p.121 ss. Lo que no obsta a que este autor subraye enérgicamente que el fenómeno contractual aparece por doquier e invade todas las zonas del ordenamiento jurídico, pudiendo calificarse de un *Oberbegriff* o supra-concepto, ostentando carácter general dentro del Derecho privado, si bien no desecha un concepto más restringido que lo reduzca a aquellos negocios jurídicos bilaterales que inciden sobre relaciones de carácter patrimonial.

legislación intervencionista, singularmente la dictada para proteger a los consumidores⁶⁰. En este punto conviene advertir que el Proy. de Pavía da por supuesta dicha legislación intervencionista (singularmente a través de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, — por cierto, no siempre coherentes entre sí—, y, con frecuencia, objeto de derogaciones expresas o tácitas), y, asumiéndola, trata de recuperar el concepto de contrato resultante o emergente.

En todo caso, no puede decirse que predomine en nuestra doctrina una rígida concepción monolítica del contrato, no faltando autores que usan ampliamente el método comparativo⁶¹, diferenciándose por otros, a este respecto, como hace CASTÁN TOBEÑAS⁶², las concepciones amplia (seguida por el BGB y el C.c.ital. 1865), estricta (que el autor ve recogida en el C.c.fr. y en la antigua doctrina española) e intermedia (acogida a su juicio por el art. 1321 C.c.ital. 1942) del contrato; aunque pueda registrarse cierta convergencia de opiniones actuales a favor del contrato como fuente de relaciones patrimoniales, nunca se trata de concepciones excluyentes, sin que falten las sensatas posturas escépticas que relativizan el valor de la propia distinción⁶³.

Decir que el contrato europeo crea, regula, modifica o extingue relaciones jurídicas⁶⁴ no suscitaría, en mi opinión, serias reser-

⁶⁰ Así recientemente MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ habla de las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación, y de la masificación de la materia contractual, en VVAA Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones (Madrid 2000) p. 308 ss.

⁶¹ Así PUIG BRUTAU *Fundamentos de Derecho civil II-1º*, (Barcelona 1954) p. 35 ss, y más brevemente en la 2ª ed. (Barcelona 1978) p. 31 ss. Cita expresamente los Códigos civiles de Francia, Italia vigente, Chile, Argentina y Venezuela.

⁶² CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, 16ª ed. (rev. y puesta al día por G.García Cantero) (Madrid 1992) p. 515 ss.

⁶³ Véase GARCÍA CANTERO, en CASTÁN TOBEÑAS op. vol. et ed. cit. p. 517 ss, recogiendo las opiniones de Hernández Gil, Díez-Picazo, Espín, Cossío, Albaladejo, Doral García y Mª del Carmen Gete-Alonso Calera.

⁶⁴ A este respecto dice Díez-PICAZO op. et vol. cit. p. 123: La relación contractual no es el acto, ni la norma en que el contrato consiste, sino la situación en que las partes se

vas en la doctrina española, y menos todavía si se añade que tales relaciones jurídicas pueden consistir en obligaciones y otros efectos como serían, en nuestro ordenamiento, la transmisión de los derechos reales cuando se efectúa la *traditio*⁶⁵.

27. SOBRE LOS ACTOS CONCLUYENTES

Sin embargo, no cabe predicar lo mismo respecto del art. 1.2; como sabemos, su existencia se debe a que, al redactar el Proy., se quiso realzar señaladamente una de las maneras de perfeccionar el contrato europeo mediante actos concluyentes, sin perjuicio, además de aludir a ello, de modo específico, en el Tít. II Sec. 2^o al tratar de la celebración del contrato, art. 24⁶⁶, y así se ha des-

colocan después de haber celebrado el contrato, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen.

⁶⁵ Sorprende que en el Proy. Lando no figure una clara definición de lo que, en sus principios, se entiende por contrato, con el evidente riesgo de que, a la hora de ser eventualmente aplicado por los Tribunales de cada país miembro de la UE, surjan dudas e incertidumbres que fácilmente desembocarían en que se aplicaría por jueces y abogados la propia concepción contractual de su específica tradición jurídica nacional. Con ello la unificación del Derecho contractual se alejaría en vez de acercarse. Probablemente lo más parecido a una definición —o, quizá, descripción en la línea de nuestro art. 1254—, sea el art. 2.101 PECL. *Condiciones para la conclusión del contrato*. "(1) Se concluye un contrato si: a) Las partes tenían la voluntad de quedar jurídicamente vinculadas y, b) han alcanzado un acuerdo suficiente sin ningún otro requisito. (2) Un contrato no necesita ser concluido o probado por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio, incluida la prueba de testigos". Ello puede deberse a que la concepción del contrato que resulta del art. 2.101 PECL. es mucho más anglosajona que europea continental, como afirma DÍEZ-PICAZO [DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRIAS y MORALES *Los principios de derecho europeo de contratos* (Madrid 2002) p. 128]. En las discusiones sobre el tema en relación con el Proy. de Pavía, los juristas anglosajones —en cierto modo, paradójicamente— se inclinaron por una definición del contrato siguiendo el modelo del C.c.fr. En relación con los PECL cabría concluir, al menos, por el dudoso acierto y utilidad de imponer en su día a la gran mayoría de miembros de la UE que son países continentales, un modelo contractual que les resulte históricamente ajeno.

⁶⁶ Cuyo texto es el siguiente: *El contrato se perfecciona mediante actos concluyentes cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres*. La norma deja a salvo lo previsto en las disposiciones precedentes, por lo tanto, también lo dispuesto en el art. 1.2 Obsérvese que no

plazado una norma singular al art. 1.2 estableciendo que *el acuerdo puede establecerse también mediante actos concluyentes, positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe*⁶⁷.

En primer lugar, advierte resueltamente DÍEZ-PICAZO⁶⁸ que la categoría de las *relaciones contractuales de hecho* es arbitraria; las producidas por un contacto social pertenecen en rigor a la problemática de la formación de los contratos y se trata de deberes generales de conducta impuestos por la buena fe entre las partes que realizan tratos sin que pueda darse en tal caso una verdadera relación contractual, si bien presenta alguna autonomía con la denominación de prestaciones del tráfico en masa, donde la obligación surge de un comportamiento que no puede valorarse como declaración de voluntad. En la misma dirección se hace notar, en sede de los modos de expresarse la voluntad contractual, por LACRUZ y RIVERO HERNÁNDEZ⁶⁹, que si bien en puridad no cabría, por no tener carácter recepticio en cuanto tal, una exteriorización de la voluntad contractual de carácter tácito, ya que en tal caso habría que deducir de los hechos que configuran el comportamiento (*facta concludentia*) la decisión del sujeto y no puede basarse en simples conjeturas la coincidencia de la voluntad de la otra parte contractual para llegar al acuerdo; sin embargo hay ocasiones en que, en cierto contexto relacional, un determinado modo de comportarse puede ser considerado socialmente como si se tratara realmente de una declaración contractual, aunque el

hay total coincidencia entre este último y el transcrito art. 14, pareciendo razonable integrar ambas normas. Por lo cual los actos concluyentes pueden resultar del silencio, siempre que la voluntad contractual se haya producido precedentemente, o derive de los usos o de la buena fe, a los que se adicionan los acuerdos y relaciones previas como puede ser el envío de catálogos.

⁶⁷ Como se dijo anteriormente la conformidad (en singular) debe darse entre el acuerdo y alguno de los puntos de referencia que se indican, ya sea una voluntad precedentemente manifestada, los usos o la buena fe.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO op. vol. et ed. cit. p. 135.

⁶⁹ Así RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ et alii, *Elementos etc. cit. II-1°* p. 389 ss.

sujeto del mismo ni sea consciente de esta valoración ni, desde luego, quiere hacer partícipes del mismo a otras personas; así ocurre con ciertas actitudes o hechos concluyentes de las personas (STS 28 febrero 1990⁷⁰), y así puede ocurrir con el silencio. Siguiendo a BETTI afirman aquellos autores que un determinado comportamiento puede significar habitualmente en el ámbito social en que se desarrolla, una toma de posición respecto de intereses económicos que afecten a la esfera jurídica ajena en su interferencia con la propia; en tales supuestos el comportamiento vale como declaración, puesto que genera la confianza ajena y su protagonista debe responsabilizarse del mismo⁷¹.

⁷⁰ Se dice en el FD1º: "Estamos ante unos actos concluyentes en el tráfico, y no sólo ante una simple apariencia, que afectan y vinculan a la Compañía aseguradora que no puede en consecuencia eludir sus responsabilidades, beneficiándose de lo favorable (abonos efectivos y no rechazados) y repudiando lo malo (desembolso por cobertura del siniestro)". En realidad se trata de un contrato de seguro de daños, de formación progresiva, en la que el asegurado había suscrito la proposición de seguro y junto con un talón nominativo lo había entregado al Agente de Seguro, quien lo entregó a su vez en la sucursal, ingresando el talón en la c.c. de la Compañía. Aunque la s. habla de actos concluyentes, en realidad se trata de actos expresos de manifestación de la voluntad contractual, a los que corresponde una conducta inequívoca de la aseguradora.

⁷¹ En tal sentido se mencionan las SSTS de 5 julio 1960, 25 enero 1961, 29 enero 1965, 13 abril 1982, 28 enero 1983, 28 abril 1986, 11 junio y 22 diciembre 1992.

En el caso contemplado en la última s. se trataba de la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento de local de negocio por cesión inconstituida; la acción se desestima en ambas instancias y lo fue, a su vez, el recurso de casación. El supuesto no es, propiamente, de nacimiento de un contrato por actos concluyentes, sino del consentimiento previo del arrendador a la cesión del contrato por el arrendatario; tal consentimiento es una declaración de voluntad no contractual pero similar a las contractuales, a la que el TS aplica la misma doctrina de los actos concluyentes. En el FD2º se pasa del consentimiento tácito a los *facta concludentia*, estableciéndose una doctrina bastante clara: *En orden a la eficacia del consentimiento en relación con las cuestiones planteadas en este litigio tiene declarada la STS de 8 febrero 1984 que "fuera de aquellos casos en que la Ley exige una declaración expresa, el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita; pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación sino por el contrario reveladora del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho"; en tanto que la STS de 26 mayo 1986, con cita de otras varias, afirma que es "evidente que la reglamentación comercial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, y que existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta basada en los usos sociales y del tráfico, la cual ha de ser valorada como expresión*

Cabe concluir que la regla contenida en el art. 1.2 del Proy. tiene algunos apoyos, no siempre claros, en la actual doctrina española y algo más ampliamente en la doctrina jurisprudencial. No podría decirse, por tanto que vendría a constituir un regla absolutamente extraña a nuestro ordenamiento.

28. SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA CAUSA ENTRE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO EUROPEO

Constituye, sin duda, el *plato fuerte* en el *menú* confeccionado por la Academia de Jurisconsultos Europeos de Pavía; a primera vista, de muy difícil digestión para los países causalistas, lo cual obligaría, sin más, a arrojar la toalla y a reconocer que el art. 5.3 del Proy. cuando dispone que: *Los elementos esenciales del contrato son: a) el acuerdo de las partes; b) el contenido*, representa un obstáculo infranqueable para que fuera recibido y lograra pacífica vigencia en el ordenamiento español. En nuestra doctrina no parece encontrar un autor contemporáneo significativo que acepte, sin más, la eliminación *tout court* de tal requisito esencial del contrato, tal como se deriva de los arts. 1261-3º y 1274-1277 Ccesp., ni parece previsible que la Sala 1ª TS español cambie de orientación en este punto⁷². Se nos podría imputar, a quienes asentimos a la redacción actual del art. 5.3 del Proy. el haber optado por la solución aparentemente más fácil (dado que en este punto los Códigos europeos no eran unánimes, y, dado que por otro lado nadie había aclarado autorizadamente las relaciones entre causa y *consideration*, se sorteaba el obstáculo eliminando el requisito de la causa, por lo demás sólo mantenida en los Códigos de filiación

de la voluntad interna, en definitiva se trata de los hechos concluyentes (*facta concludentia*), y, como tales, inequívocos que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el comportamiento puede ser tácito cuando al comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia".

⁷² Véase el pormenorizado estudio de ALBALADEJO *Derecho civil I*, 9ª ed. (Barcelona 1995) p. 278 ss. En general, todos los autores se apoyan en la doctrina jurisprudencial y critican sus contradicciones.

latina); y hasta cabría tacharnos de oportunistas por aprovechar una aparente *bajada de guardia* por parte de los *common lawyers* para suprimir un requisito, hasta cierto punto embarazante en todas las legislaciones que lo exigen de modo expreso; o, acaso, y finalmente, de haberlo hecho poco meditadamente (la supresión no se ha discutido directamente y en profundidad, por separado, y uno por uno, en cada uno de los países latinos).

Es verdad que sobre la causa de la obligación, la causa del contrato y la causa de la atribución se había dicho todo, o casi todo, en la doctrina europea continental⁷³ del siglo XX, tanto sobre su aparición en el Derecho Romano con significado harto diferente del actual, como sobre su elaboración medieval hasta llegar a la doctrina del Derecho Natural y de la doctrina francesa representada por Domat y Pothier, bifurcándose en la codificación en dos sistemas, el latino representado por el *Code* y sus seguidores, que elevan la causa a requisito esencial del contrato, y el germánico del BGB que omite hablar de la causa en el contrato y en el negocio jurídico, para relegarla a la teoría de la causa de la atribución. No parecería inexacto decir que *de lege data* todo está ya investigado en materia de causa, siendo normal que la doctrina de cada país se reafirme en el sistema causal propio, legal y jurisprudencial, y aspire a que lo compartan los restantes, lo mismo que resulta comprensible cierto escepticismo⁷⁴ derivado del can-

⁷³ Con referencia a la fecha de su publicación, hay una selecta bibliografía europea, no sólo sobre la causa en general sino sobre cada uno de sus aspectos en DE CASTRO *El negocio jurídico* (Madrid 1967) p. 163 s., 205, 217, 243 s., 289, 314, 321 y 333. Fundamentalmente española es la citada por DÍEZ-PICAZO op.ed. et vol. cit. p. 215 s.

⁷⁴ Hace más de treinta años que SANCHO REBULLIDA *Notas sobre la causa de la obligación en el Cc RGLJ*, noviembre 1971, p. 663, escribió: "El concepto de causa ha sido una de las inversiones más pródigas de la doctrina civil; en relación con él, todo está oscuro y todo es discutido: desde su existencia como elemento independiente hasta su utilidad práctica; desde su referencia — el negocio jurídico, el contrato, la atribución patrimonial, la obligación — hasta su carácter subjetivo u objetivo; se discute su consistencia, su ámbito, su función, etc. Hay autores para quienes la causa, junto con la declaración de voluntad, son los dos únicos elementos esenciales del negocio jurídico; y hay tesis anticausalistas, autores que niegan la existencia del elemento (separado del objeto o del consentimiento) y, por tanto, la utilidad del concepto".

sancio que nace de reiterar lo que se presenta como inconvencional, y hasta un relativismo que, en último término, contribuiría a superar el *impasse*⁷⁵. Ha de reconocerse que mantener el requisito de la causa es un medio de tranquilizar la conciencia de los operadores del derecho que han visto siempre en ella un eficaz filtro que impide el acceso al tráfico de aquellos contratos que no merecen ser protegidos por el ordenamiento.

Lo que ocurre es que el escenario en el que se ha discutido el Proy. de Pavía es *de lege ferenda*, y sus soluciones nos interpelean — en mi opinión — de otro modo a los juristas europeos que como se planteaban en el siglo pasado. A estos efectos cabría plantear *en cascada* algunos interrogantes: si Vd. pudiera elegir para su país una nueva normativa contractual ¿estaría dispuesto a prescindir de la causa? ¿y si los demás países latinos renunciases igualmente a dicho requisito? Más todavía ¿si Gran Bretaña e Irlanda *pro bono unitatis* abandonan igualmente el requisito de la *consideration*? ¿Ha caído en la cuenta de que hace más de un siglo que el BGB y los Códigos que le han imitado no exigen la causa como elemento esencial del contrato, y en ninguno de esos países se ha resquebrajado, ni ha degenerado éticamente, su sistema jurídico contractual?

Por otra parte, no ha de olvidarse que el art. 5.3 ha de ponerse en relación con múltiples normas del Proy. que, de alguna manera, cumplen la función de la causa en las legislaciones latinas⁷⁶. Cier-

⁷⁵ "Si examinamos las reglas generales del contrato —y, en su caso, las del negocio jurídico— en el Cc alemán o en el suizo, observaremos que ni entre los requisitos del contrato ni entre sus elementos se menciona éste de la causa. ¿Es que hay dos distintos conceptos del contrato, uno para los Derechos alemán y suizo, como acuerdo de consentimientos sobre un objeto, y otro en los ordenamientos latinos incluyendo esa exigencia adicional de la causa?" (LACRUZ *et alii*, *Elementos etc.* cit. II-1º, 3ª ed. rev. por RIVERO HERNÁNDEZ (Madrid 2003) p. 414. El texto se reiteraba en la ed. de 1994, cuya rev. se encomienda a RAMS ALBESA p. 440).

⁷⁶ Sigo a DE CASTRO *op. cit.* p. 166 s. cuando analiza las funciones atribuidas a la causa, tanto respecto al negocio jurídico como a la relación comercial; asimismo a DÍEZ-PICAZO *Fundamentos etc.* vol. y ed. cit. p. 215 ss cuando habla de la pluralidad de conflictos típicos de intereses que en la teoría de la causa tienen el centro de gravedad de su solu-

tamente ningún precepto expreso de aquél veda o, por el contrario, reconoce expresamente el negocio jurídico abstracto en sentido puro; en mi opinión personal sería difícil que tal contrato atravesara el control del art. 137.1 en materia de inexistencia²⁷; pero, de franquearlo, tal negocio abstracto tendría que superar los obstáculos derivados de la nulidad absoluta del art. 140, y, en particular, los representados por el art. 140.1.a)²⁸. En último término el Proy. llega a prever una colisión entre el Derecho estatal y el europeo en materia muy específica aplicable probablemente a este caso, y su solución —dando la primacía al primero— viene dada por el art. 140.3: *En caso de conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros, prevalecerán estas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados*²⁹. La regulación de los contratos atípicos está, por otro lado, prevista expresamente en el art. 2.2 del Proy. sin invocación expresa de la causa. En cuanto a los negocios con causa inmoral o ilícita estimo que pueden someterse a los arts. 30 sobre el contenido lícito y no abusivo del contrato, al art. 53 sobre las condiciones ilícitas y al art. 140 sobre la nulidad absoluta por contrariedad a las buenas costumbres. La simulación recibe un tratamiento, a mi juicio exhaustivo, en los arts. 153.2.a) y 155.; el des-

ción normativa (así, la admisión del negocio abstracto, la tipicidad y atipicidad de los contratos, los contratos con causa inmoral e ilícita, la simulación como problema causal, la aplicación de la regla *causa data causa non secuta*, y otras cuestiones tales como el equilibrio de las prestaciones, la lesión, rescisión, base del negocio etc.)

²⁷ Norma, sin duda, original que dispone: *No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato.*

²⁸ *Cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria.*

²⁹ La norma ofrece una barroca redacción aunque no cabe excluir que se aplique a la nulidad absoluta del contrato puramente abstracto conforme a una determinada legislación estatal.

equilibrio de las prestaciones tiene un interesante régimen en el art. 30.3, la lesión, en el art. 156 etc.

En resumen, la fórmula técnica ideada por el Proy de Pavía para que la doctrina no siga, en el futuro, embarrancada en interminables discusiones a propósito del requisito de la causa contractual, me parece ingeniosa y defendible. Como se ha visto, en los casos extremos el negocio sin causa podría regirse, incluso, por la ley codicial estatal, y, en los demás, las soluciones alternativas vienen a cumplir la función que aquélla satisface en las legislaciones latinas. Desde una perspectiva española el inicial rechazo al Proy. en este punto debiera, en mi opinión, servir de base a una serena reflexión⁸⁹.

⁸⁹ No he utilizado en esta exposición como argumento favorable el hecho de que tampoco el *Proyecto Lando* requiere la causa como requisito esencial del contrato. Así lo he hecho porque, en mi opinión, cada proyecto contractual europeo debe fundarse en sus méritos intrínsecos y no en la coincidencia o similitud con el otro (que podría estar igualmente equivocado). Una postura más bien favorable al Proy. Lando en este punto se encuentra en FAJARDO FERNÁNDEZ *Forma, objeto y causa (Consideration)* en *VVAA Derecho privado europeo* (coord. Cámara Lapuente) (Madrid 2003) p. p. 410 ss. Este autor se limita a mencionar de pasada el art. 5.3 del Proy. de Pavía, sin profundizar en su análisis. Véase la amplia explicación sobre el *Proyecto Lando*, de DÍEZ-PICAZO *et alii*, *Los principios del Derecho europeo de contratos*, op. cit. p.174-177.

CAPÍTULO II

LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN EL
PROYECTO DE PAVÍA Y SU POSIBLE
APLICACIÓN AL ORDENAMIENTO
ESPAÑOL

Gabriel GARCÍA CANTERO

SUMARIO: 1. Planteamiento general e indicaciones sistemáticas.— *PARTE PRIMERA: LOS ARTS. 6 A 10 DEL PROYECTO DE PAVÍA SOBRE TRATOS PRECONTRACTUALES*. 2. Sobre el régimen general de los tratos preliminares y el deber de protección (art. 6 del Proyecto). 3. Sentido general del art. 6 del Proyecto. 4. El deber de información en los tratos preliminares (art. 7 del Proyecto). 5. Sentido general del art. 7 del Proyecto. 6. El deber de reserva y consecuencias de su incumplimiento en los tratos preliminares (art. 8 del Proyecto). 7. Sentido general del art. 8 del Proyecto. 8. Tratos preliminares y legislación consumerista (art. 9 del Proyecto). 9. Sentido general del art. 9 del Proyecto. 10. Tratos preliminares y comercio internacional e intercontinental (art. 10 Proyecto). 11. Sentido general del art. 10 del Proyecto.— *PARTE SEGUNDA: SU APLICABILIDAD AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL*. 12. Enumeración de las ventajas que derivarían de aplicar al ordenamiento español los arts. 6 a 10 del Proyecto de Pavía. 13. La normativización de los tratos preliminares. 14. Los arts. 6 a 8 del Proyecto contienen una regulación completa, sistemática y globalmente acertada de los tratos preliminares. 15. El art. 9 del Proyecto es asumible a la vista del desarrollo del Derecho Comunitario y su integración en nuestro ordenamiento. 16. La adopción del Proyecto en esta materia eliminaría las actuales contradicciones de la jurisprudencia.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL E INDICACIONES SISTEMÁTICAS

El Tít. II del Proyecto de Pavía se dedica genéricamente a la formación del contrato, estando dividido en dos Secciones que respectivamente se ocupan de los tratos precontractuales¹ y de la

¹ En la versión española del GIZ he usado esta traducción literal de la expresión *trattations précontractuelles* del texto francés oficial del Proyecto, sin perjuicio de utilizar como sinónimas la expresiones de *tratos preliminares* (o *trattative* en italiano), o de *responsabilidad precontractual*, más frecuente, esta última, entre nosotros.

celebración del contrato. Voy a ocuparme, a continuación, de los primeros, sin perjuicio de realizar algunas indicaciones sistemáticas de alcance general.

Lógicamente hablando, el orden seguido en la exposición de las materias reguladas en este Título se acomoda a la realidad de la práctica negocial, pues, con mucha frecuencia, antes de la perfección o conclusión del contrato se producen entre las futuras partes negociales, tanto en el tráfico intraestatal como intracomunitario, conversaciones o tratos previos, más o menos prolongados según la importancia económica del contrato, con la finalidad de preparar eventualmente el cruce o concurso de la oferta y de la aceptación que han de generar el acuerdo contractual (art. 5.3. letra a). Se trata, como se sabe, de una fase facultativa de la etapa formativa del contrato, por cierto, escasamente regulada en los Códigos europeos (una excepción: los arts. 1337 y 1338 C.c.ital. 1942, y 227 C.c.port. 1966), por lo cual, en buena medida, aparece, de modo habitual, elaborada doctrinalmente y reglamentada por la jurisprudencia.

“En la fase previa de las propuestas hechas por los académicos², advierte GANDOLFI que el grupo inglés expresaba la idea de que el Proy. no debía tomar en consideración la *culpa in contrahendo*, la cual en la *Common Law* origina una *delictual Liability*, pero prácticamente el resto de propuestas afirmaba la necesidad de reglamentar los tratos precontractuales. En cuanto a los daños y perjuicios en que incurre la parte que no ha actuado conforme a la buena fe, ANTUNES VARELA se inclinaba por la fórmula del art. 227 C.c.port., mientras que DE LOS MOZOS y GARCÍA CANTERO consideraban más idónea la regla italiana del art. 1332; en cambio STRANARD la reputaba insuficiente para lograr el respeto a la buena fe, sobre el cual insistía, a su vez, OPPO;

² El texto literal de la discusión de los *rapports introductifs* de GANDOLFI, se encuentra también en la ed. de 1998 del *Code européen de contrats*, por donde los citaré, en este capítulo, en adelante. Las indicaciones a que se alude en el texto se encuentran en p. 67.

GHESTIN por su parte considera necesario establecer por encima de las partes un deber recíproco de información condenando especialmente la reticencia dolosa³.

El *Rapport introductif*⁴ trata de justificar la colocación sistemática de esta materia a la vista de los puntos de referencia representados por el C.c.ital. 1942 y el *Contract Code* de McGREGOR:

“Después de las disposiciones preliminares (y en el C.c.ital. después de la regla relativa a las condiciones exigidas para la validez del contrato), el *Contract Code* y el C.c.ital. siguen un plan que, aun sin ser perfectamente idéntico, ofrecen ciertas analogías. — Así el primero, en la parte primera consagrada a la reglamentación de los contratos válidos (*valid contracts*), se ocupa de la formación del contrato en una primera sección, en la que se contempla el *agreement* en sus dos fases de oferta y aceptación, el carácter necesariamente cierto y completo de los términos de aquél, la intención de las partes de comprometerse en el plano jurídico, y la forma; en la segunda sección se ocupa del *content*. En esta última se ocupa, entre otras cuestiones, de los tratos preliminares que han servido para determinar el acuerdo, las diferentes cláusulas que pueden ser introducidas en el contrato, así como de las cláusulas implícitas, y de su interpretación. — El Código italiano adopta el orden siguiente: acuerdo de las partes (oferta, aceptación, su revocación y su posible irrevocabilidad), tratos precontractuales, inserción de cláusulas *ex lege*, condiciones generales del contrato, causa, objeto, forma, condición e interpretación. — Al redactar el Proyecto se ha considerado oportuno seguir un plan substancialmente conforme al de los dos modelos antes citados, teniendo en cuenta ciertas exigencias que, en los últimos años, han sido planteadas por la práctica

³ Cito —salvo que se advierta otra cosa—, según el vol. *Code Européen des Contrats. Avant-Projet. Livre I* (Coordinateur G. GANDOLFI), 3ª ed. (Milano 2002), p.131 ss.

e incluso por la doctrina (en particular, todo lo relacionado con los problemas derivados del fenómeno de los tratos precontractuales y, en particular, lo relacionado con el derecho a la información) [.....]. En cuanto al contenido de las reglas, además de las propuestas de los Académicos, se ha tenido en cuenta el *Contract Code*, el C.c.ital. y otras fuentes entre las cuales cabe mencionar el Convenio de Viena sobre la venta internacional de bienes muebles, así como las Directivas comunitarias sobre el consumo”.

Sorprende, a primera vista, el amplio tratamiento que el Proyecto dispensa a los tratos precontractuales; si se atiende al *ladrillo* o enunciado que se acompaña a cada uno de los artículos, observamos que los tres primeros se dedican a regular los deberes de protección, información y reserva en relación con aquéllos; en realidad el art. 6 contiene el régimen general de los tratos preliminares, además de aludir formalmente al deber de protección; por otro lado, el art. 9 contempla el caso singular de los tratos preliminares relacionados con los contratos celebrados con los consumidores fuera del establecimiento, y el art. 10 exterioriza la dinámica expansiva extracomunitaria que pretende imprimirse a las reglas del Proyecto de Pavía pues en él se propugna, como se verá *infra*, su aplicación más allá de las fronteras comunitarias.

Para estar en condiciones de pronunciarse sobre la posibilidad y conveniencia de aplicar el régimen de los tratos preliminares del Proyecto al Derecho español, parece oportuno, en primer término, desentrañar el sentido de aquel conjunto normativo, que no deja de ofrecer alguna complejidad, a lo que ayuda un estudio exegético de los correspondientes preceptos.

PARTE PRIMERA; LOS ARTS. 6 A 10 DEL PROYECTO SOBRE TRATOS PRECONTRACTUALES⁴

2. SOBRE EL RÉGIMEN GENERAL DE LOS TRATOS PRELIMINARES Y EL DEBER DE PROTECCIÓN

El art. 6. contiene, como he indicado, el régimen general de los tratos preliminares, además de referirse al denominado por ciertos sectores de la doctrina *deber de protección*⁵. Su texto es el siguiente:

1. *Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.*

2. *Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.*

3. *Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.*

4. *En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del con-*

⁴ Amplio tratamiento expositivo en LUNA SERRANO *El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los contratos*, Estudios de Deusto, vol. 51/1, enero-junio 2003, pp. 307-316.

⁵ Véase a este respecto lo que indica Clara I. ASÚA GONZÁLEZ *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)* (Bilbao 1989) p. 114 ss., a propósito de los deberes de la seguridad en el tráfico; y M^a Paz GARCÍA RUBIO *La responsabilidad precontractual en el derecho español* (Madrid 1991) p. 56 ss. sobre los deberes de protección en general.

*trato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes*⁶.

3. SENTIDO GENERAL DEL ART. 6 DEL PROYECTO

Puede considerarse una regla generalizada en el derecho contractual europeo que *cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione* (Art. 6.1 Proy.) y ello cualquiera sea la parte que haya roto los tratos, bien el contratante que tomó la iniciativa para iniciarlos, bien el que se limitó a secundarlos. Los tratos o conversaciones preliminares no comportan por sí mismo compromiso alguno en orden a la eventual

⁶ La versión española que se utiliza se ha publicado en RJN octubre-diciembre 2002, p. 308, y se debe, en particular, al autor de este capítulo. Las diferencias con la traducción de los Profesores DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, incluida en la ed. cit. del *Code Européen des Contrats* p. 809 s. presenta únicamente matices estilísticos o cuestiones de carácter accesorio o secundario, sin afectar a lo esencial, como puede comprobarse con la versión de esta última que se transcribe a continuación:

"1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe. — 2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato. — 3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado. — 4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes".

Iniciar tratos preliminares resulta equivalente a *emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato* (sólo que esta expresión resulta más larga). También resultan equivalentes *actus contra la buena fe* y *obra contra la buena fe*. Se refieren a diverso tiempo del verbo *la parte que ha suscitado y la parte que suscite*, pero no induce a equívoco en su interpretación. *Hasta el máximo de los gastos comprometidos* no difiere esencialmente de decir *reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos* (frase, ciertamente, algo más barroca en su expresión).

vinculación contractual a la que se refieren⁷, y ello puede predicarse lo mismo respecto del contratante persona física como de la persona jurídica que actúa a través de sus órganos o representantes (pero si media un poder para concertar determinado contrato, es probable que en las instrucciones se indiquen al apoderado los márgenes dentro de los cuales ha de moverse en la negociación, debiendo recordarse que el concepto de extralimitación del apoderado puede darse, tanto en fase precontractual como propiamente contractual, si bien sus efectos repercuten *prima facie* en las relaciones entre poderdante y apoderado). La facultad de apartarse de unos tratos preliminares constituye, en último término, un mero reflejo de la libertad contractual⁸.

Esta facultad de cada parte negociadora de apartarse de los tratos preliminares tiene un límite que el art. 6.1 sintetiza y resume en el comportamiento contrario a la buena fe, entendida en sentido objetivo (art. 1258 C.c. esp.), como norma de conducta preexistente, que admiten varios ordenamientos y, generalmente, la doctrina⁹. El Proyecto ha tipificado esta conducta describiendo

⁷ LACRUZ *et alii* op. vol. et ed. cit. p.385, con cita de SST5 de 18 enero 1964, 7 diciembre 1966 y 10 octubre 1980.

⁸ DÍEZ-PICAZO op. vol. et ed. cit. p. 275.

⁹ Por todos CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral*, III (16ª ed. rev. por G. GARCÍA CANTERO) (Madrid 1992) p. 712.

Recientemente Clara I. ASÚA op. cit. p. 293 desarrolla la misma idea, con un interesante perfil sociológico: "Pieza clave de cara a articular la obligación indemnizatoria es la buena fe en sentido objetivo, entendida como deber de conducta que impone una serie de obligaciones en la fase de preparación del contrato. Su vulneración proporciona la necesaria nota de antijuridicidad de la actuación para hacer a alguien responsable. Esta obligación se halla consagrada legalmente en los Códigos italiano y portugués, pero se admite, por lo menos a nivel teórico, en todos los países en los que se incide en la idea de una responsabilidad precontractual. Por ello parece que la trascendencia de la plasmación legal de la obligación precontractual de buena fe, radica, fundamentalmente, en que opera a modo de llamada de atención sobre el periodo precontractual, pero que a similares resultados podría llegarse sin su normativización. Un dato inoportunable, sin embargo, es que, mientras en Italia son frecuentes los casos de interrupción lesiva de negociaciones o de perjuicios en supuestos de invalidez contractual que, con fundamento en los arts. 1337 y 1338, se plantean ante los tribunales, en Francia éstos se dan en mucho menor número y en España son escasísimos".

varios supuestos de la misma: así la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato¹⁰ (art. 6.2); o la interrupción de aquéllos sin motivo justificado cuando las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, siendo previsible la perfección del mismo hasta el punto de hacer nacer en la otra parte una razonable confianza en su celebración¹¹ (art. 6.3). Sin embargo, no parece que se trata —en los casos indicados— de un *numerus clausus* de comportamientos contrarios a la buena fe, sino que, en su caso, pueden apreciarse otros por el Juez¹². Obsérvese que no se habla expresamente ni de responsabilidad contractual, ni extracontractual, por lo cual cabe pensar, o que no ha querido pronunciarse en una cuestión muy debatida en la doctrina, o que ha seguido la *tertius via* que propugnan algunos autores españoles¹³.

Por otro lado, y en relación con las consecuencias jurídicas que, en los tratos preliminares, acarrea una conducta contraria a derecho, *la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vis-*

¹⁰ Quizá sea éste el supuesto más claro cuando una de las partes está entreteniéndose inútilmente a la otra, dilatando injustificadamente el poner punto final a los *pourparlers*; su dificultad en la práctica puede radicar en la prueba de esa actitud previa o sobrevenida de uno de los interlocutores.

¹¹ DÍEZ-PICAZO op. vol. et ed. cit. p. 278, analiza así los elementos de este supuesto de hecho: 1º) La creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato; 2º) El carácter injustificado de la ruptura; 3º) La producción de un daño en el patrimonio de una de las partes; y 4º) la relación de causalidad. El primero suscita dificultades; a juicio del autor sólo puede hablarse de la creación de un estado de confianza cuando las conversaciones han experimentado un cierto grado de desarrollo y se encuentran ya avanzadas (obsérvese que en el art. 6.3 se requiere que las partes hayan examinado ya los requisitos esenciales del contrato); hay que valorar además el comportamiento de las partes, que no plantea problemas si es positiva, y sí, en cambio, si resulta negativa o consiste en el silencio. Lo injustificado de la ruptura debe relacionarse con los deberes de buena fe y de lealtad con lo que razonablemente puede esperarse de personas colocadas en una situación semejante.

¹² En tal caso habrá que aplicar por analogía el art. 6.4.

¹³ A que alude LACRUZ *et alii* op. vol. et ed. cit. p. 386.

tas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos preliminares (art. 6.4), es decir, el llamado daño contractual negativo¹⁴.

Resulta curioso el *ladillo* o enunciado que acompaña al art. 6 del Proyecto ya que el contenido de los cuatro apartados de este último, a simple vista, ninguna relación mantienen con ese supuesto *deber de protección*. Dijérase que ha querido completarse formalmente la trilogía que el art. 6 vendría a constituir con los dos siguientes, o quizá que ello representa un homenaje inconsciente a la doctrina alemana en la materia; en efecto, el tema arranca del conocido caso del *linoleum* resuelto por el *Reichsgericht* en 1911, pero que en otros ordenamientos encuentra fácil solución directamente a través de la normativa sobre la culpa extracontractual; sí, por ejemplo, una de las partes invita a la otra a reunirse en las oficinas de la primera, y resulta que por el mal estado de las mismas se derrumba el edificio y causa lesiones al visitante, nadie duda que existe una plena responsabilidad por culpa extracontractual del invitante, dueño del edificio, al margen de la responsabilidad precontractual que pudiera derivarse (el lesionado no puede continuar las negociaciones mientras cura, y sería contra la buena fe que la contraparte las rompiera sin alegar causa fundada); por ello se llega a poner en duda, por parte de alguna doctrina, la especificidad de estos deberes de protección en el ámbito de los tratos preliminares¹⁵.

¹⁴ Así Clara I. ASÚA op. cit. p. 163. Más adelante, en relación con el derecho español, dice: "El comportamiento lesivo en el periodo precontractual ha determinado que, de una u otra forma, se esté ante un situación en la que no existe contrato. Por esta razón, la indemnización no podrá tender nunca a obtener las ventajas económicas que se habrían derivado caso de que la contratación no se hubiera frustrado, sino que, partiendo de la no virtualidad de ningún contrato, se habrán de reparar los perjuicios que se han seguido de haberse iniciado las conversaciones; en otras palabras, se tendrá que colocar al perjudicado como si no hubiese emprendido los contactos negociales."

¹⁵ Respecto de estos deberes de comportamiento Clara I. ASÚA op. cit. p. 114, los califica de *inconcretas obligaciones precontractuales*. Por su parte M^a Paz GARCÍA RUBIO op. cit. p. 58 dice: "En la etapa preparatoria de un contrato, como en cualquier otra situación, toda persona debe evitar causar un daño injusto al eventual cocontratante, pero ello no

4. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LOS TRATOS PRELIMINARES (ART. 7 DEL PROYECTO)¹⁶

El deber de información y sus consecuencias aparece cuidadosamente definido y debidamente perfilado en el art. 7 del Proyecto:

1. *En el curso de los tratos preliminares, cada parte tiene el deber de informar a la otra sobre todas y cada una de las circunstancias de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer y que permitirían a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración. — 2. En caso de omitir la información, o de declaración falsa, o reticente, si el contrato no se ha celebrado, o está viciado de nulidad, la parte que ha faltado a la buena fe responderá frente a la otra en la medida prevista en el artículo 6, apartado 4. Pero si el contrato ha llegado a perfeccionarse, restituirá la suma recibida o abonará la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte a impugnar el contrato por error¹⁷.*

supone más que la actualización del deber universal de no dañar a otro, que a todos compete y que encuentra su expresión y apoyo positivo en el art. 1902 Cc.”.

¹⁶ Amplio tratamiento específico en MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO *El deber de información precontractual*, en el vol. colectivo, *Código Europeo de Contratos. Comentarios en Homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por C. Vattier, J.M. de la Cuesta y J.M. Caballero) [Madrid 2003] I pp. 159 ss.

¹⁷ En la traducción de DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, op. cit. p. 810, tampoco se observan diferencias sustanciales, como puede comprobarse a continuación:

“1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o debe tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo. — 2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluído o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del artículo 6. Si el contrato ha sido concluído, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el Juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte para impugnar el contrato por error”.

Adquirir conciencia o darse cuenta de la validez son expresiones similares. A mi juicio, *contrato perfeccionado* puede considerarse técnicamente más preciso que *contrato concluído*, pero ambas expresiones se emplean, en el lenguaje corriente, como sinónimas entre nosotros (por más que el texto francés con la expresión de *contrat conclu* alude, sin duda, a la perfección).

En términos generales, no deja de ser llamativo lo ocurrido, en los países occidentales del continente europeo, a propósito del deber accesorio de información que recae sobre las partes que han concertado un contrato; surgido dicho deber en el ámbito de la legislación consumerista — aunque con precedentes muy concretos en determinadas figuras contractuales—, no sólo ha alcanzado notables desarrollos legislativos en este campo, sino que ha pasado a la doctrina general del contrato, y ahora se desborda o refluye hacia los tratos preliminares en los que encuentra un justificado acomodo¹⁸. Véase además el art. 9.1 del Proy.

¹⁸ Véase en derecho español CASTÁN TOBEÑAS, op. vol. y ed. cit. p. 628 ss. con citas doctrinales y legislativas. Me parece de interés la conclusión siguiente: "Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar; aquél puede infringirse por dolo o por culpa. La información precontractual integra el contenido del contrato posterior aun cuando no haya sido recogida en el mismo. La persona que en el contrato recibe la información debe cumplir con esmero las indicaciones contenidas en ella, y de no hacerlo así, podrá imputársela incumplimiento contractual". El tema ha seguido interesando monográficamente a nuestra doctrina: PÉREZ GARCÍA *La información en la contratación privada* (Madrid 1990); Esther GÓMEZ CALLE *Los deberes precontractuales de información* (Madrid 1994); VIGURI PEREA *Los tratos preliminares, las cartas de intención y otros documentos legales precontractuales* (Barcelona 1994); LLOBET AGUADO *El deber de información en la formación de los contratos* (Madrid 1996); Susana PANIZA PULLANA *Contratación a distancia y defensa de los consumidores* (Granada 2003), p. 155 ss. En obras institucionales, por parte de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, op. et vol. cit. p. 374, se recuerda los fundamentos constitucionales del deber de información (art. 51 C.E. y arts. 13 ss. de la LGDCU que lo desarrolla, así como el art. 2.1. letra d) de la propia Ley), así mismo la legislación específica de tipo consumerista. Con invocación que hace de la doctrina francesa (MALAURIÉ y AYNÉS) resulta útil indicar que en los modernos sistemas de contratación caben tres sistemas de información: 1) la derivada de la publicidad comercial; 2) la que versa sobre el producto y recae especialmente sobre el fabricante; y 3) la información personalizada encargada a un profesional o a un intermediario; se concentra especialmente en la información precontractual que interesa en el texto. Concluye, siguiendo a Esther GÓMEZ CALLE, por una cierta matización de este deber de información que posee límites, así la existencia de deberes de informarse a cargo del otro contratante, el derecho a la intimidad, o consideraciones de tipo económico (remuneración de los informadores). Todavía cabría añadir el deber de secreto sobre determinados aspectos de la actividad que se desarrolla (por ej. secretos de fabricación que no deben divulgarse)

5. SENTIDO GENERAL DEL ART. 6 DEL PROYECTO

El art. 6 Proy. hace recaer, sobre cada una de las partes que ha intervenido en negociaciones precontractuales, un deber recíproco de informar a la otra¹⁹ sobre todas y cada una de las circunstancias, de hecho y de derecho, que conoce o debe conocer, y que permitirían a la contraparte adquirir conciencia de la validez (o invalidez) del contrato que tratan de concertar, y del interés en su celebración; *todas y cada una de las circunstancias* no puede referirse, evidentemente, a la totalidad de datos fácticos y jurídicos, incluso accesorios o secundarios; la información debe recaer sobre lo esencial, básico o fundamental, cuyo conocimiento o ignorancia puede decidir a una persona a contratar, o hacerlo bajo ciertas condiciones, y también sobre lo accesorio o secundario, que adquiera en el caso notable o máxima relevancia; el *adquirir conciencia sobre la validez e interés de la celebración del contrato* tiene que referirse, a mi juicio, al ciudadano medio que contrata, no precisamente al jurista o al experto (salvo que las partes efectivamente lo sean o aparezcan asesoradas, de hecho, por estos últimos).

La norma prevé un doble efecto producido por el incumplimiento de este deber²⁰; si el contrato no se ha celebrado, o aparece *primo ictu* viciado de nulidad, las consecuencias son las previstas en el art. 6.4; pero si el contrato se ha perfeccionado (con ausencia o deficiencia de información), la parte perjudicada puede optar entre pedir la nulidad del contrato o reclamar la prestación entregada o una indemnización equitativa. Hay, por tanto, un doble régimen; el primero es el efecto general, resultado de infringir la buena fe en los tratos previos cuando el contrato no llega a perfeccionarse; el segundo es algo más complejo pues el perjudicado podrá optar entre el régimen contractual de la nulidad por error

¹⁹ Puede verse la sistematización de Esther GÓMEZ CALLE op. cit. pp. 136 s.

²⁰ LUNA SERRANO, loc. cit. p. 313, habla de una *doble imposición acumulativa de reparaciones a favor de la parte burlada*.

o reclamar una indemnización, con lo que se aproximaría a los efectos del incumplimiento contractual²¹.

6. EL DEBER DE RESERVA Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO EN LOS TRATOS PRELIMINARES (ART. 8 DEL PROJ.)

La normativa es la siguiente:

1. *Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión del desarrollo de los tratos preliminares.* — 2. *La parte que no respete este deber estará obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida con la información confidencial, deberá indemnizar a ésta en la medida de su propio enriquecimiento*²².

7. SENTIDO GENERAL DEL ART. 8 DEL PROYECTO

La confidencialidad es *prima facie* nota inherente a los tratos preliminares, y de modo muy general podría decirse que el respeto de aquélla lo impone, sin más, el deber de actuar conforme a la buena fe²³. Ciertamente no toda información que se recibe de la otra parte merece tal calificación; pero si a lo largo de las discusiones preliminares del negocio que tratan de concertar, se per-

²¹ Sobre el ámbito y extensión de la obligación de información en el derecho alemán sobre la culpa *in contrahendo*, v. Clara I. ASÚA op. cit. p. 182 ss.; sobre el derecho italiano ha recogido datos la misma autora op. cit. p. 208 ss. con amplias consideraciones sobre la escasa acogida que los Tribunales italianos han dispensado al art. 1338 C.c. italiano.

²² La traducción ofrecida por DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, op. cit. p. 810, no contiene diferencias sustanciales según se comprueba transcribiéndolo literalmente a continuación:

"1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones. — 2. Aquella de las partes que no respete este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra, y si además ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento".

²³ LUNA SERRANO, loc. cit. p. 313, quien acertadamente lo califica de concepto jurídico indeterminado.

mite acceder, de alguna manera, a informaciones valiosas pertenecientes al círculo estricto y privativo de cualquiera de las empresas intervinientes, cuya divulgación beneficiaría eventualmente a la competencia, y podría dañar gravemente a la otra parte, es claro que subsiste un deber de reserva, tanto si el contrato llegó a perfeccionarse, como si se interrumpieron las negociaciones. Sin embargo, su violación, a la vista del art. 8, cabe decir que no acarrea las consecuencias generales del art. 6.4. No resulta, sin embargo, inútil mencionarlo aquí por tratarse de algo que puede ser frecuente en los tratos preliminares, y estar aludida, en general, por la doctrina especializada²⁴. La norma se refiere a las *informaciones con ocasión de los tratos preliminares*, fórmula lo suficientemente amplia para comprender las informaciones directamente recibidas en los *pourparlers*, como a las adquiridas ocasionalmente en los mismos, transmitidas por ej. a título de complemento o accesoriadad, o, incluso, *a mayor abundamiento*. La referencia a *reparar el daño sufrido por la otra* nos traslada, a mi juicio, al campo específico de la responsabilidad extracontractual en el que se aplicarán las reglas generales que, en principio, no limitan la cuantía

²⁴ La doctrina no suele profundizar específicamente en este deber de reserva o confidencialidad, cuya infracción requiere pruebas puntuales sobre el modo de acceso que las partes han tenido respecto de los secretos; no es lo mismo que el dato reservado forme parte de la información transmitida, o que aquél se dé a conocer incidentalmente y de pasada. No parece, por lo demás, que la divulgación del secreto deba ser necesariamente intencional, ni siquiera consciente por las partes intervinientes (así, la divulgación se ha hecho inadvertidamente por un auxiliar de una de las partes, asistente a las negociaciones). Tampoco parece, en relación con el tiempo, que la revelación haya de producirse necesariamente mientras duran los tratos preliminares. Parece que el tema se suscitó inicialmente por la doctrina italiana (así Clara L. Asúa, op. cit. p. 225). Por su parte M^a Paz GARCÍA RUBIO op. cit. p. 54, muestra sus reservas acerca de la calificación de este deber: "Resulta muy dudoso que la violación de este deber de reserva origine una verdadera responsabilidad por *culpa in contrahendo*; la circunstancia de que tal transgresión se produzca precisamente en la etapa preparatoria del contrato parece meramente accidental y en nada influye —o, al menos, no tiene por qué hacerlo— en la futura celebración del negocio, o en que el negocio se concluya en estas o en aquellas condiciones. Parece, por tanto, preferible apreciar que la violación del deber de secreto o reserva, en su caso, origina la responsabilidad extracontractual de su autor si es que el contrato no se llegó a celebrar, o la contractual si efectivamente se celebra".

indemnizatoria que puede reclamar el perjudicado. A continuación la norma se refiere a una *ventaja indebida con la información confidencial*, al objeto de establecer un *plus* de responsabilidad²⁵, es decir, no solo hay un perjuicio, sino una ventaja para el infractor; ¿qué significa obtener una ventaja indebida? ¿se refiere a que aquél ha vendido el secreto industrial a terceros? ¿o se trata de una *ventaja en la negociación* que ha obtenido en su provecho, por ejemplo un precio más favorable?; en todo caso la norma limita la cuantía de este segundo concepto de responsabilidad a la *medida de su propio enriquecimiento*, lo que, acaso, pone en la pista de que nos encontramos ante un supuesto de enriquecimiento injusto.

8. TRATOS PRELIMINARES Y LEGISLACIÓN CONSUMERISTA (ART. 9 DEL PROYECTO)

El art. 9 del Proyecto posee un enunciado largo que sirve para explicitar mejor su contenido: *Tratos preliminares con los consumidores fuera del establecimiento mercantil*. En sus tres apartados dicta sucesivamente tres diferentes reglas: la primera relativa a una explicitación del deber de informar; la segunda posee alcance general (probablemente su ubicación más adecuada era el Título preliminar del Proyecto) pues define para este texto la noción de consumidor; y la tercera establece las sanciones por inobservancia del primer apartado (su lugar adecuado hubiera sido, por lo tanto, a continuación de éste). En su conjunto este precepto representa uno de los enlaces o conexiones del Proyecto con la abundante legislación comunitaria en materia de protección de consumidores, lo que la doctrina ha valorado positivamente²⁶.

He aquí el texto del art. 9:

²⁵ La conducta descrita es más reprobable todavía pues se lucra o negocia con el secreto que debió guardar, por ello debe reparar el daño y restituir el beneficio que obtuvo con la revelación del secreto.

²⁶ Así Esther ARROYO y AMAYUELAS *Formación y perfección del contrato*, en VVAA *Derecho privado europeo* (Coord. Sergio CÁMARA LAPUENTE) cit. p. 337.

1. El comerciante que propone la celebración de un contrato, a un consumidor, fuera de su establecimiento mercantil, deberá informar por escrito a este último de su derecho a desistir del contrato, del modo y en los plazos definidos en el art. 159. — 2. En el presente Código se entiende por consumidor la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales. — 3. La falta de la comunicación prevista en el apartado 1 de este artículo producirá las consecuencias previstas en el art. 159, a cargo del comerciante y a favor del consumidor²⁷.

9. SENTIDO GENERAL DEL ART. 9 DEL PROYECTO

La primera impresión que produce la lectura de este precepto es que su contenido desborda el enunciado del Título II. Ciertamente, no puede ponerse en duda la posibilidad de que medien tratos preliminares en un contrato concertado con un consumidor, y en tal supuesto se aplicarán, en lo pertinente, los arts. 6 a 8; a ello se añade como nueva exigencia el deber de informar por escrito del derecho a desistir, lo que representa, sin duda, una norma imperativa²⁸. La experiencia demuestra que las maniobras

²⁷ La versión que proponen DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO, op. cit. p. 811, es la siguiente:

"1. El comerciante que propone la conclusión de un contrato a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil está obligado a informar a este último por escrito de su derecho a desistir del contrato en la manera y en el curso de los plazos definidos en el art. 159. — 2. En el presente código, se entiende por consumidor a la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales. — 3. La ausencia de la comunicación prevista en el párrafo primero del presente artículo entraña a cargo del comerciante y a favor del consumidor las consecuencias previstas en el art. 159".

Quizá la divergencia más llamativa consista en utilizar la frase *entraña las consecuencias* en lugar de *producirá las consecuencias*, que tienen, sin embargo, significado análogo en el lenguaje corriente del foro.

²⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTO loc. cit. p. 165 dice acertadamente: que en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos el deber de información se ha sustituido como un deber existente en la formación de "cualquier" contrato, no en el ámbito únicamente del Derecho de consumo; pero parece pasa por alto el art. 9 que si alude expresamente a la legislación consumerista como se destaca en el texto. La relación entre el precontrato y la legislación de protección de consumidores no se ha escapado a la perspicaz observación de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ loc. cit. p. 374 s.

convincentes del empresario que actúa fuera de su establecimiento conducen no pocas veces a la formalización de un contrato con el consumidor que se presenta viciado por aquéllas en su negociación. La *salida* normal de tal contrato por la parte más débil de la negociación, es la de acogerse a la facultad de desistir, regulado en su ejercicio y desarrollado con gran detalle por el art. 159; este precepto, de modo expreso, asume la hipótesis recogida aquí (*en el supuesto previsto por el artículo 9, el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de opinión tiene derecho a resolver el contrato o su oferta contractual mediante el envío de una declaración unilateral escrita y recepticia que exprese su voluntad*).

En todo caso ha de quedar bien claro que, mediando tratos previos que desembocan en la proposición por el comerciante de un contrato a un consumidor, ha de aplicarse el art. 9.1 que impone forma escrita privada *ad substantiam* a la aludida información; y que la sanción por inobservancia de dicho requisito se remite al art. 159 del Proyecto. Hasta parecería innecesario dedicar un precepto a esta cuestión, bastando una breve alusión al tema en el art. 7; sin embargo, una regla general sobre los contratos con consumidores (la del art. 9.2 y la remisión al art. 159) hubieran tenido, como adelanté, un puesto más adecuado entre las Disposiciones preliminares del Proyecto.

10. TRATOS PRELIMINARES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL E INTERCONTINENTAL

Viene a representar una manifestación de esa vocación de vigencia universal con que los autores del Proyecto han pretendido dotar a sus normas²⁹. Se da por supuesto que algunos ciudadanos de la Unión Europea sometidos a aquél celebrarán tratos preliminares con vistas al otorgamiento de contratos internacionales o intercontinentales, con personas no sujetas al

²⁹ LUNA SERRANO loc. cit. p. 316, reconoce la *indudable importancia práctica potencial del art. 10*.

Código europeo de contratos; su finalidad práctica, como se verá, es la de establecer una gradación de fuentes aplicables a los aludidos tratos preliminares extracomunitarios.

Dice así el art. 10:

1. Salvo pacto en contrario, en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración de contratos internacionales o intercontinentales, las partes estarán obligadas a respetar los usos generalmente en vigor para contratos del mismo tipo y en el mismo sector comercial, respecto de los cuales aquéllas conocen o deben conocer. — 2. La parte que incumpla los deberes mencionados en el primer apartado de este artículo, responderá frente a la otra, tal como se prevé en los artículos precedentes y en la medida en que le son aplicables³⁰.

11. SENTIDO GENERAL DEL ART. 10 DEL PROYECTO

Cuando alguna de las partes sujetas al proyectado Código europeo de contratos realice negociaciones previas con vistas a formalizar contratos internacionales o intercontinentales, ya sea entre sí, ya sea con extracomunitarios, el art. 10 viene a establecer la siguiente jerarquía de normas aplicables:

1º) Lo estipulado por las partes, en virtud del principio de autonomía (art. 2);

2º) Los usos generalmente en vigor, ya sean internacionales o intercontinentales, para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial, que las partes conocen, o deben conocer.

³⁰ La versión española de DE LOS MOZOS-LUNA SERRANO op. cit. p. 811, apenas difiere de la transcrita en el texto:

"1. Salvo estipulación contraria, en el curso de las negociaciones para la estipulación de contratos internacionales-intercontinentales, las partes vienen obligadas a conformarse a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y de los que ellas tienen o deben tener conocimiento. — 2. Aquella de las partes que no cumple con los deberes mencionados en el párrafo anterior, es responsable frente a la otra, tal y como queda previsto en los artículos precedentes, en la medida en que son aplicables".

3º) Como norma supletoria de último grado vienen a establecerse como aplicables las normas contenidas en el Título II del Proyecto.

Propiamente el art. 10.2 no establece de modo expreso tal supletoriedad, sino que introduce, de forma indirecta, una vigencia más enérgica para el caso de incumplimiento de alguna de las partes en relación con las otras dos fuentes mencionadas preferentemente; yo creo que el precepto analizado trata de solucionar las dificultades prácticas de aplicación al presente caso derivadas de los usos, sea en relación con su contenido, sea respecto de su interpretación; de aquí que, además de constituir una fuente supletoria de último grado, se atribuye al Título II una función integradora de los pactos y de los usos internacionales o intercontinentales, que debe valorarse positivamente. Con ello se comprueba la aludida fuerza expansiva que se pretende dar a las normas del Proyecto.

PARTE SEGUNDA: SU APLICABILIDAD AL DERECHO ESPAÑOL

12. ENUMERACIÓN DE LAS VENTAJAS QUE SE DERIVARÍAN DE APLICAR AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL LOS ARTS. 6 A 10 DEL PROYECTO

El contenido del enunciado muestra de antemano la opción del autor por una respuesta global positiva²¹.

En materia de tratos preliminares la regulación que he analizado sucintamente ofrece, a mi juicio, las ventajas siguientes:

A) Pasaría de ser una materia de regulación exclusivamente jurisprudencial (me refiero al sistema del *Civil Law*), susceptible

²¹ Postura que también es, en general, la de MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, loc. cit. pp. 159, sin perjuicio de discrepancias puntuales. También LUNA SERRANO loc. cit. p. 310, opina que se facilitaría la aplicación de la disciplina positiva afectada hasta ahora, en no pocos ordenamientos, de una cierta o de una total imprecisión.

por tanto de cambios interpretativos, a ser considerada como materia legal con evidentes ventajas para la seguridad del tráfico;

B) Los arts. 6, 7 y 8 del Proy. contienen, a mi juicio, una regulación completa, sistemática y, en su conjunto, acertada de los tratos preliminares, mejorando la doctrina jurisprudencial que se viene aplicando hasta ahora;

C) El art. 9 del Proy. resulta asumible sin dificultades, a la vista del Derecho comunitario en vigor y su integración en nuestro ordenamiento.

D) El art. 10 del Proy. ayudaría a eliminar algunas incertidumbres en la contratación internacional;

E) La adopción del Proy. serviría, además, para eliminar las vacilaciones y contradicciones actuales de nuestra jurisprudencia en esta materia

13. LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS TRATOS PRELIMINARES³²

Contamos últimamente con apreciables estudios doctrinales y una relativa abundante presencia de casos en la jurisprudencia. El régimen incorporado al Proyecto ha tenido en cuenta, por otro

³² El Proy. Lando dedica los arts. 2.301 y 2.302 PECL a la responsabilidad precontractual, coincidiendo básicamente con el Proyecto de Pavia, aunque con menor amplitud de tratamiento (no se mencionan expresamente ni el recíproco deber de información, ni su relación con la legislación consumerista, ni su posible proyección internacional). Cfr. a este respecto las breves consideraciones generales de DÍEZ-PICAZO *et alii*, *Los principios del Derecho europeo de contratos* (Madrid 2002) pp. 197-200. A propósito del deber de buena fe, mencionado expresamente en el 2.301 (2) se dice lo siguiente: *La concreción de este deber de buena fe no resulta tampoco especialmente fácil, aunque fundamenta la existencia de deberes de información, con un alcance tampoco especialmente bien definido y la posible responsabilidad como consecuencia de la nulidad del contrato* loc. cit. p. 198. Por su parte Francesca LLODRÀ GRIMALT *Reflexions sobre els PECL i la fase negociadora del contracte. "Letter of intent": Pacte d'intencions o precontracte*, en el vol. *colecc. El Dret civil català en el context europeu* (coordina. Àrea de Dret civil, Universitat de Girona [Girona 2003]pp. 321 ss., omite toda referencia al Proyecto de Pavia y a su regulación en este punto, centrándose en el estudio de las *cartas de intenciones*, no siempre coincidentes con la figura del precontrato. Por supuesto, la cita precedente y sucesivas del Proy. Lando se hace con las salvedades acostumbradas.

lado, las enseñanzas del Derecho comparado y aparece contrastada con la doctrina jurisprudencial de los países de nuestro entorno. Adoptarlo para nuestro derecho, no supondría, en consecuencia, un temible *salto en el vacío*²³, antes bien daría seguri-

²³ Puede mencionarse la mesurada y flexible opinión de LACRUZ *et alii* op. vol. et ed. cit. p. 385 s: "Los tratos preliminares que se encaminan objetivamente a la contratación son, como ha puesto de relieve la doctrina germana, una relación social que presupone la confianza de las personas entre quienes se establecen. De aquí que pueda considerarse que cuando se falta a esa buena fe que se considera indispensable para que los tratos puedan iniciarse y continuar adecuadamente se incurre en un tipo de defraudación que puede generar, si produce daños, una obligación de indemnizar. Sobre este planteamiento, y a falta de una norma específica sobre la materia en nuestro Código, no parece que haya inconveniente en buscar una solución al conflicto de intereses planteado extendiendo al caso, por razón de analogía, el art. 1258, que se refiere a las consecuencias de la contratación conforme a la buena fe, en una línea evolutiva ya sugerida por la jurisprudencia en la STS de 29 enero 1965. — Desde luego, aunque la violación de la obligación de buena fe que debe observarse en la fase precontractual sólo da lugar a la reparación cuando efectivamente produce un daño, el presupuesto de la obligación de resarcimiento es, en el caso contemplado, mucho más concreto que el de la exigencia de la genérica observancia del precepto de *neminus laedere* contenido en el art. 1902. Por eso, aunque se reconoce mayoritariamente que en el supuesto que consideramos no se puede hablar nunca de una responsabilidad contractual, existe también una clara orientación por afirmar que nos encontramos ante un supuesto de perfiles más delimitados y, en algún sentido, diversos de los de la responsabilidad extracontractual. En consecuencia, no faltan autores que proponen encontrar la base del establecimiento de este tipo de responsabilidad en los principios más generales del Derecho o que propician la elaboración conceptual de un tercer género de responsabilidad civil entre la contractual y la aquiliana (...)". Por su parte Clara I. ASÚA op. cit. p. 294, después de un análisis concienzudo de la *culpa in contrahendo* en el Derecho alemán, y de estudiar igualmente el derecho francés (de base jurisprudencial) e italiano (con fundamento en el Cc. de 1942) llega a conclusiones de cierta relatividad para nuestro ordenamiento: "En realidad, la idea de la responsabilidad precontractual en ordenamientos con una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual no era imprescindible, en la medida en que los supuestos podían configurarse directamente como ilícitos aquilianos. Sin embargo ha de admitirse también, y aquí radica su utilidad, que ha constituido un factor decisivo para llamar la atención sobre el período precontractual y crear un estado generalizado de opinión que ha llevado a la aceptación de la posibilidad de configurar conductas ilícitas en un estadio del que se venía predicando, como principio casi general, una absoluta libertad de actuación; ello implica incidir en la exigencia de una mayor consideración para los intereses de la parte con la que se establecen negociaciones, sin olvidar [...] que las partes tendrán intereses contrapuestos y que a ambas les ha de ser exigible un determinado nivel de diligencia en la tutela de los mismos". Muy completo es el elenco de opiniones sobre la naturaleza de esta responsabilidad (contractual, extracontractual o mixta) que realiza M^o Paz GARCÍA RUBIO op. cit. p. 78 ss. Sugestivo es el supuesto, de indudable naturaleza contractual, que hipot-

dad a los contratantes en sus transacciones intra y extracomunitarias, y una vez resueltas judicialmente las cuestiones conflictivas, contribuiría a mejorar sin duda el tráfico.

14. LOS ARTS. 6 A 8 DEL PROY. CONTIENEN UNA REGULACIÓN COMPLETA, SISTEMÁTICA Y GLOBALMENTE ACERTADA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Al margen de la *aporía* que representa el *ladillo* o enunciado del art. 6, es lo cierto que en dicho precepto radica la regulación general de la figura, mientras que en los arts. 7 y 9.1 (deber de información) y 8 (deber de guardar secreto) se desarrollan algunos de los aspectos más importantes de la responsabilidad precontractual. El régimen general ha sido objeto de alabanza por la doctrina²⁴, mientras que la sistemática del Proyecto muestra coherencia y voluntad de totalidad, cabe señalar que el juicio global sobre la regulación de la responsabilidad por tratos preliminares, conduce a señalar sus indudables aciertos.

tiza DÍEZ-PICAZO, op. vol. et ed. cit. p. 280: "En la práctica moderna no ha sido infrecuente redactar documentalmente los pactos por los que deba regirse la fase de negociaciones. Ocurre ello sobre todo en la negociación de los contratos de gran envergadura económica. Los contratos rectores de la fase negociadora comienzan bosquejando o delineando el contrato que las partes pretenden negociar y sus líneas centrales. Como las partes tienen la intención de celebrar el contrato, a esos pactos o acuerdos se les ha llamado en alguna ocasión *acuerdo de intenciones*, que son contratos destinados a normar la fase negociadora y a establecer los recíprocos derechos y deberes de de las partes dentro de ella. Las partes no tienen obligación de celebrar el contrato, y pueden, en cualquier momento, finalizar la negociación del modo que estimen más acorde con sus intereses. Sin embargo, es habitual que se obliguen a negociar de buena fe y a facilitar la información necesaria para que la otra parte contratante pueda adquirir el conocimiento preciso del objeto y de sus circunstancias. Es usual, asimismo, establecer un pacto de confidencialidad u obligación de no revelar la existencia de la negociación y un pacto de no negociar con terceras personas. Es habitual que exista algún depósito de cantidad o suma de dinero y que se establezca el alternativo destino que a tal cantidad haya de darse, según que el contrato que se negocia llegue o no a celebrarse, por la vía de una cláusula penal".

²⁴ Así Esther ARROYO y AMAYUELAS *Formación y perfección del contrato* cit. p. 338, destaca que es el único texto europeo que limita la indemnización al interés contractual negativo.

15. EL ART. 9 DEL PROYECTO ME PARECE PERFECTAMENTE ASUMIBLE A LA VISTA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU INTEGRACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO³⁵

El art. 9 resulta de gran oportunidad siendo clara su relación con los tratos preliminares, aunque probablemente, atendido el campo de aplicación, trasciende en realidad de sus estrictos confines sistemáticos y requeriría probablemente, por ello, respecto a la definición de consumidor, que se le otorgara un lugar entre las Disposiciones preliminares.

16. LA ADOPCIÓN DEL PROYECTO ELIMINARÍA LAS PRESENTES CONTRADICCIONES EN QUE HA INCURRIDO LA JURISPRUDENCIA

Un texto legal, unitario, coherente y sistemático como el del Título II, facilitaría la adopción de criterios uniformes por parte de las diversas Salas del TS, cuyas contradicciones internas ha puesto reiteradamente de relieve la doctrina española³⁶. Y aunque se trata de supuestos que, en la realidad más bien parecen ser excepcionales en el tráfico, la adopción de aquél contribuiría probablemente a reforzar, en último término, la moralización de las relaciones precontractuales, disuadiendo a los contratantes poco escrupulosos, de emplear, en sus negociaciones, maniobras de dudosa legalidad, y, caso de producirse éstas, permitiría ejercitar las oportunas reclamaciones judiciales con mayores garantías para el perjudicado de las que actualmente disfruta en el momento

³⁵ Esther ARROYO y AMAYUELAS op. et loc. cit. entiende que esa información forma parte más bien de la oferta y no de los tratos preliminares. Sin embargo Susana PANIZA FULLANA *Contratación a distancia y defensa de los consumidores* (Granada 2003), p. 111 ss. menciona algunos supuestos de utilización de tratos preliminares en la contratación a distancia.

³⁶ M^o Paz GARCÍA RUBIO op. cit. p. 84 ss. pasa revista a las SSTs de 9 marzo 1929, 10 marzo 1949, 26 octubre 1981, 2 mayo 1984 (Sala 6^a), 26 noviembre 1985, 16 mayo 1988, 30 octubre 1988 (Sala 6^a). También LACRUZ op. loc. et ed. cit. denuncia el tratamiento jurisprudencial de esta cuestión, inseguro y no siempre acorde entre las Salas 1^a y 6^a (antigua) del TS.

actual. Todo ello —advírtase— sin que el Proy. tenga que pronunciarse irremediabilmente sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad — la *vexata quaestio* acerca de su carácter contractual o extracontractual—, tarea que, como es sabido, compete normalmente a la doctrina³⁷.

³⁷ LUNA SERRANO, loc. cit. p. 315, se inclina más bien por atribuirle una especificidad de la responsabilidad contractual.

CAPÍTULO III
FORMACIÓN DEL CONTRATO

Carlos LALANA DEL CASTILLO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Aspectos generales. 2. La oferta. 3. La oferta irrevocable. 4. Revocación y retirada de la oferta. 5. Muerte e incapacidad. 6. La aceptación. 7. La aceptación tardía. 8. El silencio y la pasividad. 9. La voluntad unilateral como fuente de creación de obligaciones. 10. Momento y lugar de perfección del contrato.

1. ASPECTOS GENERALES

Unificar el Derecho europeo de contratos europeo es tarea harto difícil. Primero porque hay que aunar posiciones de juristas con Derechos muy diferentes y esto además de ceder soberanía supone crear una nueva cultura jurídica. Y segundo porque hay que ponerse de acuerdo en el instrumento jurídico a utilizar y en la lengua de la redacción originaria.

Ciertamente también puede ser una ocasión para introducir en muchos países innovaciones normativas demandadas por la sociedad tal y como reconoce Gandolfi¹.

Parece que los principales instrumentos de unificación pueden ser los siguientes: 1. Elaborar unos principios contractuales a los que las partes se someterán voluntaria o forzosamente. 2. Unificar poco a poco el derecho mediante Directivas comunitarias. 3. Realizar un verdadero Código europeo de contratos.

Objetivo común de todas estas posibilidades es la unificación del Derecho europeo de contratos. Pero para esta finalidad la primera solución parece la menos adecuada porque si se deja a las partes que decidan si quieren o no someterse a unas reglas ela-

¹ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 11.

boradas esa unificación va a quedar aparcada durante largo tiempo. Es el sistema del Proyecto Lando, tributario en gran parte de las reglas que se establecieron en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

La unificación mediante directivas comunitarias tiene tres inconvenientes fundamentales. El primero que la unificación se dilata en el tiempo. El segundo que no se llega a formar un cuerpo legislativo único con lo que supone de cohesión e interrelación de sus preceptos. Y el tercero que la aplicación de las directivas en los distintos países puede dar lugar a matizaciones diferentes de una misma norma.

Por estas razones la solución más adecuada parece que puede ser elaborar un Código europeo de contratos que comience a regir de modo unitario en todos los países europeos². Naturalmente esto exige formar juristas en este nuevo derecho y crear órganos de aplicación especializada del mismo.

En esta aspiración de realizar un código europeo unificado sobre contratos podemos decir que el Proyecto de Pavía³ aporta el intento más serio al respecto. Nace con un espíritu propio, inspirado en fuentes diversas como el Libro IV del Código civil italiano relativo a los contratos, el Proyecto de Código de contratos de McGregor, el Código de las obligaciones de Suiza, y la Convención de Viena de 1980 de venta internacional de bienes muebles. Ciertamente quizás debiera de haber tenido más en cuenta en cuenta las distintas directivas comunitarias que inciden en el derecho de contratos y que son abundantes⁴, pero ini-

² Un ejemplo de la utilidad del Código como instrumento unificador lo pone el propio Gandolfi cuando alude a que para unificar los derechos inglés y escocés en materia de contratos se ha formado una comisión legislativa encargada de la redacción de un código. *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 13.

³ En adelante me referiré al Proyecto de Pavía en diversas formas como Proyecto, Anteproyecto, Código europeo, Texto de Pavía, Texto europeo, etc.

⁴ Por orden cronológico podemos citar las siguientes:

cia el camino adecuado para una codificación europea del derecho de contratos.

En general podemos decir que todos los procedimientos típicos de formación del contrato en Derecho español como los trámites preliminares, la concurrencia entre oferta y aceptación, el contrato preliminar o la adhesión a condiciones contractuales preestablecidas tienen cabida en el Proyecto de Pavía, pero exis-

— Directiva 1985/577/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Establece el derecho del consumidor de apartarse del contrato una vez firmado.

— Directiva 1990/314/CEE, del Consejo, de 13 de junio de 1990, sobre viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados. Según la misma la información al consumidor se debe suministrar por escrito y forma parte del contrato.

— Directiva 1993/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Declara que los consumidores no están sujetos a las cláusulas abusivas.

— Directiva 1994/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, referente a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Establece el derecho del comprador de un inmueble en tiempo compartido de rescindir el contrato tras su firma.

— Directiva 1995/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Protege el derecho a la intimidad.

— Directiva 1997/7/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Trata de los derechos del consumidor a ser informado por escrito de aspectos tales como la identidad del oferente, plazo de validez de la oferta, precio, posibilidades de apartarse del contrato, etc.

— 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. Establece que cualquier garantía debe figurar en un documento escrito, indicando el nombre del garante, su duración y alcance territorial.

— Directiva 1999/93/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, que establece un marco comunitario para la firma electrónica. Concede a la firma electrónica el mismo valor que a la firma escrita.

— Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, referente a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Protege a los consumidores para que la información que se les facilita sea clara, comprensible e inequívoca.

ten diferencias como la ausencia de un derecho de obligaciones⁵ que deben ser analizadas tal y como haremos a continuación.

2. LA OFERTA

El concepto de oferta del Texto de Pavía tiene todos los elementos que se exigen en Derecho español para que pueda considerarse como tal: 1º. Voluntad de contratar, o tal y como expresa el art. 13.1 del Anteproyecto "voluntad de considerarse obligado en caso de aceptación". Estos mismos elementos los debe de contener una oferta pública como se especifica en el art. 22 del Proyecto y como se exige en Derecho español.

Quizás fuera conveniente que el art. 13 del Código europeo se cambiara de orden y precediera al art. 11, al ser el que define que debemos entender por oferta⁶. En nuestro Derecho el Código civil no define la oferta en el art. 1262. Únicamente nos dice que "el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato". Un consentimiento válido precisa de capacidad para obligarse y de una formación libre de la voluntad. Por ello, a veces al consentimiento de las partes, hay que añadir el consentimiento o autorización de otras personas como padre, madre o tutor para la eficacia del contrato al exigir la ley ese complemento de capacidad como sucede en el art. 166 de nuestro Código civil. Es cierto que además en nuestro Derecho hay contratos que no se perfeccionan por el mero consentimiento sino que además es necesaria la entrega de la cosa, como le sucede a los contratos reales. Como ejemplo podemos citar el contrato de préstamo del art. 1740 del Código civil, el contrato de depósito del art. 1758 o el contrato de

⁵ Dado que el derecho inglés no utiliza el término obligación se consideró mejor en aras a la unificación prescindir de este concepto.

⁶ En este sentido se manifiesta ROGEL VIDÉ, C. en los *Comentarios en homenaje a José Luis de los Mozos y de los Mozos*, "En torno a la conclusión de los contratos", Dykison, Madrid, 2003, pág. 217.

prenda del art. 1863. Tampoco podemos olvidar que en Derecho español hay contratos formales en los que se exige una determinada forma para su validez, aunque en este punto el Proyecto de Pavía reconoce la existencia de contratos a los que se exige una forma especial para su validez en los artículos 34 y 35.

Antunes Varela era partidario de la fórmula utilizada por el art. 1326 del Código civil italiano por la seguridad que ofrece a pesar de su aparente rigidez⁷.

La oferta en Derecho español necesita de precisión en el objeto. Debe saberse si es un único objeto o si se trata de una cantidad concreta e igualmente deberá señalarse su precio, todo ello de forma expresa o de forma tácita, mediante acuerdos o compromisos previos o por los medios indicados que permitan precisar cantidad y precio⁸.

Evidentemente en el Proyecto de Pavía se prescinde de la causa como requisito del contrato, por lo que en este punto hay una oposición entre el Derecho español y el Proyecto.

Podemos entender que tanto en Derecho español como en el Anteproyecto de Pavía cierta publicidad⁹ comercial pueda ser con-

⁷ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 69.

⁸ En el art. 14 de la Convención de Viena, considera que para que una oferta sea "suficientemente precisa" debe indicar la cantidad y el precio o prever un medio para determinarlos. En Derecho español en el contrato de compraventa artículos como los 1447 y 1448 proporcionan criterios de determinabilidad o determinación del precio por referencia a otra cosa cierta, al señalamiento por arbitrio de persona determinada o por remisión al precio de una bolsa o mercado.

En otros derechos europeos como el Código suizo de las obligaciones, se permite en su art. 212 que el comprador pueda realizar un pedido sin incluir el precio, y en este caso, se entiende que el contrato se concluye por los precios medios del día y lugar de ejecución del contrato.

⁹ Nuestra vigente ley de publicidad de 11 de noviembre de 1988 define la publicidad como "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

siderada como auténtica oferta si concurren los elementos necesarios para ser considerada como un auténtico contrato. Normalmente la publicidad comercial integrará únicamente una invitación a ofertar, pero habrá que examinar su contenido. Además esa oferta publicitaria si tiene valor informativo puede ser una fuente de integración del contrato posteriormente celebrado¹⁰.

Sortais¹¹ considera que la comunicación publicitaria del art. 13.2 del Anteproyecto es más una oferta que una invitación a ofertar y quien la utiliza manifiesta claramente su intención de obligarse si su oferta es aceptada. Sin embargo algunas comunicaciones publicitarias son meras informaciones y no sería correcto tratarlas como ofertas, por lo que dependerá del caso concreto su calificación jurídica y efectos.

Es evidente que en la oferta tanto en Derecho español como en el Texto europeo el oferente puede establecer otras variables como garantías, responsabilidad por incumplimiento, tiempo de la entrega o tiempo de pago del precio.

En el art. 13.2 del Proyecto se habla de "invitación a ofertar" como algo que comprende la comunicación publicitaria y otras declaraciones que siendo algo más que una comunicación publicitaria por contener algo más que informaciones, invitaciones o incitaciones para que el público formule ofertas de contrato, no llega a ser una oferta. Podemos pensar que estarían incluidos como invitación a ofertar además de las comunicaciones publicitarias todos los casos en los que se manifiesta la voluntad de contratar sin que la comunicación contenga todos los elementos del contrato proyectado.

¹⁰ El art. 8 de la Ley de 19 de julio de 1984 considera exigibles por los consumidores y usuarios el contenido de las comunicaciones publicitarias "aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado".

¹¹ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 136.

En sus comentarios McGregor¹² considera que una oferta al público en general debe considerarse como una invitación a ofertar, aunque hay casos en que pueden ser aceptadas. Pero claro en los casos en los que dichas ofertas al público en general pueden ser aceptadas es porque contienen todos los elementos para ser consideradas como auténticas ofertas.

No cabe duda que el Convenio de Viena de 1980 relativo a la venta internacional de bienes muebles considera en el art. 14 que las propuestas dirigidas a personas no determinadas son simples invitaciones a ofertar y no ofertas de contrato. Pero es que si esas propuestas contienen todos los requisitos esenciales del contrato que se quiere celebrar serán tratadas como lo que son: verdaderas ofertas tal y como hace el art. 22 del Proyecto de Pavia.

En este punto es cierto que según el Convenio de Viena sólo se podría sostener que las propuestas dirigidas a personas no determinadas son ofertas de contrato en los casos en que se indique por el proponente que realiza una oferta. Las modernas técnicas de correo electrónico hacen plantearse si enviado un correo a un grupo de personas, es esta una propuesta a persona determinada, si cada destinatario se le nombra por su nombre y apellidos. Lo cierto es que en nuestro Derecho Diez-Picazo¹³ considera que no deben ser consideradas como propuestas de contrato. Esta afirmación que en general es válida, creo que debe ser matizada en cuanto que hay casos en que sí se tratará de verdaderas ofertas, como cuando una empresa envía por correo electrónico a clientes con los que ya ha tenido relaciones comerciales por esta vía, propuestas con los requisitos esenciales del contrato. Sería útil referirse en el Código europeo a los modernos medios de contratación electrónica.

¹² *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1990, pág. 72.

¹³ DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol.1, 5ª ed., Civitas, Madrid 1996, pág. 291

Cabe preguntarse qué naturaleza jurídica tiene la oferta al público del Texto de Pavía. Sabemos que si se tratara de Derecho español existen dos posturas diferentes. Unos que consideran la oferta al público como una oferta pura y simple dirigida a múltiples destinatarios, que parece lo más adecuado, y otros que la consideran como promesa pública. En el Código europeo no cabe duda que se considera como una oferta, ya que la promesa al público se regula de forma diferenciada en el art. 23. La oferta al público puede realizarla cualquier persona y podrá ser aceptada por cualquiera que manifieste su acuerdo con las condiciones establecidas en la misma.

El Anteproyecto acepta como el Derecho español la posibilidad de que el contrato pueda formarse instantánea o sucesivamente. Precisamente los juristas ingleses y el profesor García Cantero eran partidarios de prever en el texto de Proyecto varias posibilidades de formación del contrato (oferta verbal, escrita, mediante conductas inequívocas, etc.)¹⁴. Es verdad que en el caso de oferta verbal se establece en el art. 11 del Proyecto la cautela de que deba ser aceptada inmediatamente, salvo cuando resulte lo contrario de los tratos preliminares o de las circunstancias. En este punto se plantea el problema de la tempestividad de la aceptación que trataremos más adelante. También en Derecho español la regla general es que en las ofertas de tipo verbal la aceptación debe ser inmediata a menos que resulte otra cosa de las circunstancias. Esas circunstancias pueden ser prácticas anteriores. A todos los efectos una comunicación telefónica sería considerada como una oferta verbal tanto en nuestro Derecho como para el Texto europeo.

También merece alguna consideración por su complejidad la oferta realizada mediante medios electrónicos en nuestro Derecho. Lo primero que tenemos que analizar es si en el mensaje elec-

¹⁴ Así se refleja en *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GAN-DOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 68.

trónico emitido o en la página web se encuentran los elementos esenciales para el nacimiento del contrato. En este punto hay que recordar que el art. 40 de la Ley 7/96 de ordenación del comercio minorista reformada por ley 47/2002 de 19 de diciembre que incorpora la Directiva 1997/7/CE de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia sólo exige que se expliciten cosa y precio para el perfeccionamiento del contrato¹⁵. En cualquier caso hay que recordar que la Directiva 1997/7/CE va dirigida al consumidor y excluye de su aplicación a determinados servicios financieros, contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, contratos celebrados con operadores públicos por utilización de cabinas telefónicas, las subastas en general y los contratos celebrados con inmuebles salvo el arriendo. Y algunos preceptos no se aplican a contratos de suministro regular de alimentos, bebidas o productos del hogar, así como a contratos de prestación de determinados servicios como alojamiento o transporte a realizar en fecha determinada o en un periodo concreto. La ley de ordenación del comercio minorista regula en España todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones. En principio parece que el legislador está pensando en contratos celebrados a través del ordena-

¹⁵ Esto es un poco contradictorio con el tenor literal del art. 39 LOCM que establece que en todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente que se trata de una oferta comercial. Además la LOCM también exige en las ofertas telefónicas que se precise al principio de cualquier conversación de manera explícita y clara la identidad del vendedor y la finalidad comercial de la llamada.

Por otro lado el art. 2 del RD1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 de la ley 7/1998, de 13 de abril (RD 1906/1999) sobre condiciones generales de la contratación exige en su art. 2 en los contratos con condiciones generales que el oferente facilite al aceptante con un mínimo de 3 días naturales antes de la celebración del contrato información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales. Y en este sentido hoy casi todos los contratos tienen condiciones generales con lo que la norma es de aplicación casi general.

dor pero hoy en día existen otros equipos en los que es posible transmitir, almacenar y enviar información a distancia como los teléfonos móviles multimedia de última generación o los aparatos PDAS conectados a la red. En los demás medios de comunicación a distancia es preferente la aplicación de ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, aunque a falta de norma se aplicará la ley de ordenación del comercio minorista. Puede deducirse de todo ello la complejidad del tema en Derecho español por lo sería deseable que en el Código europeo se insertaran algunas reglas al respecto.

3. LA OFERTA IRREVOCABLE

El art. 17 del Proyecto de Pavía considera que una oferta es irrevocable:

1.— “cuando su autor²⁶ se obliga expresamente a mantenerla durante un cierto periodo de tiempo, o si sobre la base de negocios precedentes realizados entre las partes, de tratos preliminares, del contenido de cláusulas o de la costumbre, se puede razonablemente reputar como tal.

2.— “como consecuencia de un acuerdo entre las partes”

Es claro que en Derecho español al igual que en el Código europeo, una vez que el destinatario ha aceptado la oferta el contrato se ha perfeccionado y ya no es posible revocar dicha oferta.

En nuestro Derecho, como sucede en el Anteproyecto, se considera que cuando una oferta fija un plazo para la aceptación constituye un supuesto de oferta irrevocable. En realidad en este punto

²⁶ Esta traducción parece más ajustada en este punto que la realizada bajo la dirección de los Mozus que decía: “una oferta es irrevocable desde que su autor...”. Rogel Vidé comentaba a este respecto que si se pone que la oferta es irrevocable desde que su autor..., el texto permitiría sostener que una oferta inicialmente revocable, devendría irrevocable posteriormente, lo que induciría a confusión. ROGEL VIDÉ, C., *op. cit.*, pág. 223.

hay una contraposición entre el derecho continental y el anglosajón, para el que la fijación de plazo no significa irrevocabilidad por sí sola. Aunque el problema es interpretativo el Proyecto se ha decantado por la tradición continental, acorde con nuestro Derecho¹⁷. Los juristas ingleses¹⁸ hubieran preferido la solución del art. 16.2 del Convenio de Viena por la que la irrevocabilidad podría derivar de una declaración expresa del autor de la oferta con fijación de un plazo para la aceptación o del hecho que el destinatario pudiera razonablemente tenerla como tal.

Cuando el art. 17 del Texto europeo menciona negocios precedentes o tratos preliminares en realidad está haciendo referencia a una relación de confianza suscitada en el destinatario de la oferta. Ese comportamiento del oferente hace que tanto en el Proyecto como en nuestro Derecho, la oferta sea irrevocable.

Hay reiteración entre al art. 17.1 del Proyecto cuando se refiere a al contenido de cláusulas y el 17.2 cuando lo hace a los acuerdos entre las partes como supuestos de oferta irrevocable. Y es que en ambos casos el pacto es el que determina la irrevocabilidad.

Suscita algún comentario el caso de que según una costumbre la oferta pueda ser irrevocable a tenor del art. 17.1 del Texto europeo. ¿Sería también aplicable en nuestro Derecho? Y, ¿qué tipo de costumbre sería adecuada para sostener que una oferta es irrevocable? En Derecho español sabemos que en Navarra además de ser la primera fuente jurídica, tiene preferencia la costumbre local sobre la general según la ley 3 de la Compilación de Navarra. ¿Este tipo de costumbre sería adecuada para entender una oferta como irrevocable en una regulación europea en la que

¹⁷ Para Díez Picazo la posición correcta, con carácter general sería la anglosajona. DIEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 297. Una posición ecléptica fue la que adoptó el Convenio de Viena en su art. 16 al decir que "si la oferta indica, al señalar un plazo fijo para su aceptación o de otro modo es irrevocable".

¹⁸ DE LOS MOZOS prefería los principios contenidos en el Código suizo de obligaciones. *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 70.

una de las partes seguramente desconocerá esa costumbre local? No parece que sería lo más adecuado y acaso a la hora de aplicar e interpretar el art. 17 del Código europeo respecto a la costumbre como generadora de oferta irrevocable se deba ser restrictivo y entender que deba ser costumbre general.

La oferta irrevocable tanto en nuestro Derecho como en el Proyecto de Pavía cabría calificarla de negocio jurídico unilateral.

4. REVOCACIÓN Y RETIRADA DE LA OFERTA

La oferta en Derecho español puede ser revocada, pero el gran problema de la revocación de la oferta es la forma en que debe realizarse. Es opinión general que debe realizarse en la misma forma que la oferta. Díez Picazo también nos dice que debe emplearse la misma publicidad¹⁹. Pues bien el Código europeo también exige en el art. 22.2 que deba realizarse en la misma forma que la oferta, aunque añade "o en una forma equivalente". Cabe pensar que forma equivalente es aquella que al menos tiene el mismo valor jurídico y las mismas o mayores posibilidades de ser conocida por los destinatarios, es decir la misma publicidad. En nuestro Derecho la revocación de la oferta pública es eficaz incluso frente a quien no la ha conocido y este mismo principio lo consagra el Proyecto de Pavía en el art. 22.2.

Se distingue en el art. 14 del Proyecto de Pavía entre retirada y revocación, tal y como hace el Convenio de Viena y nuestra doctrina. Mediante la retirada el oferente deja sin efecto una oferta en el periodo de tiempo que media entre la emisión y la recepción. Según dicho art. 14.1 del Proyecto "la oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor...". Al igual que sucede en nuestro Derecho, en el Texto europeo se puede retirar una oferta irrevocable según el

¹⁹ DIEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pág. 280

art. 14. La razón es que al no haber llegado a su destinatario no ha generado ningún tipo de derecho.

También pueden retirarse las declaraciones y actos unilaterales hasta el momento que lleguen al conocimiento de la persona a la que están destinados, según el art. 20 del Anteproyecto.

Igualmente puede ser retirada la aceptación y en este punto el Anteproyecto de Pavía adopta la propuesta de Antunes Varela²⁰, partidario de la solución del art. 230 del Código civil portugués por la cual la revocación de la aceptación es válida si llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la aceptación. Es precisamente lo que nos indica el art. 16.8 del europeo por el cual "la aceptación puede retirarse, siempre que la correspondiente declaración llegue antes o al mismo tiempo que la propia aceptación".

Puede observarse una diferencia entre el tratamiento legal de la retirada de la oferta y la retirada de la aceptación. Según el texto del art. 14 del Proyecto si la oferta ha llegado a su destinatario no se puede retirar. Sin embargo si la aceptación y la retirada de la misma llegan al mismo tiempo sí es válida la retirada de la aceptación de acuerdo al art. 16.8 del código europeo. Esta regla no parece inadecuada pues de alguna manera puede encuadrarse dentro de la protección al consumidor.

Mediante la revocación se cancela la oferta en el periodo de tiempo que media entre la recepción de la oferta y la perfección del contrato. Se hace referencia a la revocación en los arts. 14.2 y 15 del Proyecto de Pavía. La regla general es la revocabilidad de la oferta, que no está sometida a forma ni en nuestro Derecho ni el proyecto de Pavía. En todo caso el problema que se puede generar será de prueba. Tal y como indica el art. 15.1 del Proyecto "la oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación".

²⁰ *Codex europæus des Contracts, Assent-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 69

5. MUERTE E INCAPACIDAD

Hay una evolución interesante en el Proyecto de Pavía en lo que se refiere a la muerte e incapacidad sobrevinida del oferente o del destinatario en cuanto que se considera en el art. 18 que por ellas la oferta, tampoco la aceptación, pierden su eficacia, salvo si ello está justificado por la naturaleza del asunto o por las circunstancias²¹.

En Derecho español²² no hay una solución legal al respecto. Es cierto que el Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 23 de mayo de 1988 que tras la muerte del oferente los efectos de la oferta no se transmiten a los causahabientes, a quienes sólo vincula un contrato perfeccionado en vida del decuius²³, pero la opinión en la doctrina no es pacífica. Delgado Echeverría es contrario a la caducidad por muerte del oferente puesto que considera que toda oferta crea en el destinatario una confianza que no debe quedar afectada por el fallecimiento del oferente²⁴. Otros autores como Sánchez Román o Scaevola están a favor de la caducidad de la oferta en estos casos²⁵. Curiosamente la doctrina expuesta

²¹ Aunque no hubo oposición alguna a la redacción de este artículo los juristas ingleses, los italianos, De Los Mozos, García Cantero y Stranard consideraron que era posible una regla diferente respecto a las ofertas irrevocables. *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 71.

²² En otros derechos como el holandés o el portugués la muerte o incapacidad del oferente no extingue la oferta. Así según el art. 6:22 del Código civil holandés "la oferta no se extingue por la muerte o por la incapacidad sobrevinida de una de las partes, ni como consecuencia de la pérdida, para una de las partes de la facultad de concluir el contrato como consecuencia de un régimen de administración". Para el art. 231 del Código civil portugués de 1966 "no impide la celebración del contrato la muerte o incapacidad del proponente salvo que haya fundamento para presumir que su voluntad hubiera sido otra." No deja de ser curioso que el código portugués añada en este artículo 231 que "la muerte o incapacidad del destinatario de la oferta determina la ineficacia de ésta". No podía ser de otro modo si el destinatario no ha aceptado.

²³ STS de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2422).

²⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *Comentario a la STS de 23 de marzo de 1988*, en Poder judicial, 1988, pág. 128 y ss.

²⁵ Citados por MORENO QUESADA, B.: *La oferta del contrato*, Barcelona, 1963, pág. 65.

por el Tribunal Supremo es la que sostiene el Derecho inglés, según el cual, la muerte del oferente o del destinatario es causa de extinción del contrato.

Como puede verse se adopta por el Anteproyecto la tesis de no caducidad de oferta y aceptación por muerte o incapacidad de las partes,

En el caso de muerte del oferente podemos sostener que la oferta no debe caducar por su muerte o incapacidad en base a la protección de la confianza del destinatario de la oferta, tal y como defiende Delgado Echeverría.

Pero acaso fuera conveniente distinguir entre muerte e incapacidad de oferente y destinatario²⁶ porque, en general, la muerte del destinatario de la oferta o su incapacidad tras su aceptación no puede afectar a la eficacia del contrato porque éste está ya formado y por tanto obliga a las partes, y la muerte del destinatario o su incapacidad antes de la aceptación del contrato tampoco pueden afectar a una voluntad contractual que todavía no se ha formado.

A pesar de ello no puede darse una solución taxativa en caso de muerte o incapacidad de oferente o destinatario y habrá que examinar cada caso. Podemos preguntarnos en que casos la naturaleza o las circunstancias del asunto justificarán la pérdida de eficacia de la oferta o de la aceptación en contra de lo indicado por el art. 18 del Proyecto. No cabe duda que cuando se trate de contratos en los que sea esencial que la prestación la realice el oferente o el destinatario de la oferta que es un famoso pintor, escultor, diseñador, etc., su muerte o incapacidad provocará sin duda la pérdida de eficacia del contrato, porque el objeto del contrato está ligado a las cualidades de las partes (oferente puede ser

²⁶ Así lo hace el código civil portugués en el art. 231 por el cual la muerte o incapacidad del proponente no impiden la perfección del contrato salvo que exista fundamento para presumir que su voluntad hubiera sido otra. Por el contrario según el Código civil portugués la muerte o incapacidad del destinatario sí determina la ineficacia de la oferta.

tanto el pintor que ofrece sus servicios como retratista a cambio de unos honorarios determinados como un señor que ofrece una cantidad de dinero a un pintor para que le realice su retrato, por lo que ambos pueden ser también destinatarios). Por el contrario en el caso de contratos entre sociedades mercantiles la muerte del oferente o aceptante o del destinatario no será relevante en general y el contrato tendrá plena validez.

6. LA ACEPTACIÓN

En principio la aceptación debe coincidir con la oferta en todos sus puntos tanto en nuestro Derecho como en el Anteproyecto de Pavía, ya que según el art. 16.6 del Proyecto "una aceptación no conforme con la oferta equivale a su rechazo". Y es que quien acepta modificando los términos de la oferta inicial en realidad está formulando una nueva oferta a la vez que rechaza la oferta primitiva.

La oferta verbal debe ser aceptada inmediatamente, salvo cuando resulte lo contrario de los tratos preliminares o de las circunstancias, según el art. 11.1 del Código europeo. Este criterio es el seguido por el parágrafo 147 del BGB. Por tanto si la naturaleza del contrato o las circunstancias excluyen la necesidad de una aceptación expresa, habrá que entender que el destinatario tiene un plazo razonable para aceptar el contrato.

En el art. 16.7 del Texto europeo se da la posibilidad de aceptación de una oferta caducada por realizarse en fecha posterior al plazo previsto o de aceptar una oferta, no conforme a la forma y modalidades previstas en la oferta, pero es que estos casos en puridad de conceptos podrían considerarse, tanto en nuestro Derecho como en el Proyecto de Pavía, como nuevos contratos que no coinciden con los de la oferta primitiva, porque el plazo o las modalidades son distintos o porque se ha generado un contrato no sujeto a la forma primitivamente ofertada.

En la aceptación el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella. Tanto nuestro Derecho como el Texto europeo en su art. 16 inciden en la voluntad del aceptante de quedar vinculado por la oferta. Se admite en el Proyecto, lo mismo que en Derecho español la aceptación tácita. Es cierto que el art. 16 del Anteproyecto pide un comportamiento que exprese claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta, pero hay actos que implican conformidad como el pago del precio o la expedición de mercancías²⁷. En estos casos tanto en el Proyecto como en Derecho español hablaríamos de aceptación tácita. Además debe de hacerse llegar al oferente la comunicación de la aceptación.

Por supuesto el Proyecto de Pavía, como nuestro Derecho admiten que pueden existir casos en los que quede perfeccionado el contrato sin necesidad de comunicarlo al oferente porque la propia oferta haya admitido la posibilidad de aceptación tácita o porque así se derive por anteriores prácticas contractuales entre las partes. Se trataría de comportamientos que evidenciarían "claramente la voluntad de celebrar el contrato".

Cuando el contrato se ha perfeccionado²⁸ produce efectos entre las partes, pero tanto en Derecho español, en artículos tales como el 1118 o el 1121 del Código civil, como en el Código europeo, en el art. 49 hay contratos en los que no habrá obligaciones a realizar por las partes al estar sometidos a una condición suspensiva que no se ha realizado. En estos casos el contrato será eficaz, pero

²⁷ El art. 18.3 de la Convención de Viena menciona estos casos como de aceptación tácita.

²⁸ Es interesante la observación de Rogel Vidé que indica que "los contratos además de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, pueden —dentro de ciertos límites— regular el contenido de las mismas lo que sólo se explica distinguiendo el contrato como acto —que se ocupa de lo primero— y el contrato como norma —que de lo segundo trata—, por lo cual lo de regular debe ir al final acompañado de la advertencia de que, en la actualidad y roto el tópico de la igualdad entre las partes contratantes, el Estado interviene muy decididamente a favor de la más débil, reduciendo el campo asignado a la autonomía de la voluntad mediante normas imperativas que establecen derechos o privilegios irrenunciables para ésta". ROGEL VIDÉ, C., *op. cit.*, pág.216.

con una eficacia esencial al ser un contrato perfecto, pero no con eficacia típica de creación de obligaciones entre las partes.

¿Qué sucede si se introducen en la aceptación cláusulas diferentes a las de la oferta primitiva? No cabe duda que tanto en Derecho español como en el Proyecto de Pavía si las desviaciones son substanciales se está realizando una contraoferta. Pero el problema es saber cuando las desviaciones son substanciales. Para saberlo podemos acudir a un criterio objetivo y examinar si el principio de conservación del contrato puede aplicarse una vez examinada la trascendencia de los cambios introducidos para conocer si suponen una mayor onerosidad para otra parte. Si los cambios introducidos por el destinatario de la oferta son accidentales y el oferente no pone objeción alguna podría entenderse que el contrato estaba formado de acuerdo al principio de buena fe²⁹. Igualmente si las adiciones están admitidas en la oferta o por la práctica de las partes no habrá duda alguna de que la oferta ha sido aceptada. En este sentido es esclarecedor el art. 24 del Anteproyecto al determinar que "el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes, cuando todos los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas locales, disposiciones reglamentarias y costumbres". Así si las partes están de acuerdo en aspectos substanciales se considera que el contrato

²⁹ Es en el Derecho anglosajón donde se ha analizado con mayor detalle la posibilidad de que aunque oferta y aceptación no coincidan totalmente es posible considerar que el contrato se ha perfeccionado. Se habla en estos casos de divergencia entre el formulario enviado por el oferente al destinatario de la oferta y el que éste a su vez remite al oferente. En Alemania se entiende, en sentencia de 26 de septiembre de 1935 citada por Díez-Picazo, que el parágrafo 150, II del BGB se debe aplicar de acuerdo con la buena fe de tal manera que ciertos desacuerdos no impiden la formación del contrato. Díez-Picazo, L., op. cit. pág. 311. En la misma dirección el Código de Comercio uniforme considera en su art. 2207 que hay aceptación si hay conformidad escrita a una oferta si los elementos adicionales que se le añaden no la modifican substancialmente, salvo cuando la oferta hubiera limitado la aceptación a los términos en que se hubiera realizado o salvo cuando el oferente formula una objeción dentro de un periodo razonable tras su recepción.

está correctamente formado. ¿Pero como resolver las divergencias? Si ha comenzado la ejecución del contrato parece que lo correcto, tanto en el Anteproyecto como en Derecho español, es dar preferencia al último texto, al texto enviado por el destinatario al oferente, pero si el resultado de esta interpretación no resultara armonioso con la voluntad de las partes parece que habría que acudir a integrar los dos textos de acuerdo con la ley, usos y buena fe.

En nuestro Derecho cuando se contrata por medios electrónicos resulta de particular importancia saber los medios de prueba de que disponen las partes. Tanto la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2000, referente a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, como la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 11 de julio del 2002 establecen que el oferente está obligado al envío de un acuse de recibo por correo electrónico o por otro medio de comunicación equivalente en las 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación, a la dirección que el aceptante haya señalado. Además el RD 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales exige en su art. 3.1 la confirmación documental de la contratación realizada mediante la remisión del oferente al aceptante de una justificación por escrito o por otro soporte duradero en un tiempo no superior al de la entrega de la cosa objeto del contrato³⁹. Parece que sería conveniente introducir alguna regla de este tipo en el Código europeo.

³⁹ El RD 1906/1999 de 17 de diciembre define en el art. 3.3 como soporte duradero "cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico".

7. LA ACEPTACIÓN TARDÍA

¿Qué sucede con las aceptaciones tardías? La aceptación debe ser tempestiva. de forma que tanto en Derecho español como en el Código europeo se considera que la aceptación debe realizarse en el plazo establecido al efecto, o si no se ha fijado plazo dentro de un plazo razonable. El art. 15.3 a del Proyecto nos indica que la oferta incluso si es irrevocable se extingue "si expira el plazo establecido para la aceptación", y el art. 15.3 b que la oferta se extingue "tras el transcurso de un cierto periodo que se pueda considerar como razonable". Es interesante y concorde con la buena fe la regla del art. 15.4 del Texto europeo cuando indica que si la oferta llega al destinatario con retraso imputable al oferente, prorroga razonablemente el plazo, a cuyo término se produce la extinción. Es indudable que las partes pueden dar validez a una aceptación tardía tanto en nuestro Derecho como en el Anteproyecto de Pavía porque el oferente así lo quiere, pero en principio una aceptación fuera de plazo ha de entenderse caducada y si el destinatario de la oferta muestra su interés por aceptar las condiciones de dicha oferta parece que somete a la voluntad del oferente que ambos queden obligados por un nuevo contrato³¹.

Puede suscitarse un problema cuando la aceptación tardía se debe al mal funcionamiento de los medios de comunicación. En este caso el art. 21 de la Convención de Viena considera que el contrato se ha formado, salvo expresa disconformidad del oferente. Una regla similar se echa de menos en el Proyecto de Pavía.

8. EL SILENCIO Y LA PASIVIDAD

En lo que se refiere al silencio el Proyecto de Pavía tuvo en consideración influencias muy diferentes. Los juristas ingleses pro-

³¹ El art. 21 de la Convención de Viena indica que "la aceptación tardía surtirá, sin embargo efectos como aceptación si el oferente sin demora informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido". En este caso el oferente muestra su conformidad con el contrato.

pusieron como modelo el art. 18 de la Convención de Viena y el profesor De Los Mozos sugirió tener en cuenta el art. 6 del Código suizo de obligaciones. Sortais indicaba que hay conductas y silencios que la ley considera como manifestaciones de voluntad como ocurre con el art. 1237 del Código civil italiano o con los artículos 1282 y 1283 del Código civil francés³².

En principio el silencio y la pasividad o inactividad no equivalen a aceptación ni en nuestro Derecho ni el Código europeo³³. Ambos términos tienen connotaciones similares de falta de comunicación a la otra parte del rechazo a la oferta.

Sin embargo hay algunos casos en que el silencio puede tener valor de aceptación. El primer caso nombrado por el Anteproyecto en el art. 16.3 a es cuando así ha sido previsto por las partes y aquí hay que precisar que ha debido de ser previsto por ambas partes. No serviría como aceptación que el oferente introduzca una cláusula por la cuál el contrato se entendiera aceptado sino se rechazara en un plazo determinado, ya que tal cláusula es contraria a la buena fe.

Pues bien si ambas partes han previsto que el silencio sea considerado como aceptación no habrá ningún problema en que así se haga. Otro caso en que el silencio y la pasividad deben considerarse como aceptación en el Texto europeo por el tenor del art. 16.1 a es cuando pueda deducirse de la existencia de relaciones que hayan mantenido entre sí. En nuestro Derecho esta opción se considera válida al ser doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de octubre de 1982³⁴. Lo mismo puede predicarse de la costumbre, enumerada en el art. 18.3 a del Proyecto que podemos asimilar en nuestro Derecho a los usos vigentes en la actividad comercial de que se trate.

³² *Code européen des Contrats, Annuel-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, págs. 68-69.

³³ En este sentido el art. 18 del Convenio de Viena indica también que el silencio y la inactividad no son aceptación por sí solos.

³⁴ Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia (JA 1982, 5560).

Menos precisa es la alusión que hace el Código europeo cuando estima en el citado art. 16. 3 a que el silencio y la pasividad pueden equivaler a la aceptación cuando así pueda deducirse de las circunstancias. Quizás hubiera sido mejor que se suprimiera este supuesto en cuanto que los casos anteriores son los admitidos de modo general por la doctrina, que si se encuentra ante un caso difícil de encuadrar siempre podrá acudir a la voluntad de las partes si cabe deducirlo del contrato.

También considera el Texto europeo en el art. 16.2 b que el silencio y la pasividad equivalen a aceptación cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor, aunque el destinatario puede rehusar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del asunto o por la costumbre. En este caso se presupone la voluntad del beneficiario de la oferta si no manifiesta su oposición. Este artículo nos sugiere el problema de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. Esta posibilidad no quería ser aceptada por los juristas ingleses. También Sortais considera que no debía admitirse que el contrato pudiera nacer de una manifestación unilateral de voluntad, y la ausencia de rechazo por la otra parte le parece insuficiente para que el contrato se perfeccione²⁵. Sin embargo los juristas italianos estaban a favor de dicha regla, que finalmente pasó al texto del Anteproyecto.

9. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE CREACIÓN DE OBLIGACIONES

En Derecho español en el Código civil no encontramos una respuesta clara que admita la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria²⁶ y la doctrina parte para admitir la fuerza vinculante de

²⁵ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 71.

²⁶ ALBALADEJO indica ya desde 1970 que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, examinada a fondo, no aclara nada en rigor, pues realmente es confusa y contradictoria. ALBALADEJO, M.: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, I, Barcelona, 1970, págs. 199-200.

la declaración de voluntad de consideraciones sociológicas y sistemáticas o de la confianza suscitada en los destinatarios de la declaración²⁷. En suma la buena fe y la seguridad jurídica hacen posible que el destinatario de una promesa pública sea acreedor de la prestación ofrecida.

En este sentido también es abierta la solución que da el Anteproyecto en su art. 20 cuando se refiere a los actos unilaterales al estimar "que producen los efectos que puedan derivarse de la ley, de la costumbre o de la buena fe", por lo que el examen del caso concreto es que servirá para dar relevancia o no a dichas declaraciones.

Sortais²⁸ es partidario de exigir una cierta forma para que la voluntad unilateral tenga transcendencia jurídica.

Respecto a la promesa pública, que es una forma de voluntad unilateral creadora de obligaciones²⁹, tampoco aparece regulada en nuestro Código civil. El art. 23.1 del Código europeo indica

²⁷ Según HERNÁNDEZ GIL, "la atribución de fuerza vinculante a la promesa unilateral no coincide al menos en su desarrollo, con el apogeo del dogma de la autonomía de la voluntad. Es un logro posterior que se abre paso en el periodo de rectificación y crisis del dogma de la autonomía, el cual, partiendo, claro es, del poder de la voluntad, hacía recaer su eficacia jurídica no tanto en ella misma cuanto en el pacto libremente concertado. Pero ha de advertirse (y de ahí que sólo sea aparente la contradicción apuntada) que no es propiamente una sobreestimación de la voluntad al extraer de ella una última consecuencia, lo que ha llevado al reconocimiento de la promesa unilateral como fuente de las obligaciones". HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, Editorial Ceura, Madrid, 1983, págs. 246-247.

²⁸ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 73.

²⁹ En realidad se suele designar el mismo fenómeno con los términos voluntad unilateral y promesa unilateral. En Derecho español hablan de voluntad unilateral autores como: ROCA SASTRE, R., y PUIG BRUTAU, J.: *La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones*, en *Estudios de Derecho privado*, I, *Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1948, págs. 199 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 11ª ed., revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO, págs. 105 a 120. En más ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU consideran que "la promesa pública es el caso más adecuado para admitir en nuestro Derecho la fuerza creadora de obligaciones de voluntad unilateral". ROCA SASTRE, R., y PUIG BRUTAU, J.: *op. cit.*, págs. 209-210.

que "vincula a quien la ha hecho desde que se hace pública y se extingue con la expiración del plazo allí indicado o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad"⁴⁰, o a partir de un año tras su emisión cuando la situación que preveía no ha sucedido. Sí que aparece regulada en la ley 521 de la Compilación de Navarra aunque Lalaguna la considera más bien que lo que regula esta ley 521 es un supuesto de formación sucesiva de contrato⁴¹.

Desde luego el tratamiento en nuestro Derecho de la promesa pública es muy distinto porque en principio su admisión está ligada a la licitud de la causa de la obligación que se crea. Ya Federico de Castro⁴² indicaba que la pura promesa, sin causa no puede ser en nuestro sistema jurídico fuente de obligaciones. Sin embargo no debemos olvidar que en el Proyecto de Pavía la causa no es un elemento del contrato. Con todo es un acierto que el Proyecto de Pavía se ocupe de la promesa pública tal y como hacen Códigos europeos como el BGB, el Código suizo de las obligaciones, el Código italiano o el Código portugués. Desde luego el tratamiento de la promesa pública en el Texto europeo y en Derecho español son diferentes. En principio en nuestro Derecho

⁴⁰ Hablar de su finalidad nos recuerda al concurso con premio que en ocasiones es un tipo de promesa pública en nuestro derecho, pero otras veces tal y como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE responden al esquema contractual "propuesta irrevocable-adhesión a las bases de la convocatoria", con lo que para calificarlos habrá que acudir a las bases del concurso. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *La promesa pública de recompense*, Barcelona, 1985, pág. 331.

⁴¹ Según la ley 521 de la Compilación navarra titulada oferta pública: Toda promesa sobre cosa y bajo condición lícita obliga al que la hace desde que es objeto de publicación suficiente, aunque nadie haya notificado su aceptación. Si el promitente no hubiera fijado plazo, se entenderá mantenida la oferta durante el tiempo que parezca necesario según el arbitrio del Juez. Si una persona determinada hubiera notificado al promitente su aceptación antes de caducar la oferta, esta se entenderá mantenida respecto al aceptante, durante un año u un día, a no ser que en el momento de la aceptación se hubiere convenido otro plazo.

Es muy interesante el estudio de realizado por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, en *libro homenaje a ROCA SASTRE*, vol. II, págs. 189-228.

⁴² DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 213.

la promesa es vinculante para el promitente en cuanto que, como regla general, es irrevocable. Sin embargo para el art. 23.2 del Proyecto de Pavía la promesa pública puede revocarse antes del cumplimiento de los plazos indicados pagando una indemnización "a quienes han sido inducidos de buena fe por esta misma promesa a efectuar gastos, a menos que pruebe que el resultado esperado no habría sido obtenido". Hay que decir al respecto que la regulación del Anteproyecto está inspirada por propuesta de De Los Mozos en el art. 8 del Código suizo de las obligaciones⁴³.

Además hay varias reglas en el art. 23.1 del Proyecto que ponen límite al tiempo de duración de la promesa. Son el tiempo indicado en la promesa o el que se deduzca de su naturaleza o de su finalidad, reglas que se admiten en nuestro Derecho. Sin embargo hay una regla más que es original: establecer en el art. 23. 1 del Proyecto un plazo de un año desde la emisión de la promesa para su expiración cuando la situación que preveía en ella no ha sucedido. Con esta norma se establece un límite temporal que coincide con el establecido por el Código italiano en los casos en que no es posible delimitar la vigencia de la promesa de otro modo.

10. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO

Un problema esencial de la oferta es conocer cuándo está el oferente vinculado por la aceptación. Naturalmente este problema no surge cuando las declaraciones de voluntad de las partes se conocen de modo simultáneo, es decir en los contratos de formación instantánea como sucede en los casos en que oferente y aceptante están presentes o contratan por teléfono o por telex. Precisamente el Código civil indica en el párrafo tercero del art. 1262 que "en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación".

⁴³ *Code européen des Contrats, Avant-Projet (Coordinateur, G. GANDOLFI)*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 73.

Es en los contratos de formación sucesiva como ocurre en los casos de contratación postal o telegráfica en los que se presenta la cuestión. En nuestro Derecho hay dos textos legales que siguen la misma pauta. Para el Derecho mercantil en base al art. 54 del Código de comercio⁴⁴ cuando oferente y aceptante se hallan en lugares distintos "hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndola remitido al aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe". En Derecho civil el criterio mayoritario⁴⁵ es el de la recepción, por el cuál la oferta vinculará desde el momento en que la aceptación llega al oferente. En efecto el art. 1262 del Código civil se decanta por la teoría del conocimiento que la mayor parte de la doctrina interpreta desde el criterio de la recepción. Y parece que este criterio es el más acorde con la buena fe y con la confianza generada en los destinatarios.

Es más si la oferta ha fijado un plazo para la aceptación, para que se perfeccione el contrato la oferta deberá aceptarse en dicho plazo y además deberá de llegar al oferente la aceptación dentro del plazo previsto, según la teoría de la recepción imperante en Derecho español. Esta misma teoría se recoge en el Proyecto de Pavía cuando se refiere en los artículos 11.2 y 12.1 a la aceptación de la oferta verbal y de la oferta escrita.

De los Mozos pone de manifiesto que la fijación de un plazo para la aceptación comporta la irrevocabilidad de la oferta hasta que este expire, tal y como sucede en el art. 3 del Código de las obligaciones suizo⁴⁶.

⁴⁴ La anterior redacción del art. 54 del Código de comercio era divergente con el Código civil: "los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada". Como puede verse se acogía la teoría de la emisión.

⁴⁵ Albaladejo considera que la aceptación obliga a partir de la recepción. ALBALADEJO, M.: *DERECHO CIVIL*, I, Vol. II, 9ª ed., pág. 184.

⁴⁶ *Code européen des Contrats, Assent-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 70.

Para la oferta verbal el art. 11.1 del Proyecto indica que "el contrato se considera perfeccionado en el momento y lugar en el que se ha conocido o se debía haber conocido la aceptación". Para la oferta escrita el art. 12.1 prescribe que el contrato "se considera perfeccionado en el momento y lugar en que el oferente ha conocido o debía haber conocido la aceptación". Y el mismo criterio se sigue por el art. 12.2 del Texto europeo respecto a la oferta dirigida a varios sujetos. Como en Derecho español en el caso de que la oferta se dirija a varios sujetos pueden aceptarla uno, varios o todos, pero puede condicionarse la aceptación a que se haga por un cierto número o por todos. En cualquier caso el contrato se perfecciona "en el momento y lugar en que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la última aceptación". Se sigue con esta redacción el criterio de presunción de conocimiento propuesto por García Cantero⁴⁷, que lo considera razonable siempre que el destinatario pueda probar que no conoce ni ha podido conocer la aceptación.

En la misma dirección se expresa el art. 16.2 del Proyecto cuando indica que la aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma. En este caso el texto del Proyecto podría añadir al conoce, un "o ha podido conocer" para ser acorde con la teoría de la recepción. Con todo es verdad que esto queda totalmente clarificado con el texto del art. 21.1 del Proyecto al indicarnos que "la oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos unilaterales, se reputan conocidos por el destinatario en el instante en que han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo o al domicilio que haya elegido".

De forma excepcional el plazo queda prorrogado "razonablemente" según el art. 15.4 del Anteproyecto si la oferta ha lle-

⁴⁷ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 70.

gado con retraso al destinatario. En realidad este apartado es una manifestación del principio de buena fe que deben observar los contratantes.

Sin embargo en el art. 15.1 del Proyecto de Pavía se adopta el criterio de emisión al considerar que "la oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación". Por el contrario para la oferta irrevocable sí se adopta el criterio de la recepción en el art. 15.2 del Código europeo cuando nos dice que "la oferta, incluso si es irrevocable, queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario, aunque estuviera unida a una nueva oferta". También el art. 12.1 cuando habla de oferta escrita adopta el criterio de la recepción cuando señala que "se considera perfeccionado el contrato en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la aceptación. Sería conveniente unificar criterios y adoptar para los dos casos del art. 15.1 y 15.2 del Texto europeo el de la recepción. Así el art. 15.1 debiera modificarse en el sentido de poner que la oferta puede revocarse mientras no haya llegado la aceptación al oferente. Este criterio además salva mejor los supuestos de aceptación tácita.

En cualquier caso coincide el art. 15.3 b cuando indica que la oferta se extingue "si no se ha indicado plazo, tras el transcurso de un cierto periodo que se pueda considerar como razonable", con lo que se predica en Derecho español. ¿Qué podemos entender como plazo razonable? Pues aquel que queda deducir de las exigencias de la buena fe. El propio Anteproyecto hace referencias a un comportamiento conforme a la buena fe al hablar del contrato en el art. 1.2 o de los tratos preliminares en el art. 6.

Antunes Varela⁸⁸ le parece que referirse a un plazo razonable es un criterio demasiado incierto porque deja en manos del

⁸⁸ *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 135.

juez, en cualquier caso, la consideración del mismo, criterio que comparte Sturm.

Se señalan como medios que indiquen si el plazo es razonable por el Texto europeo en el art. 15.3 b la naturaleza del asunto, la costumbre y la rapidez de los medios de comunicación. En este punto hay un paralelismo entre la naturaleza del asunto y lo que el art. 18 de la Convención de Viena llama circunstancias de la transacción. La rapidez de los medios de comunicación también se tiene en cuenta por el art. 18 de la Convención de Viena. No se trata de utilizar ni es exigible hacerlo, salvo que sea una condición de la oferta, medios idénticos en oferta y la aceptación, pero si al menos medios semejantes en cuanto su rapidez⁴⁹. Más difícil de concretar es la admisión que hace de la costumbre el Anteproyecto, pero es de suponer que las costumbres que utilizan sociedades mercantiles y comerciantes jugarán un papel importante en este punto.

El Código civil en caso de contratos entre personas distantes considera en el art. 1262 como lugar de perfección del contrato aquel en que se hizo la oferta. Y el Código de comercio sigue actualmente la misma pauta. En el mismo sentido el Proyecto de Pavía en los arts. 11.2 y 12.2 declara que los contratos se perfeccionan "en el momento y en el lugar en que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la última aceptación"⁵⁰.

⁴⁹ GARCÍA CANTERO recuerda que actualmente las comunicaciones pueden ser instantáneas si se utilizan medios como el fax. *Code européen des Contrats, Acord-Prijel* (Coordinateur, G. GANDOLFI), Giuffrè Editore, Milano, 1998, pág. 126.

⁵⁰ No podemos olvidarnos que el lugar de celebración del contrato determina en derecho español el tribunal competente para conocer en caso de litigio entre las partes dentro del territorio nacional, salvo que estas hayan acordado el sometimiento a un foro concreto. En los contratos internacionales al regir el Convenio de Roma de 19 de julio de 1980 desde la adhesión de nuestro país a la CEE rige el principio de libre elección de las partes contratantes. Y en nuestro derecho actualmente puede determinar no sólo el tribunal competente, sino también la legislación aplicable. En efecto a falta de sometimiento de las partes a una ley expresa, o en su defecto a la ley nacional común de las partes, y a falta de ella a la de la residencia habitual común, se aplica la ley del lugar de celebración del según el art. 10.5 del Código civil.



CAPÍTULO IV

NOTAS SOBRE LAS «CONDICIONES
RELATIVAS AL CONTENIDO» DEL
CONTRATO (UTILIDAD, POSIBILIDAD,
LICITUD Y DETERMINACIÓN) EN EL
ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO
DE CONTRATOS*

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

*Trabajo elaborado para su publicación en el Libro Homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos.



SUMARIO: 1. Precisiones (y perplejidades) metodológicas. 2. El Título III (*contenido del contrato*) del libro primero del *Código Europeo de Contratos*: una aproximación inicial. 3. Utilidad. 4. Posibilidad. 5. Licitud: A) Planteamiento general. B) La licitud del contenido del contrato. C) La lesión. D) Régimen de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores. 6. Determinación.

1. PRECISIONES (Y PERPLEJIDADES) METODOLÓGICAS

Al abordar la tarea de escribir unas breves notas al meritorio Anteproyecto de *Código europeo de contratos*, elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos con sede en Pavía, el autor (al menos, este autor) se ve asaltado por dudas y perplejidades acerca de su labor, y de su propia capacidad para hacer frente con éxito a tal empeño. Esas dudas y perplejidades afectan, primordialmente, a la perspectiva desde la que se ha de abordar la propia tarea, y a la orientación metodológica más adecuada, dentro de los límites de lo que es un trabajo breve, escrito por juristas españoles, (presumiblemente) para lectores (sobre todo) españoles. En efecto, la tentación próxima sería, insensiblemente, la de «españolizar» el Anteproyecto: es decir, explicarlo de acuerdo con los datos y coordenadas propios de nuestro Derecho. Pero está claro que esta opción no es la mejor, como no lo será tampoco cuando exista una normativa común europea de la materia obligacional o contractual, para interpretarla y aplicarla: españoles, ingleses, italianos, alemanes, franceses, etc., puestos a explicar las reglas comunes desde la perspectiva cada uno de su propio Derecho, conseguirían que la diversidad expulsada por la puerta de la unificación legislativa, volviera a entrar por la ventana de dicha inter-

pretación doctrinal. Es claro, en efecto, que una interpretación «españolizada» del *Código europeo de contratos*, si puede ser satisfactoria para nosotros, porque nos permite movernos en terrenos conocidos, y atemperar así la inseguridad producida por la sustitución de nuestras viejas y conocidas reglas por otras nuevas de interpretación incierta, no lo es con toda seguridad para los juristas europeos no españoles, a los que tal interpretación alejaría de sus respectivos ámbitos conceptuales de referencia. Del mismo modo, y por las mismas razones, sería insatisfactoria una interpretación «italianizante», «afrancesada» o «anglosajona».

Se podría pensar, entonces, en un empeño de menor aliento: ver en qué afectaría al Derecho español la regulación proyectada en el *Código europeo*. El enfoque, ciertamente, es menos conflictivo, pero no deja de presentar aristas problemáticas, sobre todo porque puede ser difícil sustraerse a la tentación de demostrar que en realidad las cosas no han cambiado tanto como parece (es decir, tanto como nos temíamos...): en tal caso, estaríamos ante una nueva versión, edulcorada y suavizada, si se quiere, de la opción que se acaba de rechazar. En cambio, si se logra mantener con firmeza el pulso de la propia interpretación centrado en el *Código Europeo de Contratos*, este planteamiento podría ser de mayor utilidad: también, en cuanto que permitiría a los juristas españoles identificar con mayor facilidad las semejanzas, las diferencias, y sobre todo, las diferencias que hay en lo aparentemente semejante (los «falsos amigos» de las traducciones de un idioma a otro), que es una de las trampas más peligrosas de un empeño como éste. Esta es la perspectiva que se va a adoptar en este trabajo que, en cualquier caso, no pretende ser un comentario de los preceptos dedicados al contenido del contrato, aunque al final, como iremos viendo, casi todos esos preceptos acaben siendo anotados. Es más bien una reflexión desde el Derecho español (o, mejor, desde la formación propia de un civilista español).

Al hilo de lo que antecede, cabe plantear otro problema, que puede ser descrito mediante la expresión, tan gráfica como poco

elegante, de la dificultad de autodescontextualizarse intelectualmente. Es decir, la dificultad que tiene el comentarista de adoptar una perspectiva neutral, alejada de cualquier «contaminación» procedente del Derecho nacional en el que se ha formado, en el que ha formado a tantos, y que le ha proporcionado el entramado teórico y conceptual y las herramientas intelectuales con las que habitualmente trabaja. Todo ello llega a configurar una suerte de segunda naturaleza intelectual, que actúa como un inconsciente, pero no menos real, principio de operaciones intelectuales, a cuya influencia es muy difícil sustraerse. En resumidas cuentas: mis observaciones no dejarán de ser las observaciones de un jurista español. Tal cosa, en esta fase de la elaboración del *Código Europeo de Contratos*, puede ser útil para la prosecución de tales trabajos.

A partir de ahí, se entenderán mejor mis dudas, mis perplejidades y hasta mis escrúpulos a la hora de abordar este trabajo. Amparan mi osadía en afrontarlo tanto la brevedad del mismo, como el deseo de contribuir, mínimamente, a una labor cuya importancia no es ciertamente desdeñable, sobre la que es la historia la que dirá la última palabra.

2. EL TÍTULO III (CONTENIDO DEL CONTRATO) DEL LIBRO PRIMERO DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS: UNA APROXIMACIÓN INICIAL

A) El *Código Europeo de Contratos* dedica el Título III de su Libro Primero al *contenido del contrato*. Antes, ya el madrugador art. 5.3 incluye el contenido entre los *elementos esenciales del contrato*. Su ausencia determinará la nulidad del contrato, conforme al art. 140.1 c). La cuestión inicial es, pues, determinar en qué consiste ese elemento esencial: qué es, para el *Código Europeo*, el contenido del contrato; cuál es, si se me permite la expresión el contenido del contenido. Pero antes de entrar en ello, conviene hacer alguna precisión sobre dos claras opciones metodológicas de los autores del Anteproyecto, opciones que conviene retener, puesto que en ocasiones pueden llegar a ser la clave que explique la regu-

lación proyectada, además de proporcionar al intérprete valiosas orientaciones metodológicas.

La primera de ellas, es la decisión de prescindir del concepto de obligación, tan caro a los derechos continentales como desconocido (y, por tanto, inútil) para el anglosajón. Las cuestiones reguladas en los Códigos continentales en sede de obligaciones, han sido residenciadas bien en los efectos del contrato, bien en lo relativo a su cumplimiento¹. Esto quiere decir, por ejemplo, que no hay en el Anteproyecto que se comenta lugar específico donde abordar la cuestión del objeto de la obligación, o de la prestación, y sus requisitos. Lo cual, como veremos enseguida, es un problema más bien doctrinal, puesto que la opción sistemática —no, en cambio, la terminológica— de los autores del *Código europeo* encaja sin dificultad con más de un texto legal europeo (empezando por el Cc español).

La segunda, es la opción en favor de un Código de soluciones, y no de principios, a partir de la idea de que la unificación europea en materia de contratos se logrará mejor y más rápidamente a través de la unificación de las soluciones concretas a problemas particulares, que mediante el intento de unificar los procedimientos lógicos y mecanismos conceptuales mediante los que cada sistema legal nacional llega a esas soluciones concretas². Eso quiere decir, a lo que entiendo, que siempre que la solución al problema concreto se mantenga incólume, las explicaciones de por qué y cómo se ha llegado a esa solución, o, incluso, las rela-

¹ *Ad rem*, véanse las explicaciones coincidentes *dise* STEIN, «Preface», p. XLIV, y GANDOLFI, «Rapports du coordinateur», p. 111, en ACADEMIA DEI GIUSPRIVATISTI EUROPEI, *Code européen des contrats* (coord., GANDOLFI), Giuffrè, Milano, 2000.

² Cfr. STEIN, *op. cit.*, p. XLIV, y GANDOLFI, «Introduction», en *Code européen des contrats cit.*, p. LII. La opción recuerda a la asumida por los autores de la *Recopilación Privada del Derecho foral de Navarra*, que en la «Nota» correspondiente al Título VIII (*De las obligaciones en general*), explican: «en este título se prescinde de aquellas cuestiones doctrinales, principalmente definiciones de conceptos jurídicos, que son más propias de la elaboración jurisprudencial que de la normativa legal»: cfr. AA.VV. *Derecho foral de Navarra. Derecho Privado (Recopilación Privada)*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1971, p. 258.

tivas a cómo encaja tal solución en el Derecho nacional (o cómo encaja con el Derecho eventualmente derogado por la normativa uniforme), pueden variar.

B) ¿En qué consiste para el *Código europeo* el contenido del contrato? Para contestar a esta pregunta, hay que formular (y responder) otra: ¿qué es lo regulado en los arts. 25 a 33 del Anteproyecto? Porque, evidentemente, en eso al menos consiste el contenido del contrato. Pues bien, a grandes trazos, estos preceptos se refieren básicamente a dos cosas: i) a las «condiciones» (*sic*) del contenido del contrato, que son la posibilidad, la licitud, la determinación y la utilidad (art. 25, desarrollado en los arts. 26 a 31): esta enumeración evoca inmediatamente, entre las categorías conceptuales manejadas entre nosotros, la de los requisitos de la prestación³, que nuestro Cc regula en sede de objeto de los contratos (arts. 1.271 a 1.273 Cc); ii) un conjunto de previsiones relativas a la reglamentación jurídica (es decir, a las reglas de conducta y cualesquiera otras determinaciones jurídicamente relevantes contenidas en las cláusulas contractuales) contenida en el contrato: arts. 32 y 33 del Anteproyecto —pero también, en los términos que veremos, el art. 30, números 4 y 5—; la ubicación sistemática de tales previsiones no es clara ni unánime⁴, pero podrían enca-

³ Cfr., por todos, HERNANDEZ GIL (A.), *Derecho de obligaciones*, CEURA, Madrid, 1983, pp. 97 y ss.; LACRUZ-SANCHO-RIVERO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 49 y ss.; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 289 y ss. (aunque el autor trata *in extenso* de esta cuestión, en sede de requisitos objetivos del contrato, y no de requisitos de la prestación: *Fundamentos... cit.*, I, pp. 202 y ss.); CRISTOBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 157 y ss.; GETE-ALONSO, en PUIG FERRIOL *et al.*, *Manual de Derecho civil II*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 69 y ss.; y PÉREZ ÁLVAREZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, II, Colex, Madrid, 2000, pp. 64 y ss.

⁴ Véanse, por ejemplo, la diferente localización de lo relativo a las condiciones generales de los contratos en las obras generales: así, LACRUZ-RIVERO trata de ello en sede de «planteamientos actuales del contrato», en el prólogo a la teoría general del contrato (*op. cit.*, pp. 346 y ss.); DIEZ-PICAZO las aborda como capítulo independiente, a continuación (*op. cit.*, pp. 343 y ss.); GETE-ALONSO (*op. cit.*, pp. 581 y ss.), lo hace en sede de formación del contrato; y,

jar suficientemente dentro del concepto de contenido del contrato como reglamentación contractual propuesto entre nosotros por DÍEZ-PICAZO⁵.

Cuanto antecede dejaría el camino expedito para entrar, al hilo ahora de las reglas del *Código europeo de contratos*, en la añeja y debatida cuestión relativa a los conceptos de objeto (de la prestación, de la obligación, del contrato...) y contenido del contrato. Cuestión, sin embargo, que es sobre todo teórica, y a la que el exceso de conceptualismo y la confusión terminológica (a la que no es ajeno nuestro Cc)⁶ hacen ayuna de consecuencias prácticas relevantes.

Lo que sí parece claro es que, de acuerdo con los preceptos que estoy comentando, «contenido» del contrato lo son tanto la conducta debida por el contratante o contratantes deudores (es decir, las prestaciones pactadas, que es a lo que en primer lugar convienen, de acuerdo con la interpretación más habitual, los requi-

por fin, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (*Curso de Derecho civil II*, cit., pp. 389 y ss.), dentro del capítulo dedicado al contenido y eficacia del contrato (pero más como contenido, que como eficacia).

⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I* cit., pp. 327 y ss.

⁶ Estos excesos conceptuales, así como la confusión terminológica a que me refiero en el texto, han sido denunciados, por ejemplo, por HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 97; LACRUZ-SANCHO-RIVERO, *Elementos... II-1*, cit., p. 49; o, fuera de nuestras fronteras, por GABRIELLI, «Il contenuto e l'oggetto», en el t. I de *I contratti in generale* (coord. GABRIELLI), del *Trattato dei contratti* (dir. RESCIGNO), UTET, Torino, 1999, p. 633.

Por otro lado, puede verse el *status questionis* de la discusión en HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, cit., pp. 197 y ss.; LACRUZ-SANCHO-RIVERO, *Elementos... II-1*, cit., pp. 49 y ss.; CRISTOBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Ciecitas, Madrid, 1990, pp. 148 y ss.; RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 1261 Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALABALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 1^o-B, EDESA, Madrid, 1993, pp. 25 y ss.; SAN JULIAN PUIG, *El objeto del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 1996. La situación no es muy diferente en los países jurídicamente más próximos al nuestro: pueden verse, por ejemplo, en Italia, GABRIELLI, *op. cit.*; y BIANCA, *Diritto civile*, 3 (*Il contratto*), 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2000, pp. 315 y ss.; en Francia, GHESTIN, *Les obligations. Le contrat: formation*, en el *Traité de Droit civil* (dir. GHESTIN), 2^a ed., LGDJ, Paris, 1988, pp. 571 y ss.; CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, «Les obligations», PUF, Paris, 1994, pp. 105 y ss.; LARROUMET, *Droit civil*, t. III, «Les obligations. Le contrat», 2^a ed., Economica, Paris, 1990, pp. 380 y ss.

sitos de posibilidad, licitud, determinación, y el para nosotros más novedoso de la utilidad⁷), como la reglamentación contractual (sean o no reglas de conducta de los contratantes)⁸. Esta constatación es importante porque, de acuerdo con el art. 25 del Anteproyecto, la utilidad, la posibilidad, la licitud y la determinación son referibles al «contenido» del contrato, es decir, a todo lo que los arts. siguientes consideran contenido, lo que comprende tanto la prestación como la reglamentación contractual. Además de lo ya argumentado, esta conclusión puede fundarse en el propio contenido de los arts. 26 a 31, que desarrollan las condiciones fijadas en el art. 25:

i) Por un lado, resulta claro que la prestación es contenido del contrato, y que en ella deben concurrir las «condiciones» (requisitos) del art. 25. A la prestación se refieren con claridad, por ejemplo los arts. 29 («el contrato puede tener por contenido una prestación...»), y 31(que vincula la determinación del contenido del contrato con el *objeto de las prestaciones*).

ii) Por otro lado, es también claro que dichos requisitos son igualmente exigibles respecto a la reglamentación contractual⁹, lo que resulta, por ejemplo, del art. 30, que al referirse al «contenido lícito y no abusivo» —es decir, al requisito de la licitud—, contempla primariamente no la prestación, sino la reglamentación contractual. Así ocurre: 1) en su número 3, que establece la impug-

⁷ Pero ya se referían a él CARBONNIER, *op. cit.*, p. 105, y entre nosotros, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II-2º*, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1987, p. 139.

⁸ Sólo en la medida en que del contrato nazcan obligaciones, actuales, potenciales o eventuales, a cargo de uno o de ambos contratantes, la reglamentación contractual consistirá en reglas de conducta. Lo normal es que ambas cosas coincidan, pero puede haber reglamentación contractual que no consista en reglas de conducta de los contratantes, sino que sirva para producir otros efectos jurídicos diferentes. A ello parece referirse el art. 1 del *Código europeo de contratos* cuando define el contrato como «el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aún a cargo de una sola de ellas». *Véf.*, también, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, *l. cit.*, p. 200.

⁹ De manera parecida a como se defiende en la doctrina italiana: *cfr.* GABRIELLI, *op. cit.*, p. 671, y nota 137.

nabilidad del contrato en que se pacta una prestación o ventaja patrimonial desproporcionada, «abusando de la situación de peligro, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia, o de dependencia económica o moral de la otra parte»: en este caso, la prestación es, como tal, meramente «desproporcionada», pero como consecuencia de esa desproporción, y de su concurrencia con las circunstancias enumeradas en el precepto, el contenido es ilícito (ilicitud que, paradójicamente, deriva del propio art. 30¹⁰); 2) en su número 4, que establece el régimen genérico de las condiciones generales de los contratos, cuya función típica (respecto al propio contrato) es, precisamente, la fijación de la reglamentación contractual.

De cuanto antecede deriva, pues, una primera conclusión, ya apuntada: las «condiciones relativas al contenido» exigidas por el art. 25, y desarrolladas en los arts. 26 a 31, son aplicables tanto a la prestación (y entonces nos reconducen a la doctrina de los requisitos de la prestación), como a la reglamentación contractual: es lo que cabría denominar el «doble efecto» de tales condiciones. Quede hecha esta advertencia general, a la que ya solo aludiré al hilo de las observaciones sobre preceptos concretos del Anteproyecto.

El art. 25 del *Code européen*, bajo la rúbrica *condiciones relativas al contenido*, dispone que *el contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable*. El precepto es desarrollado a continuación por los arts. 26 (utilidad), 27, 28 y 29 (posibilidad), 30 (licitud) y 31 (determinación). A ellos, y a sus previsiones, me referiré brevemente a continuación.

¹⁰ La vinculación entre el objeto (contenido) del contrato, y la lesión (es decir, el valor del objeto) es ya conocida: cfr., por ejemplo, en el Derecho francés, GHESTIN, *op. cit.*, pp. 621 y ss.

3. UTILIDAD

De acuerdo con el art. 26, *el contenido del contrato es útil cuando corresponde a un interés aún no patrimonial de las dos partes, o al menos de una de ellas*. La dicción literal del artículo proyectado evoca el art. 1.174 del Cc italiano (*la prestación que es objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aún no patrimonial, del acreedor*), respecto al cual presenta, sin embargo, dos novedades relevantes:

1) La introducción como requisito específico de la utilidad, lo que se justifica tanto por la falta de seriedad de un contrato cuyo contenido fuera inútil para las partes¹¹, como por la conveniencia de compensar mediante este requisito la desaparición de la *consideration* anglosajona¹². Con todo, hay que recordar nuevamente que entre nosotros la novedad no es tanta, pues ya LACRUZ consideraba la utilidad como un requisito del objeto de los contratos, a partir de consideraciones paralelas a las esgrimidas por CARBONNIER¹³. En ambos casos se aclara expresamente (y el precepto ahora comentado se mueve en esa misma dirección) que para ser útil el objeto del contrato no tiene por qué ser valuable en dinero¹⁴.

2) La desaparición de la patrimonialidad como requisito específico de la prestación (en la línea, por ejemplo, del art. 398 Cc portugués¹⁵). En efecto, como acabamos de ver, el art. 1.174 Cc italiano exige que la obligación sea susceptible de valoración económica, en cuya exigencia se funda la doctrina italiana para afirmar que la

¹¹ Es el argumento ofrecido por CARBONNIER (*ibid.*, también, *su op. cit.*, p. 105), que GANDOLFI hizo suyo: *Conf. européen des contrats*, cit., «Rapports du coordinateur», p. 146.

¹² GANDOLFI, «Rapports du coordinateur», p. 146.

¹³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II-2º*, 2ª ed. cit., p. 139.

¹⁴ *Cfr.* CARBONNIER, *op. et loc. cit.*; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil II-2º*, 2ª ed., *loc. cit.*

¹⁵ Conforme al cual, la prestación no precisa tener un valor pecuniario, pero sí debe responder a un interés digno de protección del acreedor.

prestación ha de ser patrimonial¹⁶; por otro lado, y respecto a este mismo precepto, la doctrina no encuentra especiales dificultades en armonizar la exigencia de patrimonialidad de la prestación con la posibilidad de que la prestación se corresponda con un interés no patrimonial del acreedor¹⁷. La doctrina española, en ausencia del pie forzado que en este punto constituye la dicción literal del art. 1.174 Cc italiano, acepta mayoritariamente que la patrimonialidad no es un requisito de la prestación¹⁸, aún advirtiendo que, a efectos de la indemnización por incumplimiento, la prestación no patrimonial que no ha sido ejecutada debe ser valuable en dinero¹⁹, para lo cual se propone el recurso a los mismos o parecidos criterios que se utilizan para indemnizar el daño moral²⁰ (que, por hipótesis, no es patrimonial)²¹.

¹⁶ Cfr., por todos, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. 1°, 3ª ed., CEDAM, Padova, 1999, p. 5; GRASSO, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (PERLINGIERI coord.), 2ª ed., Edizione Scientifiche Italiane-Zanichelli, Napoli, 1991, sub art. 1.174; ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi Editore, Bologna, 1994, p. 328; CHIANGALE, voz «Obbligazione», *Digesto delle discipline privatistiche*, t. XIII, UTET, 1995, pp. 340 y s.

¹⁷ Cfr., *ad rem*, GALGANO, *op. cit.*, p. 6; ROPPO, *op. cit.*, p. 328.

¹⁸ Es obligado citar, en primer lugar, la exposición de HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 110 y ss., de la que son tributarias las aportaciones posteriores: cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil II-1º*, 9ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 29 y ss.; LACRUZ-SANCHO-RIVERO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1º*, cit., pp. 54 y ss.; GÉTE-ALONSO, en PUIG FERRIOL *et al.*, *Manual de Derecho civil II*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2000, pp. 72 y ss. Sin embargo, matizadamente en favor de la patrimonialidad de la prestación, CRISTOBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, cit., pp. 188 y ss.

¹⁹ Cfr. ALBALADEJO, *op. et loc. cit.*; LACRUZ-SANCHO-RIVERO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1º* cit., pp. 56 y ss.; GÉTE-ALONSO, *op. et loc. cit.*

²⁰ Cfr. LACRUZ-SANCHO-RIVERO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil II-1º* cit., pp. 56 y s.

²¹ A estos efectos, es especialmente útil distinguir entre el cumplimiento por equivalente (que es acción de cumplimiento del contrato) y la indemnización por los perjuicios que el incumplimiento ha causado al acreedor (que es acción de resarcimiento): cfr. DE PABLO, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil II*, Colex, Madrid, 2000, pp. 177. En efecto, el problema podría derivar de la ausencia total de equivalencia pecuniaria de la prestación no patrimonial no ejecutada, lo que, en caso de no ser posible la ejecución forzosa *in natura*, podría vaciar de

Desde ambos puntos de vista, no parece que lo que es doctrina dominante (y práctica habitual) en nuestro Derecho fuera a verse afectado en caso de eventual aprobación de un precepto como el proyectado que ahora comento.

Todavía cabría plantear ulteriores cuestiones en torno a ese interés de uno o ambos contratantes, en que el proyectado art. 26 hace consistir la utilidad del contenido del contrato. Queda claro que puede tratarse de un interés no patrimonial, pero ¿debe ser un interés *digno de protección* (en la línea, por ejemplo, del citado art. 398 Cc portugués, o del art. 1.322 Cc italiano)? El silencio del art. 26 puede considerarse intencionado, en el sentido de no exigir mayores determinaciones a ese (por otro lado evanescente) interés: es razonable pensar que los autores del Anteproyecto, que conocían los preceptos italiano y portugués citado han preferido no incluir esa exigencia, lo que autoriza a no introducirla por vía de la interpretación²⁷. Por lo demás, añadir esa coletilla no haría sino complicar, mediante otro concepto jurídico indeterminado que sumar a los ya de por sí poco claros de utilidad e interés, la interpretación del precepto.

En todo caso, sí parece razonable entender que la utilidad (o el interés en que el proyectado art. 26 hace consistir dicha utilidad) debe presumirse *iuris tantum*: toda prestación pactada debe entenderse útil, y correspondiente a un interés cierto de uno o ambos contratantes (por eso ha sido pactada), salvo que se pruebe lo contrario. Presunción que es fácil derivar de cómo son las cosas habitualmente: es decir, de que, normalmente, quien pacta como acreedor una prestación, lo hace por la utilidad que la prestación

contiene la acción de cumplimiento; en cambio, la acción de resarcimiento de los daños causados al acreedor por ese incumplimiento sigue viva, y la indemnización es perfectamente calculable acudiendo a los citados criterios de indemnizabilidad del daño moral.

²⁷ Cfr., con suficiente claridad, GANDOLFI, «Rapports du coordinateur», cit., pp. 122 y s. Es significativo, desde esta perspectiva, que el *Code européen*, en su art. 2, haya decidido prescindir de la exigencia de que el contrato persiga intereses considerados como dignos de protección.

le reporta, en cuanto satisface un interés (además: no necesariamente patrimonial) suyo²³.

4. POSIBILIDAD

El Anteproyecto de la Academia de Pavía dedica tres artículos a establecer el régimen de la posibilidad (e imposibilidad) del contenido del contrato. Son el art. 27, que contiene la regla general, con la definición de cuándo el contenido es posible (y cuando imposible) —A—, el art. 28, referido a los supuestos de posibilidad sobrevenida en los casos de contratos sometidos a condición suspensiva o término —B—, y el art. 29, relativo a la contratación sobre cosas futuras —C—.

A) De acuerdo con el art. 27 del Anteproyecto, *el contenido es posible cuando el contrato es susceptible de ser ejecutado al no haber obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido*. Si comparamos este texto con el de nuestro art. 1.272 (recordemos: *no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles*), saltan a la vista dos diferencias, ligadas entre sí: i) la primera, que la formulación de este art. 27 es positiva —exigencia de posibilidad—, y no negativa —interdicción de la imposibilidad—, como ocurre en el art. 1.272

²³ Quizá no estaría de más formular legalmente dicha presunción, que evitaría, en la práctica, muchos de los problemas que puede presentar la determinación de la utilidad de la prestación o el interés de los contratantes. Si, como parece claro, parte de las cuestiones que en algunos Derechos continentales se residenciaban en sede de causa, y en el Derecho inglés se solucionaban por vía de la *consideration*, han sido reconducidos ahora al régimen del contenido del contrato (cfr. GANDOLFI, «Rapports du coordinateur», *cit.*, pp. 125 y ss., y 146), podría ser útil recordar aquí la previsión de nuestro art. 1.277, en cuya virtud la causa se presume lícita y existente a menos que se pruebe lo contrario: este precepto constituye, en mi opinión, la clave de la importancia real de la causa en nuestro sistema, en cuanto permite desentenderse en gran medida del concepto de causa, con vistas a grobar su existencia y licitud. Antes bien, quien afirme que no hay causa, o que es ilícita (y quien hace tal afirmación debe saber en qué la funda) es quien debe probarlo. Aplicando este esquema a la utilidad, o al interés de los contratantes, cabría establecer que la utilidad (o el interés) se presume mientras quien niegue su concurrencia no pruebe lo contrario.

de nuestro Cc; ii) la segunda, vinculada a la anterior, que el art. 27 descende a señalar cuándo el contenido del contrato ha de estimarse como posible, mientras que nuestro art. 1.272 se limita a vetar la imposibilidad, sin aclarar en qué consiste. Debe advertirse, sin embargo, que el art. 27 explicita la posibilidad a través de la determinación de cuándo el contenido del contrato debe ser considerado imposible: en efecto, *el contenido es posible cuando el contrato es susceptible de ser ejecutado* (referencia a la posibilidad) *al no haber obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido* (referencia a la imposibilidad). De esta manera, el centro de gravedad del art. 27, a efectos de la determinación de cuándo debe entenderse que el contenido del contrato es posible, reposa en la descripción de cuando ese contenido ha de reputarse imposible (de forma que, en los demás casos, el contenido habrá de ser considerado posible).

Esta falta de concreción (no necesariamente reprochable) se explica, probablemente, por la consideración, ya presente en GARCIA GOYENA²⁴, de que exigir la posibilidad (o vetar la imposibilidad) del objeto del contrato es una obviedad²⁵. Pero esa misma falta de concreción (que el Anteproyecto de Pavía ha considerado oportuno evitar) es la que explica, con parecida probabilidad, que nuestra doctrina se haya ocupado con un cierto detenimiento de aclarar qué hay que entender por imposibilidad de la prestación, y de distinguir los diferentes tipos de imposibilidad, a fin de determinar su respectivo régimen jurídico²⁶.

²⁴ GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid 1852, Zaragoza, 1974, en nota al art. 995 del Proyecto de 1851 (p. 531), de contenido prácticamente idéntico al actual art. 1.272.

²⁵ Cfr. RAMS ALBESA, «Comentarios a los artículos 1.271 y 1.272», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 1^o, EDERSA, Madrid, 1993, pp. 453 y ss.

²⁶ Cfr. HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pp. 103 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil II-1^o cit.*, pp. 21 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 202 y ss.; SANCHEZ REBULLIDA, en *Elementos... II-1^o*, 2^a ed., Librería Bosch, Barcelona, 1985, pp. 85 y ss.;

Precisamente dichas distinciones pueden ser útiles a la hora de interpretar el art. 27 del *Código Europeo de Contratos*. En efecto, a la luz del concepto de imposibilidad que deriva de dicho precepto (recordemos: el contenido es imposible cuando no es susceptible de ser ejecutado por haber obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido), cabría adelantar, siempre como provisionales, las siguientes conclusiones:

1) Que la imposibilidad puede ser tanto material como jurídica²⁷.

2) Que la imposibilidad debe ser objetiva o absoluta (*obstáculos objetivos ... que impidan de manera absoluta...*): presupuestos los conceptos de imposibilidad objetiva o absoluta, y subjetiva o relativa, más habituales entre nosotros²⁸, aquí sí puede encontrarse una diferencia con lo que es doctrina habitual en nuestro Dere-

CRISTOBAL MONTES, *La estructura...* cit., pp. 159 y ss.; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 70 y ss.; RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 453 y ss.

²⁷ Así lo afirma también la doctrina dominante respecto al art. 1.272 Cc. cfr., por todos ALBALADEJO, *Derecho civil II-1** cit., p. 22; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 204 (que reconduce la imposibilidad jurídica a la ilicitud del objeto); SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 85; CRISTOBAL MONTES, *op. cit.*, p. 159. En todo caso, la alusión a la imposibilidad debida a obstáculos de carácter jurídico hace que se replantee, también respecto al Anteproyecto de Pavia, la distinción entre imposibilidad jurídica e ilicitud del objeto: *ad rem*, entre nosotros, pueden verse las consideraciones de DíEZ-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*, SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pp. 85 y 87; la cuestión también se ha planteado en el Derecho italiano: cfr., por ejemplo, BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 326; o GABRIELLI, «Il contenuto e l'oggetto» cit., pp. 678 y ss.; con todo, la discusión tiene mucho de ociosa, en cuanto la imposibilidad jurídica y la ilicitud están sometidas al mismo régimen jurídico.

²⁸ «La imposibilidad es absoluta cuando la prestación prometida en virtud del contrato no puede ser llevada a cabo por ninguna persona en ningún momento. La imposibilidad, en cambio, es relativa, cuando la prestación o el servicio prometido, que es posible en términos generales, es, sin embargo, imposible para el promitente en las condiciones de tiempo y lugar en que lo ha prometido»: DíEZ-PICAZO, *op. et loc. cit.*; conceptos similares, por ejemplo, en HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, cit. p. 105, SANCHO REBULLIDA, *op. et loc. cit.*, o ALBALADEJO, *op. et loc. cit.* También otros ordenamientos próximos al nuestro conocen distinciones similares: cfr., para el Derecho francés, CARBONNIER, *op. cit.*, p. 107; GHESTIN, *op. cit.*, p. 618; para el Derecho italiano, BIANCA, *Diritto civile III*, cit., p. 323, o GABRIELLI, *op. cit.*, p. 681.

cho, que concede relevancia (variable según los autores) a la llamada imposibilidad relativa o subjetiva²⁹. La dicción literal (y reiterativa) del art. 27, ahora comentado, es sin embargo clara, al exigir que los obstáculos sean «objetivos», y la imposibilidad de realizar el objeto perseguido «absoluta». En este sentido, GANDOLFI, anotando este precepto, señala que en el art. 27 del Anteproyecto «se acentúa el perfil objetivo de la imposibilidad, y su carácter absoluto»³⁰. Ello querría decir, por tanto, que la imposibilidad relativa carece de consecuencias invalidantes, quizá con la única excepción, apuntada por DÍEZ-PICAZO, de tratarse de una obligación personalísima, en cuyo caso no parece que deba haber problemas en entender que la imposibilidad que afecta al único que puede cumplir satisfactoriamente es, en realidad, una imposibilidad absoluta y objetiva: si él no puede cumplir, nadie puede cumplir, de manera que el cumplimiento es, objetivamente, imposible.

3) Que, además, y con parecido fundamento textual, la imposibilidad invalidante ha de ser total. Así cabe deducir de la exigencia de que los obstáculos al cumplimiento impidan de manera «absoluta» la ejecución de la prestación: aquí «absoluto» adopta un significado equivalente a total, y contrapuesto, por tanto, a parcial. Dicho con otras palabras: si es posible realizar parcialmente el objeto del contrato, ya no se puede decir que la realización de dicho objeto se encuentra impedida *de manera absoluta*, como pide el precepto. Es verdad que el acreedor puede rechazar el pago parcial (arts. 75.1 y 77.1 del Anteproyecto), lo que sirve

²⁹ Cfr., por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 207, para quien la imposibilidad relativa no determina la nulidad del contrato, a menos que se trate de una obligación personalísima (a cuya opinión se suma GETE-ALONSO, «Comentario al artículo 1.272», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 476); por su parte, SANCHO REBULLIDA, *op. et loc. cit.*, entiende que en principio la nulidad se produce tanto si la imposibilidad es absoluta como relativa, aunque tratándose de imposibilidad relativa, cabe que el contrato sea válido en función de la intención de las partes al contratar; por fin, ALBALADEJO entiende que tanto la imposibilidad absoluta como la relativa determinan la nulidad (*op. cit.*, pp. 21 y s.).

³⁰ Cfr. GANDOLFI, «Rapports du coordinateur» *cit.*, p. 146.

a SANCHO REBULLIDA, respecto a nuestro Derecho, para extender la regla del art. 1.272 a la imposibilidad parcial³¹; pero es también verdad que el acreedor podría aceptar ese pago parcial, que le resulta útil, de manera que desembocaríamos en un problema de incumplimiento parcial, pero por imposibilidad originaria, y no sobrevenida, de parte de la prestación; del mismo modo, se ha propuesto en nuestra doctrina hacer depender la validez del contrato afectado por la imposibilidad parcial de la prestación de la voluntad de las partes, o de la caracterización de la prestación como escindible o no (de manera que en el segundo caso la imposibilidad parcial se convertiría en total), así como generalizar la regla del art. 1.460 Cc, permitiendo al acreedor optar entre desistir del contrato o reclamar la parte posible con una reducción proporcional de la contraprestación³²; o, por último, se ha defendido que la imposibilidad parcial desembocaría en la nulidad parcial del contrato, conservándose la validez del mismo en todo lo no afectado por dicha imposibilidad parcial³³. Todas estas opiniones se ofrecen en nuestro Derecho a falta de un criterio legal claro³⁴, criterio que cabría encontrar en el art. 27, de aceptarse la interpretación que propongo, fuertemente asentada en la letra del precepto.

4) Que lo que invalida el contrato es la imposibilidad absoluta, no la dificultad superable, aunque su superación exija del deudor un esfuerzo superior al inicialmente previsto. Esta conclusión se apoya nuevamente en la expresión *obstáculos...que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido*. ¿Quiere ello decir que la dificultad extrema, solo superable mediante un esfuerzo extraordinario o de carácter excepcional, no debe ser considerada a estos efectos como imposibilidad invalidante? La doc-

³¹ Cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 86

³² Cfr., DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 206; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 24; RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 457.

³³ CRISTOBAL MONTES, *op. cit.* p. 167.

³⁴ Insiste en ello CRISTOBAL MONTES, *op. et loc. cit.*

trina mayoritaria entre nosotros entiende que la dificultad extrema, así caracterizada, es equiparable a la imposibilidad, y por tanto tiene consecuencias invalidantes³⁵; no han faltado, sin embargo, opiniones que reconducen la cuestión a la de la extrema dificultad en el cumplimiento, considerando el contrato como válido y eficaz³⁶. Probablemente, para dar respuesta adecuada, conviene distinguir: i) por un lado, entre la excesiva onerosidad originaria, y la sobrevenida: el Anteproyecto de Pavía regula, en la línea del Cc italiano, o de nuestra cláusula *rebus sic stantibus*³⁷, la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación en sus arts. 97.1 y 157; ésta es la excesiva onerosidad que desarrolla propiamente sus efectos en sede de cumplimiento, presupuesta la validez y eficacia inicial del contrato; la excesiva onerosidad originaria no queda amparada por estas previsiones, lo que quiere decir que, o bien es invalidante *ab initio*, o, si no lo es, no permite la aplicación de las citadas reglas, por no encajar en su supuesto de hecho (que es, como digo, la excesiva onerosidad sobrevenida); por otro lado, la presencia de tales reglas quiere decir que solo es relevante la excesiva onerosidad sobrevenida, puesto que la originaria ha debido ser tenida en cuenta en el momento de celebración del contrato (dicho con otras palabras: el contratante deudor ya sabía, o al menos debía saber, el grado de dificultad del empeño que asumía); ii) por otro lado, dentro ya de la dificultad originaria, entre la que puede considerarse excesiva o extrema, en la práctica insuperable, hasta el punto de que de hecho (y, en consecuencia, de Derecho) podría ser equiparada a la imposibilidad³⁸, y la que exige un esfuerzo superior al normal —incluso muy superior

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 104; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 204; CRISTOBAL MONTES, *op. cit.*, p. 162.

³⁶ Cfr. RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 463.

³⁷ Sobre cuyos requisitos y efectos en nuestro Derecho puede verse, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil II*, cit., pp. 429 y ss.

³⁸ El ejemplo que DÍEZ-PICAZO toma de EMMERICH (*op. cit.*, p. 204) puede ser ilustrativo: búsqueda de un anillo en el fondo del mar.

o extraordinario—, pero superable con ese esfuerzo, que quizá es el que se pretende conseguir del contratante deudor, en cuyo caso no creo que pueda hablarse de la existencia de un impedimento que de manera absoluta impida la obtención del resultado pretendido (que es lo que pide el proyectado art. 27).

5) Por último, aunque el art. 27 del *Código Europeo de Contratos* no lo exige expresamente, es claro que de lo que se trata aquí es de la imposibilidad originaria o antecedente, que es la que invalida el contrato *ab initio*, por faltar un requisito sin el que el contrato es nulo (art. 140.1.c del Anteproyecto). De la imposibilidad sobrevenida, y de sus consecuencias respecto a las obligaciones de los contratantes, se ocupa el *Code européen*, como ha quedado dicho, en sus arts. 97.2 y 128.3, en sedes, respectivamente, de incumplimiento y extinción del contrato. Sobre este punto, el sistema que deriva de la regulación proyectada coincide con el sostenido respecto a nuestro Derecho por la doctrina dominante³⁹.

B) El art. 28 del Anteproyecto regula un caso muy concreto, en el que, siendo inicialmente imposible el contenido del contrato, deviene posible después de celebrado, pero antes de que desarrolle su eficacia, lo que determina la validez de dicho contrato: *en el contrato sometido a una condición suspensiva o a término es reputado posible el contenido que deviene tal antes de que se cumpla la condición o expire el plazo*. En relación con este texto, conviene detenerse tanto en su sentido general, al hilo de algunos problemas de interpretación (a), como en su incidencia en el Derecho español (b).

a) De acuerdo con el tenor literal del precepto proyectado, el supuesto de la norma está constituido por un contrato sometido a condición suspensiva o a término (entendidos tales conceptos en el sentido a que se refieren —y con la regulación que contienen—

³⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 103 y s.; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 21; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 205; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 86; CRISTOBAL MONTES, *op. cit.*, p. 159; GETE ALONSO, «Comentario...» *cit.*, p. 476.

los arts. 49 y siguientes del *Código Europeo de Contratos*). Si el significado del precepto es claro en lo que respecta a la condición suspensiva, no lo es tanto, al menos de acuerdo con su literalidad, en lo que se refiere al término, puesto que, a diferencia de lo que hace con la condición, el art. 28 no aclara si alude al término inicial (suspensivo), al final (resolutorio), o a ambos. Parece lo más lógico entender que se trata exclusivamente del término inicial, por dos razones: i) por congruencia con lo establecido respecto a la condición, que el art. 28 pide explícitamente que sea suspensiva; ii) y, lo que es más importante, por que la regla, tal y como está formulada (y tal y como parece haber sido pensada), tiene pleno sentido cuando nos encontramos ante un contrato cuyos efectos todavía no han comenzado a producirse, de manera que su desarrollo no se ha visto afectado por la imposibilidad originaria⁴⁰, y la posibilidad sobrevenida precisamente lo que permite es que, cumplida la condición o llegado el término, tales efectos puedan producirse⁴¹.

Por otro lado, la (tajante) literalidad del art. 28, unida a su carácter de excepción frente a la regla general (nulidad del contrato con contenido originariamente imposible) inducible de los arts. 5, 25 y 140.1.c, permiten entender que éste es el único caso en el que la imposibilidad originaria (es decir, la concurrente en el momento de celebración del contrato), carece de fuerza invalidante: cualquier otro caso en el que la ejecución del contenido del contrato no sea posible *ab origine*, tendrá como consecuencia la nulidad del contrato, conforme a la citada regla general.

⁴⁰ Hubiera dado igual que el contenido fuera posible: tampoco habría sido llevado a efecto, como consecuencia de la condición suspensiva o del término inicial.

⁴¹ En este sentido, no debe inducir a equívoco el tenor literal del precepto, que al referirse al plazo, utiliza (en la traducción privada, y muy meritoria, del prof. DE LOS MOZOS, de que hemos dispuesto los autores de estos estudios, por amabilidad, una vez más, del citado profesor) el verbo *expirar*, aparentemente más propio del término inicial que del final. En la versión original francesa se emplea la voz *échéance*, que podría traducirse igualmente como «vencimiento». En todo caso, lo que queda claro es que lo que se produce cuando expira, vence o (en expresión castellana que me resulta preferible) llega el plazo inicial, es el comienzo de los efectos del contrato sometido al mismo.

En realidad, lo que hace el proyectado art. 28 es diferir el juicio relativo a la imposibilidad del contenido a un momento ulterior al de la celebración del contrato. Lo hace (y ese es el sentido de la regla, tal y como ha sido puesto de relieve más arriba), precisamente en los casos en los que es dable hacerlo, porque la eficacia del contrato ha quedado también diferida a un momento ulterior, como consecuencia de la condición suspensiva o del término inicial. El momento relevante, en el cual el contenido ha de haber devenido posible, es aquél en el que el contrato puede comenzar a desarrollar sus efectos, porque se ha cumplido la condición, o ha vencido el plazo inicial. Si en ese momento el contenido del contrato sigue siendo imposible, el contrato deviene definitivamente nulo; si, en cambio, dicho contenido ha pasado a ser posible, es reputado como tal (a efectos del juicio de validez del contrato) desde la celebración, y el contrato es considerado también válido *ab initio*.

b) *¿Quid*, en este punto, respecto al Derecho español? Ciertamente, nuestro Cc no se ocupa de esta cuestión. Desde este punto de vista, el *Code européen* supondría una novedad para nosotros. Lo mismo ocurre, aunque con perfiles algo diferentes, si atendemos a los planteamientos doctrinales más al uso. En efecto, tampoco nuestra doctrina ha prestado gran atención al problema, y cuando lo ha hecho, ha sido sin acuerdo. Dos son las opiniones fundamentales:

i) Para DÍEZ-PICAZO, «la imposibilidad originaria transitoria no hace nulo el contrato. Si la obligación contractual ha sido establecida como pura y no ha quedado sujeta a plazo, habrá mora del deudor. Lo mismo ocurrirá si, aunque se establezca un plazo, el impedimento subsiste todavía en el momento de finalización del plazo»⁴².

⁴² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 207. No aclara el autor si el concepto que maneja de imposibilidad originaria transitoria incluye la incertidumbre acerca de la posibilidad sobrevenida. Es decir: ¿es imposibilidad originaria transitoria la que existe en el momento de celebración del contrato, pero se sabe con suficiente certeza que cesará en un

ii) Para ALBALADEJO, sin embargo, «cuando un hecho, antes imposible, deviene posible después (...) la obligación no llega a nacer por esa posibilidad *a posteriori* de la prestación; salvo que se trate de que las partes hubiesen previsto la posibilidad futura y dado vida a la obligación precisamente para el caso de tal posibilidad (entonces, realmente, la obligación es condicional, y la condición consiste en que el hecho devenga posible), o de que, a tenor de la buena fe, haya que estimar que en el caso concreto importaba solo la posibilidad de la prestación al momento en el que debía ejecutarse»⁴³.

De cuanto ha quedado expuesto, puede concluirse que también desde este punto de vista el art. 28 innovaría nuestro Derecho, dando en este caso una respuesta legal segura (aunque, como ocurre con cualquier texto normativo, no carente de interrogantes) a la cuestión suscitada. El precepto proyectado se acerca más a la opinión sostenida entre nosotros por ALBALADEJO, en cuanto este autor reconduce el problema al campo de las obligaciones condicionales. Con todo, así como ALBALADEJO considera únicamente el caso de que la condición suspensiva (explícita o implícita) consiste precisamente en que el objeto (contenido) inicialmente imposible devenga después posible, el *Code européen* realiza una formulación más amplia, que abarca cualquier condición suspensiva (y no solo, insisto, aquella que consiste precisamente en que el contenido imposible devenga posible), así como al término inicial.

C) En tercer lugar, establece el proyectado art. 29, bajo la rúbrica *cosas futuras*, que *el contrato puede tener por contenido una prestación relativa a cosas futuras, salvo las prohibiciones particulares*

momento ulterior, o lo es también aquella respecto de la que no hay seguridad de que llegue a ser posible más adelante? En mi opinión, la primera de estas dos posibilidades no es propiamente de imposibilidad del objeto (contenido, en la terminología del Proyecto), puesto que se sabe que va a ser posible; si lo es, en cambio, la segunda, que es a la que, con toda claridad, se refiere el art. 28.

⁴³ ALBALADEJO, *Derecho civil II-1º*, cit., p. 23.

previstas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales. Desde el punto de vista que aquí hemos adoptado como fundamental (incidencia del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos sobre el Derecho español), el precepto reproducido no presenta novedades ni peculiaridades reseñables. En efecto, no hay problema para entenderlo equivalente a nuestro art. 1.271 Cc, ni tiene en sí por qué entrañar modificación relevante de la doctrina existente sobre dicho precepto. Con todo, cabe hacer dos advertencias mínimas, esta vez en relación con la interpretación del propio *Code européen*: i) la primera, de índole teórica, consiste meramente en subrayar cómo el precepto configura a la prestación como contenido del contrato (recordemos: *el contrato puede tener como contenido una prestación relativa a cosas futuras...*); ii) la segunda, se refiere a la salvedad introducida en el artículo proyectado, relativa a las prohibiciones particulares previstas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales: en realidad, un contrato sobre cosas futuras que incurriera en tales prohibiciones sería ilícito, y caería en el ámbito del art. 30.1, del que me ocuparé a continuación⁶⁶.

5. LICITUD

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

El Anteproyecto elaborado por la Academies de Iusprivatistas Europeos dedica su extenso y heterogéneo art. 30, de acuerdo con la rúbrica que le precede, al *contenido lícito y no abusivo* del contrato. Antes de entrar en una consideración algo más detallada —pero siempre dentro de la brevedad que imponen estas notas— de las diferentes previsiones de este art. 30, puede ser útil hacer algunas observaciones de conjunto, derivadas tanto de la rúbrica que encabeza el precepto, como de su propio contenido:

⁶⁶ Parecidamente, respecto al Derecho francés, GHESTIN, *Les obligations. Le contrat. formation, cit.*, p. 618.

1) Como bien indica la citada entradilla del precepto, es claro que el art. 30 va a dedicar su atención tanto al contenido lícito (a ello se refieren, con claridad, los números 1 y 2 del precepto) como al contenido no abusivo (del que tratan los números 3 y, muy probablemente, 5). Queda en una aparente tierra de nadie el art. 30.4, puesto que no parece que quepa considerar como abusivas las cláusulas a que se refiere, ya que el propio precepto las admite como contenido válido y eficaz de un contrato, siempre que sobre ellas recaiga aceptación expresa.

2) De la regulación contenida en este art. 30 cabe también concluir que el contenido abusivo merece la consideración de ilícito (y se hace merecedor de la sanción propia del contrato con contenido ilícito), y que los parámetros genéricos empleados para determinar qué se entiende por abusivo, a efectos del Anteproyecto de *Code européen*⁴⁵ son los propuestos por los números 3 y 5 del art. 30.

3) Por último, es claro que el precepto proyectado incluye, en la línea de ese «doble efecto» de que he hablado más arriba, tanto la ilicitud del contenido ligada a la ilicitud de la prestación (o del objeto), como la vinculada a la ilicitud de la reglamentación contractual (a la que cabe referir, típicamente, el art. 30.4 del Anteproyecto).

Por lo demás, el contenido del precepto puede justamente ser calificado de heterogéneo, y casi misceláneo, puesto que agrupa la ilicitud del contenido como tal (núm. 1), el contrato en fraude de ley (núm. 2), la rescisión por lesión (núm. 3), las condiciones generales de los contratos (núm. 4) y las cláusulas abusivas en contratos con consumidores (núm. 5). La explicación de cuanto antecede la ofrece GANDOLFI, cuando, advierte que también el legislador está afectado por un deber de claridad y transparen-

⁴⁵ Esta última matización es importante, puesto que las condiciones generales de los contratos pueden ser abusivas, bien por aplicación de los criterios recogidos en el art. 30, bien por aplicación de esas otras disposiciones comunitarias o nacionales, a que se refiere el art. 33.

cia, lo que aconseja no diseminar las prohibiciones en varios lugares diferentes, puesto que de esta forma dificultaría su conocimiento; «se ha considerado, pues, indispensable —continúa GANDOLFI⁴⁶— reunir en la misma regla, en síntesis, las precisiones que deben ser observadas para que el contenido del contrato no tenga carácter ilícito o abusivo y sea, pues, eficaz», sin perjuicio de las remisiones relativas a las sanciones y remedios ligados a tales contratos con contenido abusivo. Sin embargo, si esta finalidad es laudable, el resultado quizá no lo sea tanto, en la medida en que se acaban mezclando planos y conceptos muy diferentes, que únicamente forzando las categorías teóricas son reconducibles a una cierta (y en todo caso frágil) unidad conceptual.

B) LA LICITUD DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

a) El art. 30.1 del Anteproyecto de *Code européen* establece la regla general conforme a la que hay que juzgar la licitud del contenido del contrato: *el contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las disposiciones del presente Código o a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público y a las buenas costumbres*. De acuerdo con esto, el contenido del contrato es lícito:

1) Si no se opone a ley (comunitaria o nacional) imperativa: aunque el texto del art. 30 no alude expresamente a la imperatividad de la disposición contravenida, hay que entenderlo en el sentido que se acaba de indicar, tanto por la eficacia característica de las reglas dispositivas (que pueden ser lícitamente desplazadas por la voluntad de los contratantes), como por el resultado de interpretar conjuntamente este art. 30.1 con el art. 2.1 del Anteproyecto: este último precepto, al establecer los límites de la autonomía contractual, dispone que *las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijadas en el presente Código, en el Derecho comunitario o en las leyes nacionales de*

⁴⁶ Cfr. GANDOLFI, «Rapports du coordinateur», cit., p. 146.

los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro. Es claro que tanto el art. 2.1 como el art. 30.1, ahora comentado, fijan los mismos límites a la voluntad de los contratantes, de manera que la referencia del últimamente citado art. 30 a las disposiciones nacionales o contractuales ha de entenderse hecha a las que tengan carácter imperativo⁴⁷.

ii) Si no se opone al orden público.

iii) Si no se opone a las buenas costumbres, respecto a las que cabe recordar, con MALAURIE-AYNÈS y GHESTIN, que el límite no está constituido propiamente por cualesquiera costumbres observadas efectivamente en el cuerpo social, sino únicamente por aquéllas que merezcan el calificativo de «buenas»⁴⁸; ello permite concluir, también aquí que el límite moral tiene un contenido mínimo objetivo, ligado directamente al ser del hombre y a la dignidad humana⁴⁹.

Los criterios propuestos por el *Code européen* para determinar, con carácter general, la licitud o ilicitud del contenido del contrato, no difieren significativamente de los empleados en nuestro Derecho para calificar como lícito o ilícito un contrato (ley, moral y orden público: art. 1.255, pero también art. 1.271 Cc). Si supone una novedad, más formal que material, el hecho de que el Anteproyecto concentre en la regulación de las condiciones del contenido (para nosotros: los requisitos del objeto) el control de

⁴⁷ A la misma conclusión conduce la consideración del art. 140.1.a) del anteproyecto, en cuya virtud es nulo el contrato que resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres y a una regla imperativa dispuesta para la tutela del interés general o para la salvaguarda de importancia social primaria; también es nulo el contrato contrario a cualquier otra norma imperativa aplicable (art. 140.1.b: tras leer éste último, se entiende menos la distinción que hace el precepto entre distintos tipos de normas imperativas en los párrafos a y b, puesto que en ambos casos la sanción es de nulidad, que es precisamente a lo que se refiere la norma).

⁴⁸ Cf. MALAURIE-AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., CUJAS, Paris, 1990, p. 285, y GHESTIN, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁹ Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil II, cit.*, p. 388.

licitud, confiado en el Derecho español, a partir de la regla relativa al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc), tanto al régimen del objeto del contrato (art. 1.271) como al de la causa (ilícita: art. 1.275 Cc). La elección operada por la Academia de Iusprivatistas Europeos, y la concentración que lleva consigo, son consecuencia de la desaparición de la causa como requisito específico del contrato³⁰. En mi opinión, además, merece un juicio positivo, por descomplicar el sistema sin mengua de su efectividad, al evitar solapamientos normativos no problemáticos desde el punto de vista práctico, pero poco justificables y escasamente satisfactorios desde el punto de vista teórico. En realidad, como señala LACRUZ, defendiendo la oportunidad de un tratamiento conjunto de todo lo relativo al control de licitud, «la licitud es una cualidad que excede del objeto para propagarse al contrato entero»³¹.

Un problema práctico podría entorpecer, sin embargo, la aplicación uniforme de esta regla en todo el territorio de la Unión Europea. Me refiero a las eventuales diferencias entre los distintos Derechos nacionales, a la hora de calificar un determinado contrato como contrario a las buenas costumbres (nacionales) o al orden público (también nacional). Dicho con otras palabras: la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados «buenas costumbres» y «orden público» puede variar notablemente de uno a otro Estado miembro de la Unión. ¿Cuál es, entonces, el significado que hay que dar a tales conceptos? En mi opinión, inten-

³⁰ Cfr. GANDOLFI, «Rapports du coordinateur» cit., pp. 126 y 142, con especial mención de las advertencias hechas en este sentido por el grupo español.

³¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos... II-2ª cit.*, p. 138. Una exposición clara y sintética del sistema español de control de licitud de los contratos, en esa misma obra, pp. 179 y ss.; *id.*, también, DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil II*, cit., pp. 351 y s. La cuestión del solapamiento y la concurrencia entre el objeto ilícito y la causa ilícita se han planteado también en otros ordenamientos muy cercanos al nuestro: cfr., por ejemplo, respecto al Derecho italiano, BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 326; o GABRIELLI, «Il contenuto e l'oggetto» cit., pp. 678 y ss.; y al Derecho francés, GHESTIN, *op. cit.*, pp. 659 y s.

tar construir, hoy por hoy, un concepto unitario y uniforme de «orden público europeo», o de «buenas costumbres europeas», que sustituyan y excluyan a los respectivos conceptos nacionales es un empeño probablemente excesivo, y quizá con consecuencias poco razonables, sobre todo si se orienta hacia la formulación de unos conceptos «de mínimos»; por otro lado, no parece ser contrario al espíritu del Anteproyecto admitir variaciones en las reglas aplicables a los diferentes Estados de la Unión Europea, puesto que este mismo artículo, y muchos otros, prevén el mantenimiento y la eficacia de disposiciones nacionales relativas a los contratos.

b) El número 2 del art. 30 del Anteproyecto de Pavía realiza lo que aparentemente es una aplicación concreta (pero no imperinente, habida cuenta de las diferencias que puede haber entre el contrato contrario a la ley y el contrato en fraude de ley³²) de la regla general sobre licitud o ilicitud de los contratos, establecida en el número 1: *el contenido del contrato, cuando constituye un medio para eludir la aplicación de una regla imperativa, es ilícito*. De acuerdo con esto, el contrato cuya finalidad sea eludir la aplicación de una norma imperativa es nulo de pleno Derecho (art. 30.2, en relación con los arts. 5.3.b y 140.1. c).

En esta previsión sí cabe identificar una variación notable con respecto a la regulación que nuestro Derecho hace de los contratos en fraude de ley. Dicha regulación es la genéricamente contenida en el art. 6.4 Cc, conforme al cual *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*. Es claro que el contrato en fraude de ley entra dentro del ámbito de actuación del precepto, puesto que: i) por un lado, el contrato puede ser calificado como uno

³² Sobre la distinción entre acto contra ley y fraude, *vid.* LACRUZ-DELGADO, *Elementos de Derecho civil 1-1º*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 200.

de esos «actos» que pueden perseguir fines contrarios al ordenamiento⁵³; ii) por otro, la norma de cobertura, en que se amparan los contratantes para conseguir su objetivo, bien puede estar constituida por el conjunto de reglas generales que consagran la autonomía privada⁵⁴. Siendo esto así, la consecuencia del contrato en fraude de ley es la aplicación de la ley que se pretende defraudar, y no la nulidad del contrato: en efecto, la doctrina dominante entiende que lo que pretende este art. 6.4 Cc es conseguir la aplicación de la norma defraudada, sin prejuzgar la validez o invalidez del acto en fraude de ley (cuestión que dependerá de las reglas generales sobre la materia)⁵⁵. Siendo esto así, resulta que la sanción que prevé el Anteproyecto de *Código Europeo de Contratos* para el caso de contrato en fraude de ley (la nulidad) no coincide con la que resulta actualmente del art. 6.4 Cc (aplicación de la norma defraudada): es decir, que el contrato puede ser válido, pero no llega a conseguir el resultado fraudatorio que se buscaba con él.

C) LA LESIÓN

Sin duda, una de las novedades más importantes que supondría para nuestro Derecho (común) la eventual aprobación del *Código Europeo de Contratos* en su redacción actual, es la introducción (*rectius*, recuperación) de la rescisión por lesión como reme-

⁵³ La doctrina mayoritaria señala que tales actos pueden ser negociales o no, pero que normalmente serán de carácter negocial (como lo es, añadido yo, el contrato): cfr., por todos, CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al artículo 6.4º del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. I, vol. 1º, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1992, pp. 849; RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 6 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA), t.I, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2000, pp. 208 y ss.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, «El fraude a la ley: ensayo de una dirección pluralista», en *El Título Preliminar del Código civil*, vol. I, Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, p. 406; comparten su opinión CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, p. 850; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 209.

⁵⁵ Así, en lo fundamental, LACRUZ-DELGADO, *op. cit.*, pp. 202 y s.; CAFFARENA LAPORTA, *op. cit.*, pp. 860 y s.; RIVERO, *op. cit.*, pp. 212 y s.

dio de carácter general frente a determinadas anomalías del contrato, y no —cómo resulta ser actualmente en nuestro Cc— un remedio de alcance muy limitado, claramente marginal (téngase en cuenta, sobre todo, la regla prohibitiva del art. 1.291 Cc)⁵⁶. En efecto, dispone el citado precepto que *es impugnable, como está previsto en el artículo 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que le ha sido realizada o prometida*.

No hacen falta especiales esfuerzos argumentativos para demostrar que esta novedad es más que notable, al consagrar con alcance general el principio de equilibrio de las prestaciones⁵⁷; con todo, sigue siendo una consagración limitada (en la línea de los Códigos alemán, italiano o portugués) como consecuencia de la opción por un modelo no puramente objetivo, sino mixto, con componentes objetivos —la lesión— y subjetivos —las circunstancias que la provocan—⁵⁸; esta opción permite configurar a la rescisión por lesión como un mecanismo de defensa del contratante débil, y así, indirectamente, como un sistema de protección del consentimiento⁵⁹.

⁵⁶ Sobre las razones de este tratamiento, muy próximo al que da a la lesión el Cc francés, pueden verse, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* l cit., pp. 483 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ *et al.*, *Elementos...* II-1º cit., pp. 580 y ss.

⁵⁷ *Ad rem*, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», ADC 1994, pp. 68 y ss., donde se puede encontrar también una referencia al papel que puede desempeñar la rescisión por lesión en el campo de la defensa de los consumidores (pp. 71 y ss.).

⁵⁸ Sobre los elementos objetivos y subjetivos en la rescisión por lesión, y su repercusión en el fundamento, sentido y función de la institución, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La rescisión por lesión en Derecho navarro», RDP 1994, pp. 510 y ss.

⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La rescisión por lesión...» cit., p. 511. Parecidamente, MORENO QUESADA, «Comentario al Capítulo V», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XVII, vol. 2º, 2ª ed., EDESA, Madrid, 1995, p. 91.

El Anteproyecto de Pavía regula lo relativo a la lesión en dos sedes diferentes: i) en este art. 30.3, dedicado al contenido lícito del contrato⁶⁰, que contempla el supuesto de hecho de la lesión y contiene los requisitos para que proceda la rescisión, pero en cuanto a sus consecuencias, se limita a señalar que será impugnabile (ni siquiera, rescindible) en los términos del art. 156; ii) y en el recién citado art. 156, que se ocupa precisamente de establecer que esa impugnabilidad lo es en forma de rescisión, y contiene el régimen detallado de la rescisión por lesión. Podríamos decir, gráficamente, que el art. 30.3 se ocupa de la lesión, y el art. 156 de la rescisión.

Sobre la regulación del art. 30.3 del Anteproyecto, me limitaré ahora a resaltar: i) que la Academia de Iusprivatistas Europeos ha optado⁶¹ por un sistema que combina la lesión objetiva, con la exigencia de que esa lesión derive de determinadas circunstancias subjetivas que propician una situación de debilidad del contratante perjudicado, y que haya un abuso, cuando menos consciente (art. 156.5) por parte del otro contratante; ii) que ha optado, también por un sistema en el que la lesión no está cuantificada (como lo está, por ejemplo, y entre nosotros, tanto en el Derecho catalán —art. 321 de la Compilación— como en el navarro —ley 499 del Fuero Nuevo—), sino que se emplea un fórmula abierta y flexible (recordemos: *prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contra-*

⁶⁰ Llama la atención esta ubicación sistemática, que evoca la de la nulidad por lesión del § 138.2 BGB, cuyo párrafo primero regula el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres (buenas costumbres a las que se refiere también, significativamente, el art. 30.1 del anteproyecto).

⁶¹ No sin dudas, y discusiones, como se deduce de las aportaciones de los grupos nacionales, así como las de un buen número de académicos a título particular: cf. la relación que hace GANDOLFI, «Rapports du coordinateur» cit., pp. 448 (grupo alemán), 459 (REINER), 469 (grupo inglés), 480 (CARBONNIER), 486 (GHESTIN), 492 (SORTAIS), 495 (STRANARD y SACE), 505 (grupo español), 509 (DE LOS MOZOS), 515 (ANTUNES VARELA), 518 (grupo italiano), 322 (BIANCA). En la p. 555, GANDOLFI ofrece sintéticamente las claves del art. 156.

partida que le ha sido realizada o prometida), al modo, por ejemplo, de la que emplea el § 138 BGB.

Por último, hay que apuntar que un precepto como éste afectaría no solo al Derecho común, sino también al Derecho catalán y al navarro, aunque con intensidades diferentes. En efecto, aunque en ambos existe la rescisión por lesión, en el Derecho catalán⁶² se trata de una lesión de carácter puramente objetivo, en el que el único dato que se toma en consideración es la desproporción (cuantificada: en más de la mitad del justo precio —art. 321.1 Comp. Cat.—) entre las prestaciones; esto quiere decir que se produciría en este caso un paso de esta lesión puramente objetiva, a otra que combina, como ya se ha dicho, la lesión objetiva con las circunstancias subjetivas contempladas en el precepto. En el Derecho navarro⁶³ el cambio no es tan importante, puesto que el sistema es, en su configuración general (que combina la lesión objetiva con la apremiante necesidad o inexperiencia del perjudicado: ley 499), muy similar al adoptado por el Anteproyecto; con todo, habrá también una incidencia relevante, puesto que desaparecería la cuantificación de la lesión, y cambiarían también (al igual que en el caso catalán) los requisitos, funcionamiento y efectos de la acción rescisoria.

D) RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES Y DE LA CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES

a) El Anteproyecto de Pavía dedica los números 4 y 5 de su art. 30, y el art. 33, a establecer el régimen de las condiciones generales de los contratos (arts. 30.4 y 33), y de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (art. 30.5). Ante la parquedad

⁶² Sobre la rescisión por lesión en Derecho catalán, vid. la completa exposición de MARTÍN CASALS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XXX, EDERSA, Madrid, 1987, pp. 451 y ss.

⁶³ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «La rescisión por lesión en el Derecho navarro», cit., y allí ulteriores referencias.

de este tratamiento, la primera impresión del intérprete es que late bajo esta opción una loable intención de descomplicar el tratamiento legal de estas figuras, sin mengua del nivel de protección; es decir, el intento de recuperar, en una materia crecientemente caracterizada por la complejidad normativa⁴⁴, el originario ideal codificador, permitiendo reconducir a una pocas reglas generales, breves y en la medida de lo posible sencillas, la regulación de una cuestión determinada. Sin embargo, me parece que en este caso, el intento queda parcialmente fallido, por las razones que indicaré más adelante. Frente al establecido por el *Código Europeo de Contratos*, el vigente régimen español relativo a las condiciones generales de los contratos, y a las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación —LCCG—, y arts. 10 y 10 bis de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —LGDCU—, en su redacción actual, introducida por la LCCG), con presentar defectos notables⁴⁵, puede considerarse más completo, y mejor adaptado a las peculiaridades y necesidades del objeto de regulación. Todo ello, y cuanto veremos a continuación, permite concluir que éste es, probablemente, uno de los aspectos del Anteproyecto que merecerían una revisión, y reformulación, en ulteriores versiones.

b) Sin perjuicio de algunas concreciones en otros preceptos (por ejemplo, los arts. 40.3, 106.3, o 134.5), y de otras reglas más generales que deban ser tomadas en consideración (destacadamente, la nulidad parcial del art. 144) el régimen de las condicio-

⁴⁴ *Ad rem*, véf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Perspectivas y problemas de una política jurídica de protección a los consumidores», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 4 (1998), pp. 13 y ss.

⁴⁵ Puede verse una sintética visión y valoración de conjunto de nuestro régimen, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil II cit.*, pp. 389 y ss. Con mayor detalle, véf. también ALFARO AGUILA-REAL, «El Derecho de las condiciones generales y de las cláusulas predispuestas», *RJC* 1/2000, pp. 9 y ss.; y, muy críticamente, la breve exposición de CLAVERIA GOSÁLVEZ, titulada significativamente «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)», *ADC* 1998, pp. 1301 y ss.

nes generales de los contratos, y de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, se contiene en los citados arts. 30.4 y 5, y 33. Conforme a ellos, y como ocurre también en nuestro Derecho, hay que distinguir entre el régimen de las condiciones generales (entendiendo por tales las definidas en el art. 33), y el de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores, que son las únicas sometidas a un específico control de contenido (como sucede, por otro lado, en el Derecho español). A continuación, haré una descripción sumaria de la regulación resultante del Anteproyecto, para después, al hilo del tratamiento de su incidencia en el Derecho español, mostrar sus debilidades (pero también sus aciertos). Todo ello, con brevedad, a fin de respetar los límites de extensión impuestos a este trabajo.

c) De acuerdo con el art. 33, son condiciones generales del contrato las *preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas*. En relación con estas condiciones generales, son dos las cuestiones objeto de regulación específica por el Anteproyecto:

1) Por un lado, la incorporación de tales cláusulas al contrato, para lo que la regla general fijada por el art. 33 no es la aceptación del adherente (a diferencia de lo dispuesto por el art. 5.1 LCGC), sino que el adherente haya tomado o debido tomar conocimiento de ellas usando de una diligencia ordinaria; se exige, sin embargo, la aceptación expresa y por escrito de algunas cláusulas, probablemente por entenderlas excesivamente gravosas para el adherente. Este es el sentido del art. 30.4, conforme al cual, *en las condiciones generales del contrato, previstas en el artículo 33, carecen de efecto, si no están expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que establecen a favor de quien las ha preparado, limitaciones de responsabilidad, facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o que prevén a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con los terceros, prórroga o tácita*

reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o exclusión de la competencia que corresponda a la autoridad judicial. Aunque la alusión que hace el precepto a estas condiciones generales por su contenido llevaría a pensar que estamos ante una regla de control de contenido, se trata en realidad de de un mecanismo de control de inclusión en función del contenido⁶⁶; es más, dichas cláusulas, una vez aceptadas expresamente por escrito, pueden ser acordadas válida y eficazmente, a menos que merezcan el calificativo de abusivas, como consecuencia de un juicio ulterior, y siempre que, con carácter general, formen parte de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, y no hayan sido negociadas individualmente (aunque hayan sido aceptadas expresamente, lo que plantea el problema de las relaciones entre la aceptación expresa —pero quizás impuesta⁶⁷— y la negociación individual).

2) Por otro lado, la eventual consideración de las condiciones generales como abusivas, lo que solo ocurrirá *en virtud de las disposiciones del presente Código* (es decir, señaladamente del art. 30.5) *o de las disposiciones comunitarias o nacionales.* El Anteproyecto de Pavía no contiene un régimen específico de control de contenido de las condiciones generales; para que dicho control pueda llevarse a cabo, tales condiciones generales han de reunir los requisitos del art. 30.5: deben intervenir en un contrato entre un profesional y un consumidor, deben provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, y debe tratarse de cláusulas no negociadas individualmente.

d) El art. 30.5, al que acabo de referirme, establece un régimen peculiar para las cláusulas que no han sido objeto de negociación, cuando se trata de contratos celebrados entre un profe-

⁶⁶ Una exposición sintética de los mecanismos de control de las condiciones generales, con alusión a la diferencia entre las reglas de control de inclusión y las reglas de control de contenidos, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil II* cit., p. 393.

⁶⁷ En el sentido que a imposición da PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predefinidas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 262 y ss.

sional y un consumidor. En este caso, se introduce únicamente una regla de control de contenido, en cuya virtud tales cláusulas son ineficaces si *crean en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, aún si el profesional es de buena fe*. Es decir, que si las condiciones generales, como tales, están sometidas solo a una regla (por lo demás no demasiado exigente) de control de inclusión, las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores están sometidas únicamente a una regla genérica de control de contenido. El art. 30.5 dispone, además, qué debe entenderse por cláusula abusiva (la que *crea en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato*), cuyo concepto responde al ofrecido por el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Las cláusulas que merezcan el calificativo de abusivas son ineficaces (previsión que responde, igualmente, al art. 6.1 de la citada Directiva).

e) El sistema que antecede se caracteriza por provocar un cierto solapamiento entre las condiciones generales y las cláusulas abusivas no negociadas en contratos con consumidores. En efecto, las condiciones generales de la contratación son cláusulas no negociadas destinadas a regir en una pluralidad de contratos: es decir, son un tipo concreto (el más abundante) de cláusulas no negociadas. Son requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas la contractualidad, la predisposición y la imposición; a estos tres, como ya hemos visto, se añade un cuarto, que sirve para caracterizar las condiciones generales: que las cláusulas no negociadas estén destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos⁶⁸.

De este modo: i) por un lado, el régimen de las condiciones generales (arts. 30.4 y 33) es de mayor alcance, puesto que se

⁶⁸ Cfr. PAGADOR LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 227 y ss., y especialmente, *ad rem*, pp. 329 y ss.

aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales, mientras que el de las cláusulas no negociadas (art. 30.5) se aplica únicamente cuando un contratante es profesional y el otro es consumidor; ii) pero, por otro lado, el régimen de las condiciones generales es más limitado que el de las cláusulas no negociadas contenido en el art. 30.5, puesto que solo afecta a las cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, mientras que el del art. 30.5 incluye, además de esos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por el contratante profesional (es decir, cuyas cláusulas no han sido negociadas individualmente).

Con todo, precisamente por tratarse de una regulación muy parca, y por ese llamativo reparto de los mecanismos de control adjudicando a las condiciones generales el de control de inclusión, y aplicando a las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores el de control de contenido, los problemas de solapamiento son menores que en el Derecho español, aunque no inexistentes. Y el resultado final no es del todo satisfactorio.

f) ¿Cuál sería la incidencia de esta regulación, en caso de que sustituyera a la actualmente vigente en nuestro Derecho?⁶⁹. Brevemente, cabía hacer las siguientes observaciones:

1) En primer lugar, cabe concluir que habría un retroceso desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puesto que algu-

⁶⁹ Presupongo aquí que la salvedad referida al Derecho comunitario (art. 30.5), y la remisión del art. 33 a las disposiciones comunitarias o nacionales no implican el mantenimiento de las actuales reglas españolas referidas expresamente a condiciones generales de los contratos, o cláusulas abusivas, sino que se refieren más bien a la posibilidad de que particulares reglas nacionales o comunitarias establezcan: i) bien cláusulas que han de ser consideradas como abusivas; ii) bien un efecto distinto a la ineficacia respecto a dichas cláusulas. No creo que tuviera demasiado sentido, en el hipotético supuesto de aprobación y entrada en vigor del *Code européen des contrats*, superponer sus reglas a las comunitarias (Directiva 93/13/CEE) y a las nacionales (en el caso español, LCGC y arts. 10 y 10 bis LGDCU), porque entonces no solo no habríamos avanzado en la construcción de un Derecho europeo de los Contratos, sino que además el resultado final sería peor, al aumentar innecesariamente la denunciada complejidad normativa.

nas cuestiones hoy claras, podrían ser objeto de discusión, y de interpretaciones contrapuestas, al hilo del *Code européen*. Así ocurriría, por ejemplo: i) con el concepto de condiciones generales: mientras hoy está claro en nuestro Ordenamiento que no es preciso que hayan sido redactadas por quien las emplea (art. 1 LCGC: *cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas*), la redacción del Anteproyecto introduciría de nuevo la duda, al referirse a *condiciones generales del contrato preparadas por una de las partes*: ¿preparadas es lo mismo que redactadas, o quiere más bien decir, simplemente, utilizadas?⁷⁰; la interpretación más razonable es, en mi opinión, la segunda, pero el problema es que la redacción proyectada suscita de nuevo un problema que ya estaba resuelto entre nosotros; ii) algo parecido ocurre con la lista de cláusulas abusivas contenida en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU (introducida en ella por la LCGC): en efecto, la ausencia en el Anteproyecto de una lista como esta, y su sustitución por la genérica exigencia de que no causen en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, puede servir para que se replantee nuevamente el carácter abusivo o no de muchas de esas cláusulas.

⁷⁰ No está de más recordar que la redacción vigente de la LCGC en este punto es una reacción frente al concepto de condiciones generales contenido en la versión inicial del art. 10 LGDCU, que consideraba *condiciones generales el conjunto de las redactadas previa o unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren*, concepto que había sido muy criticado, entre otras razones, precisamente por limitar su eficacia a las cláusulas redactadas por quien las impone, lo que dejaba fuera *prima facie*, por ejemplo, las no redactadas, pero sí utilizadas, por la empresa, lo cual, a su vez, justificó las críticas, y obligó a meritorios esfuerzos doctrinales para resolver los problemas así planteados: cfr. R. BERCOVITZ, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en A. BERCOVITZ-R. BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 189 y ss.; LOPEZ SÁNCHEZ, «Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor», *Estudios sobre consumo* 16 (1989), pp. 79 y ss.; ALFARO AGUILAR, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 122 y ss.; COCA PAYERAS, «Comentario al artículo 10.2», en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. R. BERCOVITZ-J. SALAS), Civitas, Madrid, 1992, pp. 318 y ss.

las aunque no hayan sido negociadas individualmente, y obligar a discusiones de más amplio alcance sobre si una cláusula concreta, en sí o por su relación con otras contenidas en el mismo contrato, introduce o no dicho desequilibrio: nuevamente una cuestión ya resuelta en nuestro Derecho⁷¹ (el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas en la Disposición Adicional Primera LGDCU) podría verse replanteada⁷².

2) Del mismo modo, la ausencia de reglas específicas destinadas a imponer la claridad y sencillez en la redacción tanto de las condiciones generales (en nuestro Derecho, arts. 5.4 y 7.b LCGC) como de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores (art. 10.1.a LGDCU, y, a nivel europeo, art. 5 de la Directiva), supondría un retroceso notable, y un descenso del nivel de protección ofrecido. Es verdad que una interpretación, ciertamente forzada, del art. 33, consistente en entender que el «conocimiento» de las condiciones generales por el adherente incluye su comprensión (y, por tato, excluiría la eficacia de las cláusulas incomprensibles) podría paliar el problema; pero esta interpretación, que confunde cognoscibilidad (a la que se refiere el art. 7.a LCGC) e inteligibilidad (a la que se refiere el art. 7.b LCGC), no solo es demasiado forzada —y, por tanto, insegura—, sino que, nuevamente, obliga a replantear, ahora con pocas garantías de éxito, un problema que ya tenemos resuelto⁷³.

3) En el apartado de las omisiones destaca la falta de referencias a las acciones colectivas de cesación y retractación (arts.

⁷¹ Ciertamente, no sin defectos: en otro lugar he calificado la lista contenida en la Disposición Adicional Primera LGDCU de larga, sistemática, farragosa y muchas veces reiterativa: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil II*, cit., p. 144.

⁷² Por lo demás, ya he apuntado cómo, a mi entender, el breve listado contenido en el art. 30.4 del anteproyecto no responde a esa finalidad, puesto que no parece haber problemas en admitir la validez y eficacia de las cláusulas a que se refiere, siempre que hayan sido expresamente aprobadas por escrito.

⁷³ Sobre el sentido de los requisitos de legibilidad y comprensibilidad, por todos, ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 231 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit., pp. 394 y ss.

12 y siguientes LCGC), que traen causa del art. 7 de la Directiva 13/93/CEE⁷⁴. Aunque en este caso su ausencia podría justificarse por entender que es una regulación de carácter procesal, que no corresponde realizar al *Código Europeo de Contratos*, la eventual desaparición de tales acciones provocaría de nuevo un empobrecimiento claro de nuestro sistema protector en materia de condiciones generales de la contratación. Una mínima alusión a acciones de este tipo, o con estas finalidades, parece muy conveniente, si no necesaria.

4) Habría todavía otras omisiones (determinantes de pérdidas efectivas, caso de que el *Código Europeo de Contratos* fuera una realidad), en las que no debo ya detenerme excesivamente. Baste citar, por ejemplo (no exhaustivo), la ausencia de previsiones relativas al conflicto entre cláusulas generales y particulares (normalmente resuelto conforme al principio de condición más beneficiosa para el consumidor: art. 6.1 LCGC); o la concurrencia en un contrato, o en una cláusula, de cláusulas o elementos negociados individualmente (arts. 1.2 LCGC, 10 bis.1.II LGDCU y 3.2.II Directiva 13/93/CEE); o el régimen de carga de la prueba de lo relativo a si una cláusula ha sido o no negociada (art. 10 bis.1.III LGDCU, y 3.2.III Directiva 13/93/CEE).

g) Una última observación: con el régimen así establecido, el Anteproyecto de Pavía se ocupa de los dos aspectos en los que pueden traducirse los desequilibrios contractuales: las prestaciones (rescisión por lesión: art. 30.3) y los derechos y obligaciones de los contratantes (régimen de las cláusulas abusivas: art. 30.5)⁷⁵. Desde esta perspectiva el cuadro protector queda, al menos teóricamente, completo.

⁷⁴ Y se sitúan en la línea de la Directiva 95/27/CEE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁷⁵ Sobre esos dos aspectos, en general, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Descendencia del principio de protección a los consumidores...* cit., pp. 68 y ss.

6. DETERMINACIÓN

Para finalizar, unas breves pinceladas (el espacio previsto para estas notas no consiente más) sobre el requisito de la determinación o determinabilidad del contenido del contrato, tal y como resulta del art. 31 del Anteproyecto de Pavía⁷⁶.

La regla general es la contenida en el art. 31.1, conforme al cual *el contenido del contrato es determinado cuando el objeto de las prestaciones, así como las modalidades y los plazos de ejecución, pueden ser deducidos de la convención*. La dicción literal del precepto proyectado parece permitir que se entienda incluido en él el contenido indeterminado, pero determinable, para cuya determinación se establecen en el propio contrato los criterios objetivos necesarios. Parece también que debe considerarse excluida la necesidad de nuevo convenio a tal fin, puesto que entonces la determinación no se habría deducido de la convención originaria (que es a la que se refiere este art. 31.1), sino que resultaría del nuevo convenio. En todo lo cual no cabe apreciar diferencias relevantes con el sistema español⁷⁷.

A continuación, el *Código Europeo de Contratos* regula los casos en los que ni el contenido está inicialmente determinado, ni el acuerdo ofrece criterios objetivos para determinarlo. Los puntos fundamentales de esta regulación, y su incidencia en el Derecho español pueden resumirse como sigue:

1) Cabe, en primer lugar, deferir la determinación del contenido del contrato a uno de los contratantes o a un tercero, en cuyo caso *es preciso considerar, en la duda, que debe ser efectuada sobre la*

⁷⁶ Precepto cuyas fuentes son, según expone GANDOLFI («Rapports du coordinateur» cit., p. 146), las reglas de los arts. 1.349 y 1.178 del Código civil italiano, los §§ 315 y ss. del BGB, el artículo 55 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y los arts. 5.6 y 5.7 del Proyecto Unidroit.

⁷⁷ Por todos, vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...* I, cit., pp. 210 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Elementos...* II-1ª (ed. 1985) cit., pp. 87 y ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, DE PABLO, PÉREZ ÁLVAREZ y PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil II*, cit., pp. 66 y ss.

base de una apreciación equitativa (art. 31.2). Si, con todo, la determinación es inicua o errónea, será efectuada por el juez (lo que permite reafirmarse en la idea de que estamos ante un arbitrio de equidad, y no ante el mero arbitrio del contratante o del tercero⁷⁸), lo mismo que si no es efectuada en un plazo razonable (art. 31.3). De esta regulación me gustaría destacar ahora una doble incidencia en el Derecho español:

i) Por un lado, en cuanto a la admisión de que el contenido sea determinado por uno de los contratantes, lo que parecería chocar frontalmente con la regla inducible del art. 1.449 Cc (recordemos: *el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*); la novedad, sin embargo, no es tanta, puesto que la doctrina admite, con algunas matizaciones, la posibilidad de que uno de los contratantes sea quien efectúe la determinación de la prestación, siempre que al hacerlo no actúe a su mero arbitrio, sino con fundamento en unas bases previamente fijadas, que bien podrían ser el arbitrio de equidad, u otras⁷⁹; con todo, la cuestión quedaría, con el texto propuesto por la Academia de Iusprivatistas europeos, claramente definida, lo que debe ser valorado positivamente.

ii) Por otro lado, para el caso en el que el contratante o tercero al que se ha deferido la determinación del contenido del contrato no lo haga en un plazo razonable, nuestro Código civil dispone la ineficacia del contrato (art. 1.447 Cc), mientras que el Anteproyecto que venimos analizando establece, más razonablemente, y con fundamento en el principio *favor negotii*, que la determinación será efectuada por el juez (art. 31.3).

2) Cabe también deferir la determinación del contenido del contrato al solo arbitrio de un tercero, en cuyo caso la determi-

⁷⁸ Sobre la (conocida) distinción entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio, cfr. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 88.

⁷⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones. cit.*, p. 110; SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, pp. 90 y s.; Díez-Picazo, *op. ult. cit.*, p. 213.

nación efectuada por éste puede ser impugnada si se prueba su mala fe, a fin de que sea el juez quien la efectúe. Parece que cabe identificar aquí, nuevamente, un eco de la distinción entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio: es significativo, desde este punto de vista, que cuando el art. 31 se refiere al solo arbitrio, lo prevea únicamente respecto al tercero, y no respecto a cualquiera de los contratantes (a diferencia de lo que ocurre, según acabamos de ver, en los números 2 y 3 de este mismo art. 31). Parece razonable pensar que estamos ante una exclusión intencionada, que debe ser mantenida a la hora de interpretar el precepto: aquí sí podríamos encontrar un precepto equivalente a nuestro art. 1.447 Cc.

3) Por último, el art. 31 contempla (y resuelve) dos casos en los cuales el contenido del contrato, originariamente indeterminado, no puede ser determinado por completo (aunque, naturalmente, exista un principio de determinación, en todo caso imprescindible):

i) En primer lugar, conforme al art. 31.1, *si el contrato no indica la cualidad de la prestación, ni se precisa en qué manera ha de ser determinada, se reputa debida una prestación de cualidad no inferior a la media, habida cuenta la costumbre*. La regla evoca nuestro art. 1.167 Cc, aunque hay entre ambos preceptos diferencias reseñables; la más marcada es, precisamente, la formulación del criterio al que debe atenderse en caso de la indeterminación de que venimos hablando, que se hace de forma más complicada en nuestro art. 1.167, al decir que *el acreedor no podrá exigirla de calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior*. Probablemente es ventajosa la dicción del art. 1.167 de nuestro Cc, puesto que el art. 31.5 del Anteproyecto no aclara qué es lo que ocurre cuando el acreedor exige una prestación de calidad superior a la media (lo que le está vedado por nuestro precepto), ya que, en el planteamiento del art. 31.1 del *Código Europeo de Contratos*, es claro que dicha prestación no es inferior a la media (y, por tanto, podría ser considerada como prestación debida). Es decir, que la determinación se

queda, desde este punto de vista, a medio camino: no cabe entregar (ni exigir) la de calidad inferior, pero no se aclara, sobre todo, qué ocurre cuando se exige una prestación de calidad superior a la media. La sustitución de nuestra regla por la ahora comentada tendría, pues, como consecuencia, una efectiva pérdida de concreción, en los términos que acabo de indicar, que haría necesaria una labor de interpretación destinada a integrar el contenido del precepto en ese mismo aspecto.

ii) Por último, establece el art. 31.6 que *si no se ha convenido ni la contrapartida pecuniaria ni la manera de determinarla se considera debido el montante previsto en los catálogos de precios oficiales donde el contrato haya de ser ejecutado, o, en su defecto, los que son generalmente aplicables en el lugar en cuestión*. Estamos aquí ante un supuesto de integración del contenido del contrato, inspirado nuevamente en el principio del *favor negotii*, que constituye no un caso de contrato sin precio, sino de determinación del precio de un contrato que lo tiene. Desde este punto de vista, entiendo que nos encontraríamos ante una aportación interesante (y, probablemente, real) para nuestro Derecho, respecto al cual voces autorizadas han defendido la inexistencia de criterios legales destinados a suplir la falta de determinación o determinabilidad del precio⁸⁰.

⁸⁰ Así, GARCIA CANTERO, «Comentario a los artículos 1.447 y 1.448», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. ALABALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XIX, 2ª ed., EDERSA, Madrid, 1991, pp. 55 y s.

CAPÍTULO V
LA FORMA DE LOS CONTRATOS

Gabriel GARCÍA CANTERO

Catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

Marta SALANOVA VILLANUEVA

Prof. Asociada de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1 INTRODUCCIÓN. 2. El *Rapport introductif* de Gandolfi sobre la forma contractual. PARTE PRIMERA. LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA. 3. Los contratos solemnes o formales: A) Concepto de contrato solemne o formal y momento en que deben concurrir sus requisitos; B) Clases de contratos solemnes o formales. C) Contratos necesitados de forma escrita bajo pena de nulidad; D) Mantenimiento de la categoría del contrato real; E) Carácter solemne del contrato de donación. 4. Los contratos sujetos a forma *ad probationem*; A) Concepto y modalidades; B) Forma *ad probationem* de los contratos cuyo valor excede de 5.000 euros. 5. Formas convencionales. 6. Contrato concluido por medio de fórmulas-tipo o formularios. PARTE SEGUNDA APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA FORMA CONTRACTUAL DEL PROYECTO DE PAVÍA AL DERECHO ESPAÑOL. 7 Indicaciones generales. 8. El principio de libertad de forma o del consensualismo en el Derecho español. 9. Excepciones al consensualismo: Los contratos formales sobre inmuebles. Los contratos reales. 10. La forma *ad probationem*. 11. El caso de la donación. 12. La forma convencional de los contratos. 13. Otras funciones de la forma contractual.

1. INTRODUCCIÓN

A primera vista cabría decir que el capítulo relativo a la forma del contrato europeo es el menos conflictivo de todo el Proyecto de Pavía ya que, prácticamente, se limita a reiterar, en sus líneas generales, la *communis opinio* de las legislaciones europeas actualmente en vigor. Aparte cuestiones de colocación sistemática ya señaladas, y que poseen sólo un valor secundario, el principio de la libertad de forma que se desprende del art. 5.4, preside e inspira la regulación que se desarrolla en el Tít. IV. En los arts. 34 a 38 se contiene una razonable reglamentación que comprende las siguientes cuestiones: Casos de forma legal constitutiva *ad sustan-*

tiam; forma *ad probationem*; formas convencionales; por último, se adiciona una mera norma de referencia a los contratos concertados mediante formularios. Como ya se ha observado, la doctrina civilista española suele distribuir el análisis de esta materia entre la Parte general, dentro del estudio del negocio jurídico, y entre los requisitos esenciales del contrato, en la doctrina general de éste; diferente enfoque sistemático que, obviamente, no afectará sustancialmente a la doctrina aquí sustentada.

En particular, la materia regulada en el Tit. IV trata de las siguientes cuestiones:

- A) Contratos sujetos a una forma con carácter solemne y *ad substantiam*; concepto; enumeración (contratos formales o solemnes, contratos sujetos a forma privada y contratos reales); excepciones a la regla general.
- B) Contratos sujetos a requisitos de forma *ad probationem*;
- C) Contratos sujetos a formas convencionales.
- D) Contratos realizados bajo fórmulas-tipo o formularios.

2. EL RAPPORT INTRODUCTIF DE GANDOLFI SOBRE LA FORMA CONTRACTUAL¹

Esta ponencia introductoria elaborada con las iniciales aportaciones de los Académicos aparece claramente sistematizada por el Coordinador, en los términos siguientes:

Las propuestas y observaciones expresadas en las ponencias nacionales e individuales se reagrupan sistemáticamente por aquél en torno a los siguientes temas que enumero:

- a) ¿Es oportuno enunciar expresamente en una regla el principio de libertad de forma?;
- b) ¿Ha lugar a diferenciar entre forma *ad substantiam* y *ad probationem*?;

¹ VVAA *Code européen de contrats*, ed. 1998, p. 80 ss.

- c) ¿En qué casos y bajo qué requisitos ha lugar a exigir la forma escrita *ad substantiam*?
- d) ¿Deben enumerarse todos los casos en que se prevé la forma escrita *ad substantiam*?
- e) ¿Es preciso consagrar una regla a las formas convencionales?
- f) ¿Hay que exigir para el contrato preliminar la misma forma que se requiere para el contrato definitivo?

Después del debate, el Coordinador resume y justifica en los siguientes términos su postura definitiva:

"Se ha considerado, conforme a las opiniones expresadas por el grupo inglés y por SORTAIS, que no era necesario enunciar en una disposición *ad hoc* el principio de libertad de forma ya que puede deducirse, al menos implícitamente, del art. 5.3 del Anteproyecto. En cuanto a la forma *ad substantiam* parece oportuno precisar en el art. 34.1 en qué momento debe cumplirse y sus efectos. La mención de los contratos reales es una sugerencia de CARBONNIER dado que esta categoría de contratos no existen en el *common law*. En el art. 35 se enumeran los contratos que se deben estipular por documento público o privado, pero se precisa que prevalece el régimen estatal de los bienes inmuebles objeto del contrato; en el pár. 1º se han tomado en consideración las propuestas del grupo inglés e italiano, de DE LOS MOZOS, SORTAIS y STRANARD, y en cuanto al pár. 4º las propuestas de SORTAIS y el grupo inglés. Por razones de claridad se ha considerado necesario establecer en el art. 36 que la forma *ad probationem* no se requiera necesariamente en el momento en que se expresa la voluntad contractual. Recogiendo las propuestas de GARCÍA CANTERO y SORTAIS el art. 37 regula las formas convencionales, si bien con algunas reservas. El art. 38 es una regla de forma en sentido amplio, justificándose su inclusión en este cap. por contener una regla sobre forma *ad substantiam* o *ad probationem*.

La discusión definitiva de este capítulo resultó bastante animada y viva (pp. 162-175) especialmente sobre las forma que hoy suele adoptar el contrato de donación, habiéndose expuesto a la consideración de los Académicos varios supuestos extraídos de la vida real².

Nótese en todo caso, que el Proyecto opta por conservar prescripciones específicas en cuanto a la forma, frente a la visión más liberal del Proyecto Lando³ —que prescinde de todo requisito de forma *ad substantiam* o *ad probationem*—, o de la Convención de Viena⁴ —texto tomado como referencia por muchos autores, tanto nacionales como extranjeros, de un Derecho contractual más moderno. Quizás pueda deducirse de ello que el Proyecto de Pavía, a diferencia de lo que por razones obvias ocurre con la Convención y de lo que implícitamente sucede con el Proyecto Lando⁵, tiene presente su aplicación a transacciones domésticas como un punto de partida, y no como una posibilidad más o menos remota.

² Op. últim. cit. pp. 162-175.

³ Su artículo 2:101 (2) dispone que "No es necesario que el contrato se celebre o conste por escrito ni está sujeto a ningún otro requisito de forma. El contrato puede probarse por cualquier medio de prueba, incluida la testifical".

⁴ Su art. 11 reza: "El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos". La influencia de la Convención en el texto de LANDO es obvia.

Nótese no obstante que, de conformidad con el art. 12, cabe que los Estados parte hagan una declaración contraria a la aplicación de tal libertad formal con arreglo a lo dispuesto en el art. 96.

⁵ Aunque no se descarta la aplicación de los principios Lando a las transacciones internas, los autores reconocen explícitamente que aquellos resultan especialmente ventajosos para los negocios a nivel internacional (Cf. BEALE-LANDO: *Principles of European Contract Law Part I*, (Dordrecht 1995), p. XIX.

PARTE PRIMERA: LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA

3. LOS CONTRATOS SOLEMNES O FORMALES

Su sede normativa se alberga en los arts. 34 y 35 del Proyecto cuyo texto es el siguiente:

Art. 34. Forma especial requerida bajo pena de nulidad.

"1. Si para la perfección de un contrato se exige bajo pena de nulidad una forma especial, ésta deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato, incluso si dicha voluntad se expresa mediante actos no simultáneos, cuando esto resulte admisible.

2. Los contratos reales se perfeccionan por medio de la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto, excepto cuando conforme a la voluntad de las partes o a la costumbre, deba considerarse que querían celebrar un contrato consensual atípico"⁶.

Art. 35. Contratos necesitados de forma escrita bajo pena de nulidad.

"1. Los contratos cuyo objeto sea la transmisión de la propiedad o constitución de derechos reales sobre inmuebles, deberán constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública o documento privado.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplica igualmente a los

⁶ La redacción del art. 34 en la versión de DE LOS MOZOS-LUNA, ofrece, a mi juicio, diferencias estilísticas con la aquí seguida elaborada por el GIZ:

"1. Cuando para la conclusión de un contrato es requerida una forma bajo pena de nulidad, esta forma debe ser adoptada por las partes en el momento en que manifiestan, aun si lo hacen a través de actos no simultáneos cuando esto sea admisible, su voluntad de llegar a un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato.

Los contratos reales se concluyen a través de la entrega efectiva de la cosa que tengan por objeto, salvo si en virtud de la voluntad de las partes o de la costumbre se ha de considerar que han querido concluir un consensual atípico."

Quizá lo más llamativo es la eliminación, en el ap. 1, de la referencia a la *forma especial*, la cual, no obstante, está implícita en la redacción.

precontratos, salvo que otra cosa disponga el ordenamiento nacional vigente en el lugar donde radican los inmuebles.

3. *Quedan a salvo las normas comunitarias y de los Estados en cuyo territorio se hallen los bienes inmuebles objeto del contrato, si tales normas son aplicable a los bienes en cuestión.*

4. *El contrato de donación deberá constar bajo pena de nulidad en escritura pública, incluso si tiene por objeto bienes muebles, salvo que su valor, atendiendo a la situación económica del donante, sea moderado*⁷.

A) Concepto de contrato solemne o formal, y momento en que deben concurrir sus requisitos

Con una definición de contrato solemne o formal, en general, se abre el art. 34.1, a saber: *Si para la perfección de un contrato se exige bajo pena de nulidad una forma especial.* La fórmula gramatical adoptada por el Equipo de Zaragoza en su versión española me parece que expresa, con mayor rotundidad, lo que significa el texto francés del Proyecto y sus antecedentes.

⁷ Tampoco se encuentran diferencias sustanciales en la versión del art. 35 ofrecida por DE LOS MOZOS-LUNA:

*1. Deben, bajo pena de nulidad, ser concluidos por acto público o bajo firma privada los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión y la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2. El párrafo precedente se aplica igualmente a los contratos preliminares correspondientes, salvo si los Derechos nacionales en el lugar donde se encuentran los bienes inmuebles disponen otra cosa.

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y de los Estados miembros en cuyo territorio se hallan situados los bienes inmuebles que integren el objeto del contrato si estas reglas se refieren a los bienes en cuestión.

4. El contrato de donación debe ser concluido por acto público bajo pena de nulidad, aun si tiene por objeto bienes muebles, salvo si éstos tienen un valor módico, habida cuenta las condiciones económicas del donante.

Valor módico o valor moderado constituyen obviamente expresiones similares. Cfr. *infra* las consideraciones que, por otra parte, suscitan las expresiones *acto público* y *bajo firma privada*, que no se han seguido en el texto pese a tratarse de una traducción literal del francés.

Nos encontramos ante la exigencia de una *forma especial*, lo que implica una excepción a una regla general de libertad de forma deducible como ya hemos dicho del art. 5.3 del Proyecto. Adviértase que en todas las legislaciones civiles hay reglas que exigen forma *ad substantiam* para un número mayor o menor de contratos, pero siempre limitado e interpretado restrictivamente por los Tribunales. La inobservancia de dicha forma daría lugar a una de las anomalías más graves que puede presentar el contrato europeo, la nulidad. Ahora bien, si en nuestro ordenamiento la ausencia de la forma *ad solenitatem* redundaría en la nulidad absoluta, no susceptible de subsanación, confirmación, convalidación ni de prescripción extintiva, sus consecuencias son más matizadas en el Proyecto. La nulidad por ausencia de forma se contempla en el art. 140.1 c): falta de uno de los elementos esenciales del contrato indicados en los apartados 3 y 4 del art. 5, refiriéndose éste último a la exigencia de una forma particular por el Código. Por su parte, el art. 143 regula la confirmación del contrato nulo, posibilidad que tan sólo les queda vedada a los supuestos previstos en el art. 140.1 a) (contravención del orden público, buenas costumbres, norma imperativa o de interés general). En consecuencia, el contrato *prima facie* nulo por ausencia de forma *ad solenitatem* es, en el marco del Código de Pavía, confirmable, debiendo proceder para ello las partes conforme a lo dispuesto en el art. 143.2: reproducción del contrato subsanando la deficiencia original y otorgándole carácter retroactivo⁸.

Ciertamente, puede argüirse que, desde un punto de vista práctico, esta "confirmación" es igualmente viable en nuestro sistema: nada impide a las partes celebrar un nuevo contrato y, siempre que queden a salvo los derechos de los terceros, conferirle efectos retroactivos. No obstante, consideramos el matiz importante desde el punto de vista de la graduación de los distintos

⁸ Vid. comentario al art. 143.

tipos de invalidez en el Proyecto: la nulidad del art. 141.1 a) sería pues la única nulidad insubsanable⁹.

La forma *ad substantiam* puede afectar tanto a contratos de formación instantánea como a los de formación sucesiva, ya que aquella, en todo caso, "deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiestan su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato, incluso si dicha voluntad se expresa mediante actos no simultáneos, cuando esto resulte admisible" (art. 34.1, *in fine*). Obviamente, mientras no se cumple la forma esencial el contrato carece de existencia jurídica, y no podrá exigirse su cumplimiento ante los Tribunales. A este respecto, habrá que atender a si las propias partes han fijado un plazo para cumplir el requisito de forma, o si, supletoriamente, lo hace la ley.

Desde otra perspectiva, en cierto modo avalada por la dicción del art. 35.2, relativo a un caso especial ("Lo dispuesto en el apartado anterior —exigencia de forma escrita para los contratos sobre inmuebles— se aplica igualmente a los precontratos"), podemos leer este inciso en clave de precontrato: si el contrato a celebrar requiere de forma esencial, la misma deberá ser ya cubierta por el precontrato que lo antecede, siendo éste de lo contrario, inoperante¹⁰.

La referencia a los actos no simultáneos podemos entenderla en relación con la oferta y aceptación de dicho precontrato: piénsese por ejemplo, en los casos en los que se exige forma escrita, cabiendo el documento privado.

⁹ No parece percatarse del matiz apuntado Margarita Isabel POVEDA BERNAL: *Forma del contrato*, en *VVA* Comentarios en Homenaje a De las Mezas (coord. Vattier, De la Cuesta y Caballero) (Madrid 2003) I, p. 231. Para la autora, no sería admisible que el contrato solemne fuera concluido bajo forma no solemne y posteriormente cumplidas las formalidades requeridas, y tampoco cabría admitir que una de las partes compeliere a la otra a cumplir esa formalidad; la única solución posible sería la celebración de un nuevo contrato.

¹⁰ Cfr. art. 1351 C.C. italiano. A la misma conclusión llega nuestra mejor doctrina: vid. por todos LACRUZ et al.: *Elementos de Derecho Civil II-1* (rev. RIVERO HERNÁNDEZ), cit., (Madrid 2003), p. 384.

B) *Clases de contratos solemnes o formales*

La forma resulta descrita con modalidades distintas: «forma especial» como figura genérica, «escritura pública», «documento privado», y «entrega efectiva de la cosa» como modalidades específicas. No parece, sin embargo que la lista sea limitativa: por ej. cabrá considerar los contratos perfeccionados mediante formas espiritualizadas de *traditio*, o mediante inscripción en un Registro público de bienes, etc. La traducción de DE LOS MOZOS-LUNA utiliza otra versión: «acto público o bajo firma privada» que constituye una traducción literal del francés. El Equipo de Zaragoza ha preferido una terminología más familiar a la práctica española. El art. 35.4 dedica una regla expresa para las donaciones, cuya oportunidad y contenido resultaron ampliamente debatidos en la discusión final, como luego expondremos.

C) *Contratos necesitados de forma escrita bajo pena de nulidad*

Si se comparan los arts. 34 y 35 del Proyecto se observa entre ellos cierto desfase sistemático dado que los contratos reales deberían ser reglamentados después de los contratos sujetos a forma escrita. En todo caso, aquí el orden parece secundario, y el intérprete puede destacar, en primer término, los contratos solemnes bajo forma escrita, concebida con notable amplitud pues comprende tanto los contratos perfeccionados mediante escritura pública como en documento privado.

Dice el art. 35.1 que los contratos cuyo objeto sea la transmisión de la propiedad o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, deberán constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública o documento privado. La Parte General del Proyecto no ha querido concretar más esta regla, dado que el Libro II sobre contratos en particular no ha sido todavía elaborado; lo que significa que, a nuestro juicio, los Académicos se han reservado para el futuro facultades de modalizar, agravar o flexibilizar la exigencia de forma sustancial. Acaso con excesiva obsequiosidad se otorga primacía, en cuanto a la forma sustancial, a la *lex rei sitae* de los

inmuebles, no obstante, parece una norma prudente, a la vista de los escasos avances en la unificación europea del Derecho de propiedad sobre inmuebles y del problema que en algunos países pueden representar, por ej., la forma requerida para los arrendamientos de inmuebles. La reserva comunitaria tendría menor sentido si se atiende a que el Proyecto, convertido en norma vigente, sería ya norma comunitaria, pero parece que se apunta no sólo al Derecho comunitario ya existente sino también que se siga promulgando por vía ordinaria.

En resumen y en relación con los contratos con forma *ad substantiam* el Proyecto de Pavía contiene una regla o fórmula general muy amplia (compárese, por ej. con la de nuestro art. 1280-1º C.c. dictada para otro supuesto), que mantiene, de momento, en la inconcreción la exigencia de forma escrita privada o pública para cada uno de los contratos en particular, a reserva de lo que eventualmente se disponga en el Libro II.

D) Mantenimiento de la categoría del contrato real

No exenta, sin embargo, de debate doctrinal, me parece que ha sido, no obstante, acertado que el Proyecto mantenga la categoría romana del contrato real, es decir, aquel contrato cuya perfección requiere la *datio rei*. Lo expresa sin margen de duda el art. 34.2: *Los contratos reales se perfeccionan por medio de la entrega efectiva de la cosa que constituye su objeto*. El sentido literal de la norma parece comprender exclusivamente la *traditio* real, es decir aquella en que la cosa pasa de manos del tradente a la del receptor; en principio habría dificultades para entender incluidos aquí los bienes inmuebles (aunque cabe cederlos mediante entrega de las llaves: *traditio simbólica*), y, asimismo, la variedad enorme de modalidades de la *traditio* espiritualizada, que, en la práctica, viene a aproximarse a la *traditio solo consensu*. La entrega forma parte del tipo contractual, y su ausencia, en principio, redundaría en nulidad. Ahora bien, con acierto, el Proyecto prevé una excepción: la entrega no será necesaria cuando *conforme a la voluntad de las par-*

tes o de la costumbre, deba considerarse que aquéllas [partes] querían celebrar un contrato consensual atípico; por ello la falta de entrega no arguye, sin más, inexistencia de contrato, sino que debe investigarse, presupuesta la existencia del consentimiento contractual, la concurrencia de otro tipo (precontrato o contrato consensual atípico)¹¹. De cualquier forma la regla del art. 34.2. está vinculada a la regulación de algunos contratos como reales en el Libro II, lo que ahora no se prejuzga (aunque puede conjeturarse que se configuren así, en su caso, los tradicionales de mutuo, depósito, comodato y prenda).

E) Carácter solemne del contrato de donación

Después de un interesante y vivo debate se aceptó por los Académicos que la donación se considerara como contrato por el legislador y fuera regulada por el Proyecto. Pese a hacer tránsito a la sucesión *mortis causa* y a los escrúpulos metodológicos que padecen no pocos legisladores modernos¹², se aceptó unánimemente que el tráfico moderno de los negocios no está ausente de vinculación con la práctica de la donación, y de la necesidad de mantener un régimen legal de cierta rigurosidad en su respecto. De aquí la regla del art. 35.4: *El contrato de donación deberá constar bajo pena de nulidad en escritura pública, incluso si tiene por objeto bienes muebles, salvo que su valor, atendiendo a la situación económica del donante sea moderado.*

Obsérvese que en todo caso se requiere escritura pública como forma *ad substantiam*, salvo que la donación de muebles (especialmente, de dinero) pueda calificarse de moderada, en cuyo caso se le plantea al intérprete la duda de si la salvedad se limita al carácter público del escrito, que seguiría siendo requerido, ahora

¹¹ Así Margarita Isabel POVEDA BERNAL loc. cit. p. 232, con cita de M^a Carmen GETE-ALONSO.

¹² LUNA SERRANO en la discusión del *Rapport introductif* describió algún caso en que la donación de terrenos sirvió eficazmente a los fines de una promotora inmobiliaria (op. cit. p. 173 s.)

en forma privada, o debe entenderse con carácter absoluto, prescindiéndose de todo tipo de forma. Posiblemente la solución más plausible fuera exigir en estos casos, como alternativa al escrito privado, la *traditio* manual de la cosa tal y como ocurre en nuestro Código, no obstante, la cuestión será con seguridad resuelta en la regulación de la donación en el Libro II.

En otro orden de cosas, los Académicos, al discutir las formalidades de la donación, no pudieron dejar de tener en cuenta que en Gran Bretaña y Escocia no existe la institución notarial como medio de otorgar documentos públicos¹³, aunque en Londres hay personas que se califican de *Notary Public*; si bien por vía de los Tratados internacionales el Reino Unido se ha comprometido a reconocer la eficacia de los documentos otorgados en otros países. Es un tema importante, aunque, en cierto modo, secundario para el Proyecto, y que, sin duda, encontrará ulterior solución por otras vías¹⁴.

Los motivos para que el Proyecto contemple la regla del art. 35.4 no es la de constituir el único supuesto en que se exige forma pública solemne como requisito de validez del contrato¹⁵, ya que el art. 35.1 ha reservado al futuro Libro de los contratos en particular la posible regulación de otros casos, sino que, históricamente, grava sobre las enajenaciones a título gratuito una secular y pesada losa de desconfianza generalizada, a la que no se han podido sustraer —probablemente con acierto— los Académicos de Pavía. Incluso se ha rigORIZADO el régimen, probablemente a la vista de los llamativos supuestos que fueron alegados en la discusión.

¹³ Nótese que en el *common law* históricamente hay una marcada preferencia por la prueba testifical en detrimento de la escrita.

¹⁴ Véase la intervención de STEIN en la discusión de los Académicos de Pavía, op. cit. p. 163.

¹⁵ Como parece haber entendido Margarita Isabel POVEDA BERNAL loc. cit. p. 233.

4. LOS CONTRATOS SUJETOS A FORMA AD PROBATIONEM

El art. 36, previendo la exigencia en el futuro libro II de determinadas formalidades para la prueba de algunos negocios, incluye un precepto dedicado a la materia en esta parte general. Podríamos preguntarnos si sistemáticamente su inclusión es adecuada: es obvio que la forma *ad validitatem* tiene un parentesco cierto con los modos de probar un contrato, pero, ontológicamente, se trata de dos realidades muy diferentes: no es lo mismo que un contrato "no sea", a que la existencia de un contrato no se pueda acreditar si no se ha preconstituido la prueba exigida legalmente (piénsese que la prueba del contrato sólo interesará respecto a terceros o en caso de desavenencias entre las partes). La reflexión que acabamos de verter es exacta en la teoría, no obstante, en la práctica, como bien advierte el adagio milenario "*idem est non esse aut non probari*", quedando así plenamente justificada la presencia aquí del art. 36.

El precepto ofrece una regulación simple y amplia, incluyendo su definición o descripción, y una regla general, con excepciones similares a las del precepto anterior.

"1. Cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe desprenderse de un acto que revista dicha forma, aunque tal acto no existiese todavía en el momento en el que las partes manifestaron su voluntad de celebrar su contrato.

2. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros. Para que sean oponibles a terceros, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia.

3. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión Europea que, a pesar de exigir una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia se demuestre en virtud de otros medios de prueba"¹⁶.

¹⁶ La redacción del art. 36 en la versión de DE LOS MOZOS-LUNA, es la siguiente:

A) *Concepto y modalidades*

El art. 36.1 dice que *cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato* nos encontramos en la hipótesis de este apartado; el enunciado, por su generalidad, no plantea problemas pues claramente apunta a la prueba y no a la perfección del contrato (art. 34.1); acaso la alusión a la *forma especial* puede originar alguna confusión a la vista de idéntica expresión contenida en este último precepto. Lo importante es precisar, como ya hemos advertido, que tal forma no se requiere al tiempo de perfeccionarse el contrato: puede producirse en un momento posterior, bastando con que exista antes de oponer, judicial o extrajudicialmente, el contrato en cuestión.

No hay en el Proyecto una lista cerrada de formas *ad probationem*; junto a la forma documental privada con fecha cierta¹⁷ caben otras (la pública, la registral, ante testigos, etc). Adviértase que hay un menor grado de imperatividad de la norma ahora

¹⁷ 1. Si se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la conclusión efectiva de éste debe resultar de un acto que tenga tal forma, incluso en el caso de que tal acto no existiera en el momento en que las partes han manifestado la voluntad de concluir el contrato.

2. Se requiere la forma escrita para la prueba de los contratos de un valor superior a 5000 euros. Para su oponibilidad frente a terceros es preciso que el documento o los documentos tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero tenía conocimiento de ellos."

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y las disposiciones de los Estados miembros de la Unión Europea en las que, aunque sea exigida una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia sea demostrada por otros medios de prueba."

No hay diferencias sustanciales con la redacción propuesta en el texto.

¹⁷ Sin embargo, se echa de menos una precisión en el proyecto sobre cuándo, respecto a sus efectos, debe entenderse que el contrato tiene fecha cierta. Podría pensarse que la materia es de carácter adjetivo y debe en consecuencia remitirse a la normativa procesal en cada caso aplicable, pero, de ser tal el enfoque, todo el art. 36 sobraría. Nótese además que, desde nuestra perspectiva, la LEC 2000 derogó del CC. la práctica totalidad del Capítulo V del Título IV, dedicado a la prueba de las obligaciones, al entenderse, con acierto, que su sede natural era aquella Ley y no el Código Civil. Ahora bien, subsisten en el mismo las secciones dedicadas a los documentos públicos y privados, y, entre sus contenidos, cuándo debe considerarse que un contrato documentado en forma privada tiene fecha cierta (cf. art. 1227 CC).

examinada; en efecto, si ésta es total en los arts. 34. 1 y 2, y 35. 1 y 4, en cambio, el art. 36.3 deja amplio campo de actuación a la legislación de cada Estado para que la existencia del contrato pueda demostrarse por cualquier medio de prueba¹⁸.

B) *Forma ad probationem de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros*

El legislador francés plasmó en el art. 1341 de su Code la norma, ya recogida en el *Droit français* del Antiguo Régimen, según la cual no debía admitirse la prueba testifical en los contratos por encima de un determinado valor: de este modo, se compelió a las partes a fijarlos por escrito¹⁹. De allí, pasó a otras legislaciones, entre ellas nuestro Código (art. 1280.II).

La doctrina denuncia habitualmente la rápida obsolescencia de tal regla dado el ineluctable proceso de la devaluación de la moneda²⁰; pero es sabido que el euro aparece ahora dotado de mayor estabilidad que la mayoría de las monedas nacionales, por lo cual no resulta injustificado prever una norma especial²¹. A este respecto dice el art. 36.2 que *se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 euros. Para que sean oponible a tercero, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia*.

Nótese en todo caso que la salvedad genérica contenida en el apartado tercero del artículo puede relativizar considerablemente el impacto real de este precepto: si la normativa procesal interna aplicable admite otros medios de prueba para los contra-

¹⁸ Para Margarita Isabel POVEDA BERNAL loc. cit. p. 244, ello resulta coherente con la normativa procesal de cada nación.

¹⁹ Vid. COING, Helmut: *Derecho Privado Europeo. Tomo II: El siglo XIX*; traducción y apostillas de Antonio PÉREZ MARTÍN. Fundación Cultural del Notariado (Madrid 1996), p. 548.

²⁰ Así lo hizo valer VIGNERON respecto al Derecho belga, en la discusión general del *Rapport introductif* (op. cit. p. 162).

²¹ La propuso DE LOS MOZOS, op. cit. p. 83.

tos que nos ocupan, la previsión del Proyecto quedará vacía de contenido²².

5. FORMAS CONVENCIONALES

Cuestión, en cierto modo, novedosa, que ha merecido la atención del Proyecto de Pavía²³ dedicándole el art. 37, cuyo texto reza lo siguiente:

*"Si las partes han acordado por escrito adoptar una forma determinada para la futura celebración del contrato se presume que dicha forma se ha estipulado como requisito de validez del contrato, salvo previsión en contrario de las disposiciones comunitarias o del ordenamiento nacional vigente en el lugar de celebración del contrato"*²⁴.

En el *Rapport introductif* se dice a propósito del art. 37:

"El art. 37 del Anteproyecto adopta, por razones de claridad en varias ocasiones exigidas, la regla que enuncia el art. 1352

²² Piénsese que hasta el propio *Code français*, origen último de la norma, admite matices: así, de conformidad con el art. 1347 del mismo, basta con que exista un principio de prueba por escrito (*commencement de preuve par écrit*) en estos casos para que se admita la prueba testifical inicialmente rechazada.

²³ El art. 2:106 del Proyecto Lando contempla sólo la forma convencional en relación con la modificación del contrato o el mutuo disenso: "(1) Una cláusula que, en un contrato escrito, exija que toda modificación convencional del contrato o el mutuo disenso deban constar también por escrito, únicamente permite presumir que un acuerdo para modificar o terminar el contrato sólo se entenderá legalmente vinculante si consta por escrito. (2) Las declaraciones o el comportamiento de una parte pueden provocar la pérdida del derecho a alegar dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya confiado razonablemente en las afirmaciones o en la conducta de la primera."

Una vez más, la inspiración del Proy. Lando en la Convención de Viena resulta clara: su art. 29 prevé que: "(1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. (2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos."

²⁴ Se omite la inserción del texto propuesto por DE LOS MOZOS-LUNA por contener sólo diferencias estilísticas.

C.c. ital. 1942, teniendo en cuenta las propuestas de GARCÍA CANTERO y de SORTAIS; pero en atención a las reservas avanzadas en el caso, se admite la existencia de una eventual disposición diferente de las leyes nacionales en vigor en el lugar de celebración del contrato²⁹. Durante la discusión por los Académicos, el Prof. BIANCA aludió a las perplejidades suscitadas en la doctrina italiana cuando las partes no respetan el acuerdo estipulado sobre la forma y celebran el contrato sin someterse al mismo; se plantea la duda de si debe verse una revocación tácita o implícita del acuerdo precedente. Piensa, con todo, que el art. 37 debe conservarse y, acaso, completarlo con una regla relativa a ciertos actos de comunicación que deben realizarse en la forma estipulada y que, no obstante, no se observan (por ej. se pacta que la resolución del contrato debe hacerse mediante carta certificada); a su juicio se falta a la buena fe cuando la notificación se realiza de modo que no queda duda alguna de que ésta ha sido recibida y entendida en su significado propio, y, no obstante, se impugna.

La regla contenida en el art. 37 (inspirada en el art. 1352 C.c.ital. 1942) parece prudente; el pacto sobre la forma del futuro contrato debe redactarse por escrito, siendo radicalmente nulo que se estipule verbalmente, lo que sin duda, coadyuva a que tal decisión sea meditada; pactándose así, se presume que dicha forma se ha estipulado como requisito de validez del contrato, y por tanto cabe entender que no hay contrato si no se cumple tal requisito formal. Se añade una doble cautela: previsión en contrario de las disposiciones comunitarias, o del ordenamiento nacional vigente en el *contracti locus*. La expresión utilizada de *forma determinada para la futura celebración del contrato*, excluye, en principio, las meras formas de notificación de ciertos actos en la fase de perfeccionamiento del contrato (por ej. la citación para comparecer ante un Notario o ante el Registro de la Propiedad), a que alude BIANCA en su intervención; en nuestra

²⁹ Op. cit. p. 84.

opinión se podría extender al caso la regla pactada por la vía de la *analogía legis*²⁶. El pacto sobre la forma contractual pertenece, sin duda, a la autonomía contractual (art. 2.1 del Proy.), pero dada la abundancia de normas imperativas en esta materia, su campo de actuación no parece ser demasiado amplio, comprendiendo los casos de forma legalmente libre que las partes refuerzan o endurecen, o de forma sólo requerida por la ley en documento privado que las partes estipulan sea en documento público; o bien que una forma *ad probationem* se transforme en *ad substantiam*; en cambio, no será posible derogar convencionalmente la forma *ad substantiam*²⁷.

En otro orden de cosas, reténgase que el campo de actuación de esta forma convencional no se limitará al precontrato o al contrato normativo, supuestos a los que *prima facie* parece hacer referencia el precepto. La regla que establece será igualmente aplicable en los casos en los que lo sometido a forma convencional sea la modificación del contrato ya perfeccionado o el mutuo disenso (nótese que en ambos casos nos encontramos ante la celebración de un contrato que modifica o extingue la relación jurídica que uno anterior ha creado), con lo que su ámbito de aplicación en la práctica se extenderá notablemente²⁸.

6. CONTRATO CONCLUIDO POR MEDIO DE FÓRMULAS-TIPO O FORMULARIOS

Sólo *lato sensu* el art. 38 pertenece a la forma del contrato, y se relaciona, propiamente, con la interpretación y con las condiciones generales de la contratación, como resulta claramente de su texto.

²⁶ Téngase en cuenta a este respecto lo que previene en art. 4 del proyecto: *id.* el correspondiente comentario, p. 45 ss.

²⁷ Conforme Margarita Isabel POVEDA BERNAL *loc. cit.* p. 246.

²⁸ Cfr. a este respecto el art. 29 de la Convención de Viena y el art. 2:106 del Proyecto Lando, transcrito en la nota²³.

La explicación del *Rapport introductif*, en este punto, aclara poco:

"El art. 38 del Anteproyecto está consagrado a la forma —entendida en sentido lato— que las partes han adoptado para la celebración del contrato, incluso en el caso de que la iniciativa a este respecto haya sido adoptada por una sola de las partes. He aquí la razón por la cual esta regla se ha situado en este contexto, dando por supuesto que la adopción de fórmulas-tipo o de formularios puede influir tanto sobre la forma *ad substantiam* como sobre la exigida *ad probationem*".

He aquí el texto del art. 38:

"1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas-tipo o de formularios preimpresos o en todo caso confeccionados para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula-tipo o al formulario prevalecen sobre las contenidas en la fórmula tipo o formulario de ser unas y otras incompatibles, incluso cuando las últimas no hayan sido eliminadas.

2. Deberá observarse, además, lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 30"²⁹.

Aclara Margarita Isabel POVEDA BERNAL³⁰ que el contrato-tipo es una categoría contractual nacida de las exigencias de la vida económica y moderna, y ha sido estudiada, sobre todo, por la doctrina italiana; en realidad constituye una modalidad de los contratos normativos y de los colectivos, diferenciándose de estos últimos, en que ofrece ya el esquema concreto del contrato individual, consignado frecuentemente en modelos o formularios impresos; suele operar en las ordinarias relaciones contractuales entre particulares, y es el exponente de la tendencia a hacer constantes y uniformes ciertas cláusulas contractuales, como resultado

²⁹ No se reproduce la versión de DE LOS MOZOS-LUNA por ofrecer exclusivamente diferencias estilísticas o de simple redacción.

³⁰ Margarita Isabel POVEDA BERNAL, loc. cit. p. 246.

de larga experiencia o como exigencia de postulados de organización técnica en las relaciones patrimoniales en masa.

El art. 38.1 contiene propiamente una regla interpretativa según la cual las cláusulas añadidas al impreso o al formulario prevalecen sobre la fórmula-tipo o el formulario; por su parte el art. 38.2 contiene una especificación del régimen de los contratos celebrados bajo condiciones generales del art. 30.4 del Proyecto requiriendo ratificación por escrito en cláusula individual de determinadas cláusulas prerredactadas.

La supresión de este precepto no dañaría, en nuestra opinión, al Título de la forma contractual; por el contrario, se le echa de menos en sede de interpretación de los contratos.

PARTE SEGUNDA. APLICACIÓN DE LAS REGLAS SOBRE LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA AL DERECHO ESPAÑOL³¹

7. INDICACIONES GENERALES

Dado que el Proyecto de Pavía, como adelanté se nutre en este punto del *jus commune europeum* sobre la forma contractual

³¹ El tema de la forma contractual puede considerarse recurrente en nuestra doctrina, ya que, además de tratarse habitualmente en la literatura manualística, con cierta periodicidad vuelve a replantearse, ya sea para reiterar las ideas tradicionales, ya sea para ofrecer innovaciones, no pocas veces al compás de la legislación especial.

Muy completa es la selección de Díez-Picazo *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5ª ed. (Madrid 1996) p. 247, que llega hasta 1990. *Adde*:

LALAGUNA, *La forma en los contratos*, RGD, 1992, p. 9483 ss.

REGLERO CAMPOS, *Comentarios a los arts. 1278-1280*, en *Com. dir. por ALBALADEJO*, XVII-1ª B (Madrid 1993) p. 621 ss.

Mª Paz GARCÍA RUBIO, *La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo*, AC, 1994, p. 217 ss.

RODRIGUEZ ADRADOS, *Naturaleza documental de la póliza intervenida*, LL, 1995;

SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil* (Madrid 1996);

Margarita Isabel POVEDA BERNAL *El art. 1279 C.c. como clave para la comprensión del régimen formal de nuestro sistema contractual. Revisión crítica de sus posibles interpretaciones*, AC, 1997, p. 663 ss.

no resultaría arriesgado predecir *prima facie* una sustancial coincidencia con el Derecho español, a reserva de ulteriores ajustes en puntos concretos; tal coincidencia en lo básico se vería facilitada, además, con la generosa remisión a normas estatales en aspectos concretos de la regulación (arts. 35.3, 36.3 y 37)²².

Una ulterior profundización aconsejaría centrarse en los siguientes puntos: a) El principio de libertad de forma o del consensualismo en la perfección del contrato; b) la forma *ad substantiam*; c) el contrato de donación; d) la forma *ad probationem*; y e) las formas convencionales.

8. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA O DEL CONSENSUALISMO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Puede considerarse generalmente aceptado en el ordenamiento español el espiritualismo como principio rector de la forma contractual, plasmado en los arts. 1258 y 1278 C.c. Así, por todos, lo recoge DÍEZ PICAZO²³: "El desarrollo del espiritualismo en la contratación y la liberación de requisitos formales para la perfección y la eficacia de los contratos, es, no cabe duda, un evidente progreso en el orden jurídico. Desde este punto de vista se ha dicho que la consagración de la libertad de forma en la contratación favorece la libertad humana en general. Sin embargo,

²² Parece injustificado el juicio descalificatorio que sobre el Proyecto de Pavía en esta materia expresa FAJARDO FERNÁNDEZ: "Forma, objeto y forma / Consideration" en *VVAA Derecho privado europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE) (Madrid 2003) p. 420 nota 81. Se limita a decir globalmente que los arts 35 y 36 imponen un exceso de forma como requisito de validez, critica la exigencia de documento público para la donación de cualquier clase de bienes, critica la forma privada *ad substantiam* respecto de los contratos sobre inmuebles, considerando exagerado que se aplique a contratos onerosos y, por último, afirma que carece de sentido la exigencia de forma escrita *ad probationem* para los contratos superiores a 5000 euros. Posiblemente, el autor ha emitido un juicio apresurado sin una adecuada fundamentación, vertiendo una serie de valoraciones con las que el autor parece pretender actuar de árbitro entre el Proyecto Lando (sin exigencias imperativas de forma), y el Proyecto Pavía (al que culpa de agravar el formalismo). Pensamos que el juicio sobre este último ha incurrido en simplicidad excesiva, y debiera haber sido algo más matizado.

²³ DÍEZ-PICAZO, op. vol. et ed. cit. p. 251 s.

como todas las afirmaciones, tampoco ésta puede entenderse en términos absolutos, pues una total ausencia de forma puede llevar a unas consecuencias perjudiciales, especialmente por defectos de prueba y de certidumbre en las relaciones jurídicas, que producen evidente quebrantamiento en la seguridad del tráfico de los bienes. — Por esta razón se observa en el Derecho moderno una cierta tendencia en favor del negocio formal, aunque limitado a ámbitos muy concretos de la contratación y limitada también al tráfico de los bienes inmuebles mediante la certidumbre en las relaciones jurídicas establecidas sobre ellos. Este formalismo no exige con carácter absoluto la utilización de las formas solemnes, pero requiere de parte de los que pretenden obtener ciertos beneficios en el tráfico el que cumplan ciertas cargas formales”.

No vemos problema en el hecho de que nuestro Código recoja expresamente el principio de libertad de forma y en el Proyecto no sea así: aun tácitamente, el principio se acoge de modo categórico e indudable en el art. 5.4.

9. EXCEPCIONES AL CONSENSUALISMO. LOS CONTRATOS FORMALES SOBRE INMUEBLES. LOS CONTRATOS REALES

Hay también coincidencia en cuanto a la necesidad de introducir excepciones en la libertad de forma en cuanto a los contratos sobre inmuebles (cfr. art. 35.1 Proyecto y 1280-1º C.c.), si bien hay diferencias entre ambos textos, en cuanto a la eficacia y forma de actuación de la norma correspondiente. Y también en su fundamento, pues en la doctrina española hay autores que entienden que la diferencia de trato de los inmuebles obedece a razones históricas que no siempre se corresponden actualmente con la finalidad legislativa que persigue fundamentalmente la exigencia de forma escrita³⁴. Pero resulta evidente que el Proyecto no estima

³⁴ Así LACRUZ *et alii*, *Elementos* 1-3 (Madrid 2000) (rev. DELGADO ECHEVERRÍA) cit., p. 170.

desfasadas tales normas, antes bien inspiran su regla general básica sobre la forma *ad substantiam*. Con todo, tratándose de una regla general que deberá ser ulteriormente desarrollada, hasta ese preciso momento no se podrán comprobar los eventuales desfases puntuales que el Proyecto tenga en relación con el Derecho español, singularmente en orden a la interpretación dada a la lista del art. 1280, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Por otra parte la *forma ad substantiam* en el Proyecto adopta la doble modalidad, pública o privada.

Sí, en cambio, ha de reconocerse la existencia de una diferente metodología para desarrollar y concretar la lista de contratos formales, lo que, acaso, pueda conducir a resultados finales no coincidentes. El Derecho español no contiene una lista, abierta o cerrada, de contratos formales, sino una serie de supuestos legales respecto de los cuales, al cabo de un siglo, sigue discutiendo todavía la doctrina, y no siempre concuerda la jurisprudencia. Con razón algún autor alude³⁵ a la actitud cautelosa con que el legislador contempla la exigencia de una forma *ad solemnitatem* en la contratación y la indicación al intérprete de un criterio restrictivo en la valoración de las normas en que se señala para los negocios bilaterales la exigencia de una forma especial. Frente a esta lista, que ofrece la manualística, en la que se mezcla confusamente la forma sustancial y la meramente probatoria, nunca cerrada, y siempre abierta de contratos más o menos formales en el Derecho español³⁶, hay que oponer una declaración general,

³⁵ LACRUZ *et alii*, *Elementos* 1-3 (rev. DELGADO ECHEVERRÍA), (Madrid 2000), p. 172.

³⁶ Obtenida a lo largo del C.c. y con base en el art. 1280 C.c. previa interpretación, completada por otras leyes: 1º) Donación de inmuebles y donación no manual de muebles; 2º) Capitulaciones matrimoniales; 3º) Constitución del censo enfiteúatico; 4º) Sociedad civil a la que se aportan inmuebles (discutido por la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS); 5º) Contrato constitutivo del derecho real de hipoteca; 6º) Constitución de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal 7º) Actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción del dominio o de derechos reales sobre inmuebles. 8º) Cesión, repudiación y renuncia de derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal; 9º) Cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública (La lista de casos procede de DÍEZ-PICAZO *op. cit.* vol. et ed. cit. p. 252 s.; la selección de los casos es, no

inequívoca y rotunda, contenida en el art. 35.1 del Proyecto, bastante clara en su expresión, y amplia en su contenido: *Contratos cuyo objeto sea la transmisión de la propiedad o la transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles [debiendo constar] en escritura pública o documento privado*. Sin dejar de llamar la atención sobre las similitudes de esta última fórmula con la del art. 1280-1º, parece evidente que la eventual aplicación en España del Proyecto de Pavía obligaría a una revisión de esta materia, muy conveniente para nosotros, por lo demás, a la vista de la técnica desfasada con que aparece redactado el art. 1280, sin perjuicio de reconsiderar igualmente por nuestra doctrina, con mayor hondura, la última *ratio* de la forma sustancial. Por otra parte, tanto el art. 35.2 como el art. 36.3 dejan a salvo las normas estatales en materia de forma cuando afectan a inmuebles, lo que facilitará, en su caso, la convergencia. Más significado posee la salvaguarda del Derecho comunitario en materia de forma, ya que la doctrina detecta, en su respecto, un cierto renacimiento del formalismo³⁷.

En cuanto a la categoría formal de los contratos reales no veo inconveniente en que nuestro ordenamiento reciba la regla contenida en el art. 34.2. a reserva de la ulterior determinación de los que posean tal carácter en el Libro II. Y ello a pesar del carácter residual con que aquella ha sido concebida por la doctrina más significativa³⁸. La doble vía que ofrece aquel precepto creo que permite disipar las dudas que, en su respecto, apuntan algunos autores³⁹.

obstante, nuestra). Véanse las breves observaciones de LACRUZ *et alii*, op. cit. II.1º, p. 416, y las clásicas de CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo III (rev. GARCÍA CANTERO), 16ª ed., Madrid 1992 p. 652 s.

³⁷ Por todos, v. DE PABLO CONTRERAS en MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et alii*: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Madrid 2000, p. 339 s.

³⁸ JORDANO BAREA *La categoría de los contratos reales* (Barcelona 1958) p. 133 ss.

³⁹ Así FAJARDO FERNÁNDEZ loc. cit. p. 422, y Margarita Isabel POVEDA BERNAL loc. cit. p. 231 ss.

10. LA FORMA AD PROBATIONEM

Claro en la doctrina y en la jurisprudencia españolas el concepto de forma *ad probationem*, es lo cierto que el texto del art. 1279 introduce algún motivo de incertidumbre o confusión, que conduce, sin embargo, a elaborar una especialidad o singularidad de nuestro Derecho, respecto de la cual se ha generalizado un amplio consenso que puede sintetizarse así⁴⁶: 1º) El art. 1279 consigna una facultad, no una obligación, a favor de ambos contratantes; 2º) Puede pedirse, y deberá cumplirse lo convenido, aun antes de que se exija el cumplimiento de escritura, pues los arts. 1279 y 1280 no exigen que el ejercicio de la acción para obligar al otorgamiento de la escritura haya de preceder al de la derivada del contrato; 3º) La falta de forma no priva al contrato de su plena eficacia, cuando las partes lo cumplimentan antes de elevarlo a escritura pública; 4º) En el supuesto de que no se hubiera llenado la forma exigida por la ley, sólo están autorizadas las partes para compelerse recíprocamente a llenar aquella forma, y nunca para solicitar la inexistencia del contrato; 5º) En síntesis, el art. 1280 no modifica el precepto del art. 1278, ni tiene otro alcance que el de que pueda cualquiera de las partes imponer a la otra su cumplimiento, pudiendo la elevación del contrato a escritura pública.

Aunque suele aceptarse, de modo general, como he indicado, que nuestro art. 1280 enumera los supuestos de *forma ad probationem* con la posibilidad de que cualquiera de las partes ejercite la facultad del art. 1279, parece indudable que aquél debiera someterse a un proceso de análisis y clarificación —como ya he sugerido—, y a este propósito la aceptación del art. 36 Proy. serviría, probablemente, de estímulo para llevarlo a cabo con acierto, dado que parece correcta, en términos generales, la definición de aquella modalidad de forma en el Proyecto, así como su modo de

⁴⁶ Siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, op. vol. et ed. cit., p. 650 s. También LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II-1* (rev. RIVERO HERNÁNDEZ), (Madrid 2003), p. 407 ss.; brevemente DÍEZ-PICAZO op. vol. et ed. cit. p. 254; DE PABLO CONTRERAS op. et vol. cit. p. 337 ss.

actuar, siendo evidente que reemplazar el pár. último del art. 1280 por el art. 36.2 revitalizaría la vigencia de esa norma residual. En ausencia de una normativa propia en el Proyecto cabe propugnar el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial consolidada entre nosotros, sobre el art. 1279, incluso bajo la eventual vigencia de aquél⁴¹; a lo que debe agregarse el mantenimiento del Derecho estatal sobre la forma de los contratos sobre inmuebles, ya aludida.

11. EL CASO DE LA DONACIÓN

Quizá sin proponérselo específicamente, es lo cierto que el debate entre los Académicos en relación con las funciones actuales de la donación en el tráfico, ha dado por resultado la incorporación al Proyecto de una norma, en cierto modo, emblemática⁴², recogida en el art. 35.4. Hay que reconocer que tal regla supone un agravamiento del régimen establecido en los arts. 632 y 633 de nuestro C.c. La doctrina española reconoce sin dificultad que el ejemplo principal y acaso único indiscutido de contrato solemne o formal en el ámbito del Derecho civil patrimonial (dejando aparte las capitulaciones matrimoniales) es el de la donación de bienes inmuebles, sobre el que la jurisprudencia es constante en exigir la escritura pública como forma requerida para la existencia y perfección⁴³. Pero el art. 35.4 del Proyecto requiere

⁴¹ Por parte de Margarita Isabel POVEDA BERNAL, *loc. cit.* p. 244, se echa de menos en el Proyecto de Pavia una norma similar al art. 1279. De esta autora puede consultarse últimamente: *El art. 1279 del C.c. como clave para la comprensión del régimen formal en nuestro sistema contractual*, AC, 1997, I, p. 663 ss.

⁴² En el debate final del *Rapport introductif* se solicitó por STURM el mantenimiento del 36.4 nada menos que para llevar a cabo efectivamente la unificación del Derecho civil europeo; mientras que TRABUCCHI, en la misma sesión, se limitaba a recordar que resulta imposible borrar las donaciones de una legislación sobre los contratos en particular: la donación es un contrato igual que los demás, aunque posea un espíritu particular por realizarse a título gratuito, asemejándose a las sucesiones, pero sigue siendo un contrato dado que precisa de aceptación (*Op. cit.* p. 169 ss.).

⁴³ LACRUZ *et alii*, II-1^a, *d. cit.* p. 416. Véase la amplia evolución histórica que describe Margarita Isabel POVEDA BERNAL, *Homenaje de los Maos*, etc. cit. I, p. 233-239.

la forma con mayor rigurosidad para la donación no módica de cosas muebles. Imponerla serviría, acaso, para atajar abusos ciertos en perjuicio de herederos forzosos. Tema que parece abierto entre nosotros.

12. LA FORMA CONVENCIONAL DE LOS CONTRATOS

La doctrina española no opone objeciones a la admisión de formas convencionales, tanto en el caso de la forma solemne voluntaria⁴⁴, como, en general, en el de documentación constitutiva *ex voluntate* (por ej. sustituyendo la forma libre, o la meramente probatoria por otra vinculante), y ello tanto por voluntad expresa, pacto tácito o, incluso, conformidad con el uso de los negocios⁴⁵. La jurisprudencia considera que se trata de una facultad exigible por los contratantes mientras subsista la vigencia del contrato (STS de 12 mayo 1994). La doctrina ve con buenos ojos la presunción de que la forma contractual prevista voluntariamente por las partes se ha establecido precisamente para sujetar a ella la validez del contrato⁴⁶.

El régimen del art. 37 destaca por su prudencia al establecer una doble cautela: por un lado la necesidad de pactar la forma voluntaria mediante escrito, al menos privado, y la ausencia de prohibición por el Derecho comunitario o estatal del lugar de celebración del contrato. Su incorporación al Derecho español no plantearía, en mi opinión, problemas⁴⁷.

13. OTRAS FUNCIONES DE LA FORMA CONTRACTUAL

Además del *cuerpo extraño* que supone el art. 38 hay que decir que el Tít. IV del Proyecto se ciñe correctamente al contenido que

⁴⁴ Así LACRUZ *et alii*, *Elementos*, I-3 cit., p. 171; y II-1 cit., p. 409 s.

⁴⁵ Como lo concibe, con gran amplitud, DíEZ-PICAZO *op. et loc. cit.* p. 263.

⁴⁶ En tal sentido LACRUZ *et alii op. cit.* II-1, p. 409.

⁴⁷ Conforme Margarita Isabel POVEDA BERNAL *op. et vol. cit.* p. 245 s.

se desprende de su enunciado. Por ello quedan fuera otros aspectos que la doctrina acostumbra a tratar en este lugar⁴⁸; así las relaciones entre la forma y el documento, la documentación del contrato en general (naturaleza jurídica y consecuencias), el acuerdo no documentado, la documentación privada y la pública, el cumplimiento voluntario del contrato informal o formalmente insuficiente y el abuso de la acción de nulidad por defecto de forma. No es posible analizar aquí estas cuestiones, que, por otro lado, guardan estrecha relación con normas del proceso civil propio de cada país comunitario, ajenas por definición al Proyecto de Pavía. Acaso se destaca de esta problemática, por su importancia práctica, lo relativo a la *renovatio* o *reproductio contractus* que el Proyecto no regula, aunque debiera hacerlo⁴⁹.

Concluiremos haciendo un breve referencia a la función más novedosa y posiblemente la más activa en los tiempos recientes de la forma contractual: la función tuitiva que desempeña en el ámbito de la contratación con consumidores; con razón, la doctrina ha hablado de un "renacimiento del formalismo"⁵⁰ en este campo. Como es sabido, se persigue con ello tanto inducir a la reflexión al consumidor, como preconstituir la prueba del contrato y, en su aspecto más innovador, servir de cauce al cumplimiento de determinados deberes de información merced a la incorporación de menciones obligatorias (el llamado en la doctrina francesa "formalismo informativo").

Recuérdese que, a diferencia del Proyecto Lando, que prescinde de cualquier referencia específica al consumidor⁵¹, el Proyecto de Pavía lo tiene presente en varios momentos⁵², ofreciénden-

⁴⁸ Véase el apartado relativo a la documentación del contrato, en DIEZ-PICAZO *op. cit.* vol. cit. p. 254 ss.

⁴⁹ LACRUZ *et alii*, II-1, cit. p. 409 s.; DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 338.

⁵⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE en MARTÍNEZ DE AGUIRRE *et al.*, *op. cit.* p. 315.

⁵¹ Lo que no ha dejado de ser duramente criticado por la doctrina: cfr. MICKLITZ, Hans-W: "The principles of european contract law and the protection of the weaker party", *Journal of Consumer Policy* vol. 27, 2004/3, *passim*, pp. 339-356.

⁵² *Ex.g.* art. 9, art. 132.4, 134.5.

donos incluso una definición del sujeto en su art. 9. 2. Sin embargo, ninguna previsión especial encontramos en sede de forma.

En descargo del proyecto, debemos señalar varios extremos: en primer lugar, los preceptos que acabamos de revisar dejan siempre a salvo las normas imperativas de Derecho interno y de Derecho comunitario, y, por mor de éste último, todos los países de la Unión han implementado diversas directivas que imponían tal formalismo de protección en los distintos supuestos contractuales que contemplaban. En segundo lugar, el Proyecto atiende en el art. 38 a la problemática de las condiciones generales, tema si bien no exclusivo de la contratación con consumidores, de crucial relevancia en este ámbito. Por último, en lo tocante al formalismo informativo, igual puede contemplarse en sede de forma que en sede de deberes de información, como certeramente lo hace el proyecto en su art. 9.

CAPÍTULO VI
LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN
EL PROYECTO DE PAVÍA

María de los Ángeles PARRA LUCÁN

*Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

Aurora LÓPEZ AZCONA

*Profesora Asociada de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: PARTE PRIMERA. CONSIDERACIÓN GENERAL. 1. Justificación de las normas de interpretación del contrato en el Proyecto de Pavia. 2. Reglas sobre interpretación: intención, expresión e interpretación objetiva. 3. Interpretación e integración del contrato. PARTE SEGUNDA. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN 4. El Título V del Libro I del Proyecto de Pavia. 5. Aproximación al sentido general de las reglas de interpretación. 6. Razones que justifican el contenido de las reglas del anteproyecto. 7. La voluntad común de las partes o la voluntad de quien formula la oferta del contrato. 8. Crítica a la preferencia por el tenor literal. 9. La buena fe y los usos: interpretación, interpretación integradora e integración del contrato. 10. Elementos extrínsecos. 11. Interpretación *contra proferentem*.

PARTE PRIMERA. CONSIDERACIÓN GENERAL

1. JUSTIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO EN EL PROYECTO DE PAVIA

Según la información proporcionada en el volumen «Code Européen des Contrats», publicado por la Academia de iusprivatistas europeos¹, aunque de forma minoritaria, algunos Académicos expresaron la opinión de la innecesariedad de formular unas reglas de interpretación. Así, por ejemplo, Stranard defendió que la operación hermenéutica debe dirigirse a hacer surgir el contenido del contrato y, sobre todo, a verificar la existencia de la convención, sin que sea preciso para tal operación ni formular una regla general, ni completarla con corolarios ni, mucho menos, encomendar al intérprete la labor de colmar las lagunas del texto contractual².

¹ G. GANDOLFI, *coordinateur*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, pp. 85 y ss.

² «Code Européen des Contrats», cit., p. 87.

Entre quienes admitían la introducción de reglas de interpretación hubo quien expresó una preferencia por el modelo del art. 111 del *Contract Code*, que se limita a formular una regla de interpretación judicial. Así, fue Vignerón quien expuso cómo la formulación de concretas reglas de interpretación supone que, a su vez, esas mismas reglas originen problemas de interpretación de su alcance y contenido.

En una línea semejante, el grupo inglés defendió que la interpretación del contrato debe basarse en un criterio objetivo dirigido a verificar la existencia y el contenido de la convención. En su opinión, enunciar con este objetivo reglas en sentido propio, de carácter general, o máximas concebidas como consejos dirigidos al juez, dejados a su apreciación por lo que se refiere a posibilidad de aplicarlas en los distintos casos, no puede ser dañino, pero no es muy útil. En cualquier caso, los miembros del grupo rechazan que deba atribuirse al intérprete la tarea de completar las lagunas del texto contractual y de eliminar eventuales contradicciones, como en la *ergänzende Auslegung*³.

El grupo español, por su parte, consideraba que el conjunto de reglas hermenéuticas contenidas en los arts. 1.362-1.371 del Código italiano constituían una buena base para el futuro Código europeo, si bien con algunos complementos como, por ejemplo, la introducción de una regla semejante a la contenida en el art. 1.281 del Código español y teniendo en cuenta otros modelos, como el art. 111 del *Contract Code*. Este grupo expuso la opinión de que debía incluirse una norma semejante a la del art. 1.366 del Código italiano, conforme al cual, la buena fe juega un papel preponderante en materia interpretativa. Apuntaba, finalmente, la oportunidad de permitir que, al amparo de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato pudieran establecer pactos relativos a los criterios interpretativos conforme a los que estimen que debe interpretarse el contrato celebrado⁴.

³ «Code Européen des Contrats», p. 84.

⁴ «Code Européen des Contrats», pp. 84 y 85.

En Derecho español se discute si las partes pueden, al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 Cc.) pactar reglas de interpretación distintas de las previstas en la ley. Como señala López y López, en la medida en que las reglas acordadas por las partes contribuyan a determinar cuál es su intención común no parece existir inconveniente, porque estaríamos dentro de lo previsto por el propio Código civil (para juzgar la intención de los contratantes, el art. 1.282 se remite a los actos de los propios contratantes, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato). Existe alguna dificultad, en cambio, como advierte Díez-Picazo, cuando el acuerdo de las partes trate de excluir algún principio interpretativo que entronque con los límites de la autonomía privada (art. 1.255).

Como es sabido, en Derecho español, frente a una primera opinión doctrinal y jurisprudencial contraria, en la actualidad es común la consideración de estas reglas de interpretación como auténticas normas jurídicas y, por tanto, de carácter vinculante. En consecuencia, su inaplicación o aplicación indebida es motivo de recurso de casación⁵.

No sorprende por ello que, entre nosotros, el profesor de los Mozos⁶ haya expresado un juicio muy favorable sobre el Proyecto de Pavía en materia de interpretación. Este autor cree que la experiencia comparatista apunta a formular como solución óptima aquella que se expresa en tantas reglas concretas como se considere necesario. En su opinión, esta solución es preferible a la opción de limitar las reglas de interpretación a la formulación de unos principios, puesto que ello tiene el riesgo de que se produzca un desarrollo desigual. Por su parte, el profesor Vattier, que se mues-

⁵ No obstante, la Sala 1ª TS. ha establecido de manera reiterada que debe mantenerse la interpretación del tribunal de instancia, por ser «más objetiva y desinteresada» que la «más subjetiva y parcial del recurrente», salvo que la primera sea absurda, arbitraria, ilógica o infrinja preceptos legales, y raramente estima el recurso de casación.

⁶ J. L. de los Mozos, «Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea», en *Homenaje a Díez-Picazo*, T II, Civitas 2003, pp. 2663-2676.

tra muy crítico con el contenido concreto de tales reglas en el Proyecto, valora sin embargo como un acierto la superación del escepticismo acerca de la utilidad y del carácter vinculante de las normas de interpretación de los contratos. A juicio de Vattier esta opción es un acierto, fundamentalmente desde dos puntos de vista: porque la concepción del carácter vinculante de las normas de interpretación prevalece en los ordenamientos europeos y porque facilita la unificación de la interpretación de los contratos internacionales en el ámbito europeo⁷.

2. REGLAS SOBRE INTERPRETACIÓN: INTENCIÓN, EXPRESIÓN E INTERPRETACIÓN OBJETIVA

El papel que se otorga a la tarea de interpretación del contrato depende de que se adopte una concepción del contrato exclusivamente como instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad o, además, como instrumento jurídico que permite alcanzar un cierto equilibrio de intereses. Por ello, cuando el contrato es contemplado desde una perspectiva económica y social no se ve la razón para excluir toda consideración de justicia material en la labor de interpretación del contrato⁸. En última instancia, y aunque las técnicas jurídicas son diferentes en cada sistema, en la práctica, como ha puesto de relieve ZIMMERMANN⁹, no son muy diferentes las soluciones que alcanza un juez alemán, recurriendo al concepto de la buena fe, de las que sostienen los jueces ingleses aplicando criterios de razonabilidad.

⁷ C. VATTIER, «Interpretación del contrato», en *Código Europeo de contratos. Academia de especialistas europeos. I. Comentarios en Homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos*, dirigidos por C. Vattier, J. M^o de la Cuesta y J. M^o Caballero, Dykinson, Universidad de Burgos, pp. 249-250.

⁸ V. van MEER, A. T., «The formation of contracts», en Chapter 9, *International Encyclopedia of Comparative Law*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1992, p. 42; y MARTY, «Rôle du juge dans l'interprétation des contrats», *Tweede Association Capitale* 5/6, 1949, n. 98.

⁹ ZIMMERMANN, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 173.

Desde esta perspectiva, es habitual hacer referencia a dos criterios de interpretación: a) la interpretación subjetiva, conforme a la cual hay que tratar de averiguar la voluntad de las partes, es decir, el propósito, la intención que animó a quienes celebraron el contrato, precisar qué es lo que realmente quisieron al obligarse contractualmente; b) la interpretación objetiva, conforme a la cual trata de averiguarse el sentido de una declaración con independencia de la voluntad interna, atendiendo a lo que significa esa declaración para la opinión común del tráfico.

La tensión entre interpretación subjetiva y objetiva es una constante en la historia jurídica europea. La interpretación subjetiva predomina hasta finales del siglo XIX en la literatura jurídica, aunque no es tan seguro que este criterio se siguiera en la práctica¹⁰. Aparece en el Código civil francés (art. 1.156), en el alemán (parágrafo 133) o en el español (art. 1.281), pero estos mismos textos contienen al mismo tiempo, de manera complementaria, y no siempre con el mismo alcance, criterios de interpretación objetiva de las expresiones utilizadas por las partes, o de la confianza que objetivamente haya podido poner un contratante en el alcance de las prestaciones, o de lo que una persona razonable hubiera podido esperar. Ambos criterios de interpretación, subjetiva y objetiva, se manifiestan también en el Proyecto de Pavía.

Según la información proporcionada en el «Code Européen des Contrats»¹¹, en el «Rapport introductif» del coloquio pavesano preparado por Gandolfi se puso de relieve la tendencia de las jurisprudencias europeas a interpretar de una manera objetiva el texto del contrato si era claro y explícito. Se cita especialmente el art. 1281 del Código español y la jurisprudencia francesa que, siguiendo la tesis de Carbonnier, adopta este criterio como una manifestación del respeto a la autonomía de la voluntad.

¹⁰ Más detalles en Cassac, H., *Derecho Privado Europeo*, traducción y apostillas del prof. Dr. Antonio Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, Tomo I (*Derecho común más antiguo, 1500-1800*), p. 520 y Tomo II (*El siglo XIX*), p. 590. También, Korz, H., «Interpretation of contracts...», cit., p. 269.

¹¹ Op. cit., p. 87.

Vattier clasifica los medios de interpretación recogidos en el Proyecto de Pavía en reglas de interpretación subjetiva (entre las que incluye la del art. 39, apartados 1 a 3) y reglas de interpretación objetiva (arts. 39.4 a 41)¹². En las reuniones deliberantes de los Académicos, algún jurista, como Oppo, manifestó una opinión favorable a la existencia de una jerarquía entre los criterios subjetivos y objetivos de interpretación, entendiendo que estos últimos debían ser subsidiarios¹³. Así parece haberse recogido en los arts. 40 y 41 del Proyecto de Pavía si bien, advierte Vattier¹⁴, tal preferencia es discutible, puesto que el juego de estas reglas depende, en definitiva, del particular problema interpretativo que en cada caso se deba resolver, teniendo en cuenta que las reglas interpretativas se refieren a problemas heurísticos distintos. En Derecho español, la jurisprudencia muestra su preferencia por la interpretación subjetiva, lo que parece razonable si se parte de que es principio básico de la interpretación del contrato la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes (en este sentido, también López y López y Lacruz). Pero es opinión muy autorizada la que sostiene la utilización concurrente o simultánea de todas las reglas (Jordano Barea, Díez-Picazo, Gil Rodríguez).

En otros textos de ámbito internacional parece otorgarse también preferencia a la interpretación subjetiva. En el art. 8 del Convenio de las Naciones Unidas (Instrumento de ratificación de 24 de julio de 1990 (BOE nº 26, de 30 de enero de 1991)¹⁵ que, a su vez, han ejercido gran influencia en la elaboración de otros tex-

¹² C. VATTIER, «Interpretación del contrato», cit., p. 252.

¹³ «Code Européen des Contrats», cit., p. 87.

¹⁴ C. VATTIER, «Interpretación del contrato», cit., p. 253.

¹⁵ Los antecedentes de esta regulación se encuentran en el Proyecto UNIDROIT de ley uniforme sobre la validez de compraventas internacionales: UNCITRAL, *Yearbook*, VIII, 1977, p. 86, IX, 1978, p. 86. Más detalles sobre la historia de la disposición en FARNSWORTH, E. A., «Article 8», en BIANCA, C. M. - BONELL, M. J., *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, coord. Bonell, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 95 y ss.

tos de ámbito europeo¹⁶, el punto de partida es la interpretación subjetiva¹⁷.

3. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.

La interpretación es una labor previa de gran trascendencia práctica porque, en definitiva, el contrato será aquello que se deduzca de la interpretación¹⁸. La interpretación de un contrato comprende el conjunto de tareas que deben llevarse a cabo para

¹⁶ En particular, v. LANDO, O., «Principles of European Contract Law» (<http://www.kcl.ac.uk/pecl/english/sympos/ELIDialogue/Lando.htm>).

¹⁷ Art. 8: "1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

Los comentaristas destacan que la importancia de la regla primera es que si las partes comparten un mismo entendimiento del sentido de las palabras utilizadas o de cualquier otro comportamiento, esta interpretación prevalecerá sobre lo que hubiera podido ser una interpretación razonable. El ejemplo citado en el *Yearbook*, IX, 1978, 97 es el siguiente: si un vendedor acuerda con el comprador mostrar en el contrato un precio de 50 en lugar del verdadero precio de 100, para reducir los gastos del contrato, el contrato deberá ser interpretado conforme con su común entendimiento (v. también FARNSWORTH, E. A., «Artículo 8», p. 98). Por persona razonable «de la misma condición» debe entenderse quien tenga semejante bagaje lingüístico, capacitación técnica, conocimiento de los anteriores pactos y negociaciones entre las partes, información sobre los mercados y sus fluctuaciones, comprensión de términos empleados en diccionarios o códigos comerciales (V. FARNSWORTH, E. A., «Artículo 8», cit., p. 99; LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Artículo 8», cit., p. 125; y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA L. Y CALVO CARAVACA, A.-L., «El contrato de compraventa internacional de mercancías», cit., p. 199). Si no es posible averiguar la intención real, el art. 8.2, que puede calificarse como norma de interpretación objetiva: remite al canon de la razonabilidad: criterio procedente del *commun ius* extraído al *civil ius*, donde se han venido consiguiendo con otros instrumentos, fundamentalmente la buena fe objetiva, resultados prácticos semejantes a lo que puede lograrse con la utilización del juicio de razonabilidad (en este sentido, con referencias bibliográficas, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Artículo 8», cit., p. 122).

¹⁸ DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, reproducción facsímil de la edición original publicada en 1971 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Civitas, Madrid, 1985, p. 74.

resolver las discrepancias que pueden surgir en torno al mismo. La determinación del sentido que debe atribuirse a las palabras utilizadas por las partes es sólo una de las tareas de la interpretación. En ocasiones, incluso, como veremos, el objeto de la interpretación no se refiere sólo a las declaraciones que forman el contrato, sino también a todos aquellos actos o declaraciones de las partes que pueden tener consecuencias durante la vigencia del contrato (notificaciones, denuncias de defectos en la cosa...). Pero, además, también es preciso solucionar los problemas que pueden surgir en el cumplimiento del contrato cuando las partes del mismo no los hayan previsto en el momento de su celebración. Es decir, cuando lo declarado es insuficiente para reglar debidamente la relación es necesario llenar las lagunas que se revelan existentes en el negocio¹⁹.

KÖTZ, H. señala que, en muchas ocasiones, las razones que explican el carácter incompleto de los contratos son puramente económicas: las negociaciones largas en las que se invierte tiempo y dinero para prever todas las consecuencias que pueden derivarse del contrato sólo se justifican cuando en la contratación están en juego sumas muy elevadas, lo que lleva a las partes a prever una detallada regulación contractual mediante un clausulado relativamente completo²⁰.

En realidad, aunque en sentido estricto la tarea de integración no es propiamente interpretación, y sólo se la considera como «afín» a ella, cuando se trata de resolver una controversia sobre los efectos de un contrato no puede prescindirse de ninguna de las dos. En los diferentes ámbitos en los que se han abordado tareas de armonización o aproximación de las legislaciones en materia contractual, por considerar que las normas de conflicto

¹⁹ DE CASTRO, *El negocio...*, cit. p. 73.

²⁰ KÖTZ, H., «Interpretation of contracts», traducción de Tony Weir de Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Vol. 1, 1996 Ch., en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., HONDIUS, E., JOUSTRA, C., DU PERRON, E., *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 1998, p. 268.

no aportan soluciones satisfactorias, se ha considerado precisa también la introducción de normas específicas sobre interpretación de los contratos. En ocasiones se contempla la integración del contrato junto a la interpretación, poniendo de relieve la estrecha conexión entre ambas tareas²¹. En otros textos, por el contrario, la única referencia a la integración del contrato aparece en sede de la regulación del «contenido» del contrato²².

Esto último es lo que sucede en el art. 32 del Código Europeo de Contratos, que regula las «cláusulas implícitas»:

²¹ Así, el art. 4.8 de los Principios de Unidroit se ocupa, dentro del Capítulo de interpretación, de la integración del contrato. En algunos casos en los que pueden existir lagunas, los Principios prevén una solución. Por ejemplo, sobre la calidad de la prestación (art. 5.6), sobre la determinación del precio (art. 5.7), sobre el plazo del cumplimiento (art. 6.1.1). Además, el art. 5.2 se ocupa expresamente, dentro del capítulo dedicado al «Contenido», de las obligaciones contractuales implícitas, que nacen de la finalidad y naturaleza del contrato, de las prácticas establecidas entre las partes y los usos, de la buena fe y la lealtad comercial y del sentido común. Para cuando la aplicación de estas reglas no provean una solución apropiada a las circunstancias del caso, los Principios prevén en el art. 4.8, dentro del capítulo dedicado a la «Interpretación», la integración del contrato «con aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias, teniendo en cuenta, entre otros factores, la intención de las partes, la naturaleza del contrato, la buena fe y la lealtad comercial y el sentido común» (BONELL, M. J., «Interpretación», en UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, traducción española de A. M. Garro, UNIDROIT, Roma, 1995, p. 105).

²² Así, por ejemplo, en el Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (Instrumento de ratificación de 24 de julio de 1990, E n° 26, de 30 de enero de 1991), en artículos separados, dentro de las «Disposiciones generales» se regula la interpretación (art. 8) y la integración (art. 9.2: a través de los usos). El Capítulo 5 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se ocupa de la interpretación de los contratos, y es en el Capítulo 6, sobre «Contenido y efectos» del contrato donde, además de las reglas de integración particulares (art. 6:104, para el precio; art. 6:108, para la calidad de la ejecución), se encuentra una cláusula general sobre «términos implícitos» (art. 6:102), conforme a la cual, «junto a las cláusulas expresas un contrato pueden contener cláusulas implícitas que derivan de: a) la intención de las partes; b) la naturaleza y el objeto del contrato; c) y la buena fe» (v. LANDO, O.-BEALE, H., eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000. Se sigue aquí la traducción de P. Barrés Benlloch y F. Martínez Sanz, recogida en R. SCHULZE, R. ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho Privado Europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de E. Arroyo i Amayuelas*).

«Art. 32²³».

Cláusulas implícitas

1. Junto a las cláusulas expresas, forman parte del contenido del contrato aquéllas:

a) que vienen impuestas por este Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, incluso sustituyendo a las cláusulas contrarias introducidas por las partes;

b) que se derivan del deber de buena fe;

c) que deben considerarse tácitamente queridas por las partes conforme a sus relaciones negociales anteriores, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales;

d) que deben considerarse necesarias para que el contrato produzca los efectos queridos por las partes.

2. Sin perjuicio de lo previsto por las disposiciones que regulan la forma de los contratos, las declaraciones efectuadas por cada una de las partes en el transcurso de los tratos preliminares o en el momento de la celebración del contrato, a propósito de una situación o una expectativa de hecho o de derecho, en relación con los sujetos, el contenido o los fines del contrato, tienen efecto entre las partes en la medida en que sean coherentes con el texto del contrato y puedan haber determinado el acuerdo; queda a salvo la facultad de las partes de acogerse a lo dispuesto por los arts. 151 y 157.

3. En los contratos internacionales-intercontinentales se presume, salvo pacto en contrario, que las partes han considerado implícitamente aplicable a la relación creada la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo

²³ Traducción de M. Salanova en «La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos», *Revista jurídica del Notariado*, n° 44, 2002. También en Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Colección Portable. Santa Fe de Bogotá, DC, 2004.

tipo en el mismo sector comercial y que ellos conocen, o se supone que conocen o deben conocer.»

Las cláusulas implícitas regulan el contenido del contrato aunque no hayan sido expresamente previstas por las partes cuando deriven de la buena fe, o hayan de considerarse como tácitamente queridas por las partes a la vista de las relaciones contractuales previas entre ellas, los tratos previos, las circunstancias o las costumbres generales o locales. Se trata de una integración más amplia que la que resulta de la existencia de lagunas en el contrato, pues estas cláusulas se integran como contenido contractual con independencia de que pueda considerarse que las partes han omitido una previsión sobre determinado aspecto contractual, es decir, aunque no pueda entenderse que existe una laguna contractual.

Como advierte el profesor J. L. de los Mozos²⁴, el Proyecto de Pavía respeta la separación de las reglas de interpretación e integración de los contratos y tampoco mezcla las reglas de interpretación con las «correctoras del contenido del negocio» que tienen su fundamento, en última instancia, en los límites impuestos a la autonomía privada (art. 2.1).

En el debate del Proyecto, los Académicos mantuvieron opiniones distintas acerca de la oportunidad de incluir reglas sobre la interpretación integradora²⁵. La autointegración o interpretación integradora consiste en reconstruir la regla contractual y rellenar las lagunas que el contrato presente de acuerdo con lo que los mismos contratantes hubieran pactado, conforme a su hipotética voluntad.

En Derecho español, la doctrina mayoritaria niega que sea posible la autointegración, por entender que supone una aplicación analógica del contrato que, permitida en la aplicación de la

²⁴ «Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea», *cit.*, pp. 2663-2676.

²⁵ «Code européen des contrats»: p. 84, grupo inglés, p. 86, Antunes Varela, p. 87, Stranard, en contra; p. 86, De los Mozos, a favor.

ley (art. 4 Cc.), está en cambio vedada para los contratos por el art. 1.283 Cc. (Lasarte, López y López, García Amigó, Gil Rodríguez)²⁶. Sin embargo, un autorizado sector de la doctrina ha defendido que, antes de integrar el contrato a través de las vías previstas en el art. 1.258 Cc., es preciso acudir a la autointegración (con planteamientos no siempre coincidentes, Jordano Barea y Vattier).

Desde este punto de vista, la solución del Proyecto de Pavía ha sido muy criticada entre nosotros por Vattier, para quien es un defecto del Proyecto el que haya desaparecido la interpretación integradora y que la buena fe y los usos sólo jueguen para integrar el contrato²⁷.

PARTE SEGUNDA. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN

4. EL TÍTULO V DEL LIBRO I DEL PROYECTO DE PAVÍA

El Título V del Libro I se refiere a la «interpretación del contrato», y está integrado por tres artículos: el art. 39, que lleva como rúbrica *analyse du texte contractuel et évaluation des éléments extrinsèques à l'acte*, y los arts. 40 y 41 que regulan, respectivamente, las *expressions ambiguës* y las *expressions obscures*.

Apenas difieren las dos traducciones publicadas.

La del profesor de los Mozos es la siguiente²⁸:

«Artículo 39

Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto

1. Cuando las declaraciones contractuales son de tal naturaleza que revelan de manera clara y unívoca la intención de

²⁶ Por otra parte, los ejemplos propuestos de autointegración, son reconducibles fácilmente a la integración por aplicación de los criterios que establece el art. 1.258: buena fe, usos o ley. De hecho, la interpretación integradora es una construcción de la doctrina alemana, donde no existe un precepto equivalente a nuestro art. 1.258 (García Amigó).

²⁷ C. VATTIER, «Interpretación del contrato», cit., pp. 252 y 262.

²⁸ En su trabajo citado.

los contratantes, el contenido del contrato debe ser deducido en su sentido literal, teniendo en cuenta el contenido contractual en su conjunto y en concordancia con las diferentes cláusulas interpretando las unas por las otras.

2. En lugar del sentido común de los términos utilizados, es el sentido que los contratantes han expresamente declarado quererles atribuir lo que prevalece, o en su defecto, la acepción técnica o en vigor en los usos y costumbres mercantiles que sean conforme a la naturaleza del contrato.

3. Siempre que el examen del texto contractual suscite dudas que no sean susceptibles de ser superadas por una evaluación global del mismo, hecha respecto de las declaraciones o de los comportamientos de las partes, aun posteriores a la estipulación del contrato pero en una cierta manera compatibles con su texto, este último debe ser interpretado conforme a la intención común de los contratantes, que se obtendrá asimismo recurriendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes.

4. En cualquier caso, la interpretación del contrato no debe llevar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al buen sentido.

Artículo 40

Expresiones ambiguas

1. Cuando, a pesar de la evaluación efectuada en virtud del párrafo tercero del artículo 39, no es posible atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se observarán, por su orden, las disposiciones siguientes:

2. En la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben ser interpretadas en el sentido que les confiera algún efecto, más que en el que se lo impida producir.

3. Las cláusulas predispuestas por uno de los contratantes y que no han sido objeto de negociación se interpretan, en la duda, contra su autor.

Artículo 41.

Expresiones oscuras

Cuando, a pesar de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos precedentes, el contrato permanece oscuro, debe ser interpretado, si es a título gratuito, en el sentido menos gravoso para el que se obliga y, si es a título oneroso, en el sentido que el mejor realice una composición equitativa de los intereses de las partes».

La traducción de Marta Salanova²⁹ es la siguiente:

«Art. 39.

Análisis del texto contractual y valoración de los elementos extrínsecos

1. Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste, considerando el texto contractual en su conjunto y relacionando sus distintas cláusulas las unas con las otras.

2. Los términos empleados en el contrato se interpretarán conforme al sentido concreto que las partes expresamente les han atribuido o, en su defecto, conforme al significado técnico o habitual según los usos y costumbres mercantiles que se adecue a la naturaleza del contrato, prevaleciendo dichos significados sobre el que ordinariamente corresponde al término en cuestión.

3. Cuando el texto contractual suscite dudas que no puedan resolverse mediante una consideración global del mismo, ni recurriendo a las declaraciones y actos de las partes, aun posteriores a la conclusión del contrato, que sean coherentes con el texto del contrato, éste último se interpretará conforme

²⁹ Vid. en «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», cit.

a la intención común de las partes, deducida igualmente atendiendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes.

4. En todo caso, la interpretación del contrato no debe conducir a un resultado contrario a la buena fe o al buen sentido.
Artículo 40.

Expresiones ambiguas

1. Cuando, a pesar de lo previsto en el apartado 3 del art. 39, no sea posible atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se observará, por su orden, lo previsto en las disposiciones siguientes.

2. En caso de duda, en la interpretación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas individuales prevalecerá el sentido que les permita surtir algún efecto sobre el que les impida producirlo.

3. En caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor.

Art. 41.

Expresiones oscuras

Cuando, a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores, persistan las dudas, si el contrato es a título gratuito se interpretará en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca una ajuste equitativo de los intereses de las partes».

5. APROXIMACIÓN AL SENTIDO GENERAL DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN

La interpretación aparece concebida en el Proyecto de Pavía como un instrumento dirigido a determinar el contenido del contrato, para lo que debe atenderse de manera prioritaria a la intención de los contratantes: debe entenderse que se trata de la inten-

ción común, bilateral de ambos contratantes. Las continuas referencias al «texto del contrato» revela que estas disposiciones sólo son aplicables a los contratos escritos.

El punto de partida de la interpretación del contrato debe ser su tenor literal, siempre que las declaraciones de voluntad revelen, de manera clara y unívoca, la intención de los contratantes (art. 39.1)³⁰. El tenor literal de las declaraciones contractuales no se identifica, sin embargo, con una interpretación meramente gramatical de las palabras empleadas, sino que debe tenerse en cuenta el «texto del contrato» en su conjunto y coordinando las diferentes cláusulas del contrato. Se proclama de esta manera un principio de interpretación sistemática, dando por supuesto que la intención de los contratantes es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye.

La preferencia por la intención común de los contratantes queda recogida también en la regla que establece la prevalencia del sentido que las partes hayan querido atribuir expresamente a los términos empleados, y que prevalecerá sobre su sentido habitual. En defecto de una declaración común sobre el sentido que debe otorgarse a los términos empleados, el Proyecto de Pavía opta por una interpretación objetiva de los mismos: la que se corresponda con la acepción técnica o con la que esté en vigor en los usos o las costumbres comerciales y sea conforme a la naturaleza del contrato (art. 39.2). Se trata, pues, de los casos en que «los términos utilizados» (una palabra, o una frase, o una cláusula) tengan distintos significados.

³⁰ El fundamento de la regla es el que refleja el aforismo *in claris non fit interpretatio*: impedir que ante un texto claro se susciten cuestiones litigiosas de modo artificial con el pretexto de la interpretación. Lo normal será que los términos claros de un contrato correspondan a lo querido por los contratantes: la interpretación debe realizarse dando por supuesto que las declaraciones contractuales expresan la voluntad contractual. La regla debe entenderse, por tanto, como presunción en favor del sentido literal, al igual que sucede con el art. 1281 CC español, porque para establecer que las declaraciones contractuales revelan de manera clara e inequívoca la intención de los contratantes ya se necesita una actividad interpretativa.

Cuando el texto contractual plantee dudas de interpretación, deben intentar solucionarse mediante una evaluación global del mismo, en relación con declaraciones y comportamientos de las partes, incluso posteriores a la celebración del contrato —luego también deben tenerse en cuenta los actos anteriores—, pero que de alguna manera sean compatibles con el texto del mismo. Cuando las dudas no puedan superarse de esta forma, el texto debe interpretarse «conforme a la intención común de los contratantes, que igualmente se obtendrá recurriendo a elementos extrínsecos que hayan sido tratados por las partes» (art. 39.3).

El art. 39.4 contiene una referencia a la buena fe y al buen sentido como límites que debe tener en cuenta el intérprete del contrato. La buena fe y el buen sentido no son directamente un instrumento para buscar la verdadera voluntad de las partes, pero excluyen los resultados contrarios a estos cánones. El Proyecto de Pavía recoge una regla de carácter general que en cada caso debe concretarse rechazando una interpretación contraria a la confianza que cada una de las partes haya podido poner objetivamente en las declaraciones de la otra parte y en el alcance de las propias. No es que la buena fe o el buen sentido sirvan de manera directa para averiguar la intención común de los contratantes, pero sí para rechazar una interpretación que conduzca a resultados contrarios a la lealtad, la razonabilidad y la corrección que objetivamente deben darse en las relaciones contractuales.

Para los casos en que no haya sido posible, con arreglo a los criterios anteriores, atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se aplican de manera subsidiaria las reglas contenidas en los arts. 40 y 41:

1) En primer lugar, y conforme al art. 40.2, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto. El supuesto de hecho de la norma consiste en una cláusula ambigua en modo tal que permite una interpretación que la vacía de contenido frente a otra que le hace producir efectos. Se trata de una norma de inter-

pretación objetiva que intenta evitar las interpretaciones baldías e ilusorias, pero sin imponer un determinado sentido. El art. 40.2 no debe interpretarse en el sentido de que deba buscarse el máximo efecto al contrato. Hasta el punto de que el propio Proyecto de Pavía consagra la regla contraria para los contratos a título gratuito en el art. 41, al que nos referimos luego.

El principio de conservación del contrato que inspira el art. 40.2 no salva la ineficacia de las cláusulas que adolezcan de algún vicio o defecto o que, interpretada con arreglo a los demás criterios de interpretación, sean nulas³¹.

2) En segundo lugar, y conforme al art. 40.3 del Código, las cláusulas preparadas por uno de los contratantes y que no hayan sido objeto de negociación, en caso de duda, se interpretan en contra de su autor.

Finalmente, el art. 41 del Proyecto de Pavía establece unas reglas de interpretación para «cuando a pesar de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos anteriores, el contrato siga siendo oscuro». Se trata, por tanto, de una regla de cierre de aplicación subsidiaria que no es aplicable cuando puede averiguarse la intención común de las partes por aplicación de otros criterios de interpretación. Conforme a este precepto, si el contrato fuera gratuito, las dudas se resolverán «en el sentido menos severo para el obligado» («en favor de la menor transmisión de derechos e intereses», cfr. art. 1289 CC español). La regla debe considerarse una manifestación del principio *favor debitoris* y refleja un recelo ante las atribuciones sin contraprestación. Si el contrato fuere one-

³¹ Otra cosa es que el propio Código europeo contemple la posibilidad de conversión del contrato en el art. 145, al establecer que «Con independencia de lo dispuesto en los artículos 40, apartado 2 y 143, apartado 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes». Es decir, que si el contenido de una cláusula o del contrato es contrario a una norma imperativa o prohibitiva que determina su nulidad, no puede salvarse mediante la interpretación su validez, sin perjuicio de que, concurriendo los presupuestos del art. 145, tenga lugar la conversión en un contrato distinto.

roso, las dudas deben resolverse en el sentido que logre «un ajustement équitable» de los intereses de las partes («en favor de la mayor reciprocidad de intereses», cfr. art. 1289 CC español), es decir, en favor de la mayor conmutatividad o equilibrio de las prestaciones.

6. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL CONTENIDO DE LAS REGLAS DEL ANTEPROYECTO

Tras recoger la opinión de los Académicos, Gandolfi expone «las razones que justifican el contenido de las reglas del anteproyecto». Su opinión vale como «interpretación auténtica» del Proyecto de Pavía, y es la que, a continuación, exponemos en este apartado.

El art. 39.1, explica Gandolfi, es conforme no sólo a la regla fundamental del Derecho inglés y al art. 1.281 Cc español, sino también a una orientación ampliamente difundida en las jurisprudencias europeas. Tiene en cuenta, además, las propuestas formuladas por los Académicos.

Al igual que el primer apartado, el segundo se inspira, añade Gandolfi, en el contenido del art. 111 del *Contr. Code*, y tiene en cuenta además sugerencias específicas de algunos Académicos.

El apartado 3 es conforme a un criterio que, de manera subsidiaria, es seguido en Derecho inglés e igualmente está presente en el segundo párrafo del art. 1.281 Cc español (debemos entender que se trata del 1.282), teniendo en cuenta la prioridad atribuida por el apartado 1 al texto del contrato. Todo ello se considera conforme con las exigencias de la buena fe. Así, se considera a los elementos extratextuales este valor «heurístico», instrumental, que la jurisprudencia del continente, y en particular en Italia, considera que se puede atribuir a los trabajos preparatorios en la interpretación de la ley. No se les puede atribuir una importancia decisiva si no encuentran un eco en el texto de la ley. De esta forma, se tiene también en cuenta la idea seguida en Inglaterra,

donde no es necesario evaluar ni los trabajos preparatorios de las leyes ni las minutas precontractuales, porque se considera que no deben proporcionar la menor ayuda. En efecto, si los términos utilizados con anterioridad son idénticos a los empleados en el contrato definitivo (o en el texto legislativo), su falta de importancia es manifiesta; si, en cambio, son diferentes, no pueden tomarse en consideración, porque se han expresado cuando el acuerdo todavía no había sido alcanzado o cuando el texto definitivo de la ley no había sido adoptado; de manera que la diferencia no puede significar un cambio de intención.

El último apartado del art. 39 quiere salvaguardar las exigencias de la buena fe, conforme a la idea de que los sistemas del *common law* tampoco pueden ignorar el criterio fundamental de la *reasonableness*.

El art. 40 enuncia en los apartados 2 y 3 dos reglas destinadas a superar la duda que nace de la presencia en el texto contractual de expresiones ambiguas, a causa de las cuales no ha sido posible deducir la intención efectiva y concreta de las partes. Se trata de dos criterios hermenéuticos de origen romano, a los que también se recurre ampliamente en los sistemas del *common law*.

El principio de la conservación (apartado 2) remonta al Derecho romano clásico, ya que hay varios testimonios que prescriben interpretar el texto contractual ambiguo «*ut res in tuto sit*». En varias sentencias inglesas también se aplica este criterio mediante el recurso a la antigua máxima «*verba ita sunt intelligenda ut res magi valeat quam pereat*».

El criterio de interpretación contra el autor de la cláusula procede de la «*interpretatio contra stipulatorem*» romana, que también era aplicable en la edad clásica para los contratos de compra y de venta y los contratos de locación, y encuentra eco en la «*interpretatio contra proferentem*» del Derecho inglés. En el anteproyecto no se ha adoptado la limitación contenida en el art. 1370 del Código italiano, que sólo permite la aplicación de este crite-

rio a las cláusulas insertas en condiciones generales del contrato o a los contratos tipo o los formularios preparados por uno de los contratantes. El criterio, por el contrario, se considera aplicable a toda cláusula preparada por uno de los contratantes que no ha sido objeto de negociación. Ello responde a la preocupación de formular una regla conforme a la que fue en su origen en la tradición clásica y a la que es de aplicación en el Derecho inglés, donde el criterio se reconduce al célebre texto de Papiniano, en el que se define como antiguo criterio según el cual, la oscuridad o la ambigüedad deben resolverse contra el vendedor «*in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*». En efecto, la ratio de tal principio, también en Derecho inglés, se relaciona con la carga de la parte que redacta el texto del contrato de formular las diferentes cláusulas de manera que aparezcan claras. De este presupuesto deontológico se deducirá que es justo que la ambigüedad se resuelva «*against the interests of the person responsible for drafting the terms*». Subsiste además la presunción de que el que redacta una cláusula ambigua cuenta con la posibilidad de que el tribunal descubra en ella algo diferente de lo que las partes habían pensado y, naturalmente, algo de «*more to his advantage*». En fin, la regla tercera se concibe de tal manera que pueda tener en cuenta las aplicaciones del criterio en la Directiva 93/13 sobre consumidores, en la que únicamente se exige que la cláusula abusiva no haya sido objeto de negociación.

El art. 41 del anteproyecto se inspira en el concepto de que, en la medida de lo posible, hay que salvaguardar el texto contractual. Pretende, en suma, superar la orientación adoptada por el *common law*, según la cual, los tribunales ingleses no se arrojan el poder de conferir sentido al contrato, sustituyendo a las partes allí donde han sido «*too lazy*» en el momento en que hubieron debido declarar sus compromisos recíprocos, aplicando así rigurosamente el criterio de la autorresponsabilidad privada. El art. 41, en cambio, recurre al principio tradicional del *favor debitoris* para los contratos gratuitos y al criterio de la equidad para los contratos onerosos.

7. LA VOLUNTAD COMÚN DE LAS PARTES O LA VOLUNTAD DE QUIEN FORMULA LA OFERTA DEL CONTRATO

Varios Académicos se manifestaron en el debate a favor de que se interprete la declaración de quien hace la oferta, pero esta opinión es rechazada por Gandolfi, que recuerda la necesidad de tener presente que el contrato es un acuerdo, un concurso de dos declaraciones de voluntad y que la aceptación debe coincidir con la oferta porque, si no concuerdan las dos declaraciones no hay contrato³². Esta misma opinión fue defendida por algunos Académicos en sus informes individuales. Así, por De los Mozos y por García Cantero³³.

Cian y Antunes Varela³⁴, recordando la solución consagrada por el art. 8 de la Convención de Viena sobre venta de bienes muebles, insisten en que debe partirse de la declaración del autor de la oferta³⁵. Si la aceptación no coincide con la oferta no hay

³² «Code Européen des Contracts», cit., p. 179.

³³ «Code Européen des Contracts», cit., pp. 86 y 87.

³⁴ «Code Européen des Contracts», cit., pp. 176 y 178.

³⁵ Art. 8: «1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

El texto hace referencia a las declaraciones y otros actos «de una parte» como objeto de interpretación, y no a la «intención común» de las partes contratantes, lo que se ha justificado en el hecho de que el ámbito de aplicación de la regla es muy amplio, y no se limita sólo a la interpretación del contrato: también se aplica a las declaraciones y actos realizados durante la fase de negociación del contrato (oferta, aceptación, revocación de la oferta, rechazo de una oferta), con el fin de determinar, en primer lugar, si el contrato ha sido concluido; asimismo, es aplicable en la interpretación de actos posteriores a la perfección del contrato (modificación, notificación de que los bienes son defectuosos) que, de acuerdo con otros preceptos de la propia Convención, tienen efectos jurídicos y pueden plantear importantes problemas de interpretación. En este sentido, HONNOLD, J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 2nd. Edition, Kluwer Law and Tax-

contrato, y de ahí la necesidad, para interpretar, de atender a la voluntad de quien toma la iniciativa. Para estos autores no debe pretenderse buscar el sentido global del contrato porque, de hecho, si las dos partes están de acuerdo sobre ese sentido común no se plantean problemas de interpretación.

Entre nosotros, es tradicional la postura que trata de buscar el sentido global del contrato. Angel López ha criticado la reducción del material hermenéutico a las declaraciones unilaterales de voluntad y ha puesto de relieve que, en realidad, el texto de la Convención de Viena debe ser interpretado en el sentido de señalar como finalidad del proceso interpretativo el establecimiento de la voluntad real de cada contraparte («intención»), pero excluyendo para ese establecimiento una indagación psicológica interna, buscando el dato de la relevancia hermenéutica en el conocimiento de aquella intención por la contraparte, al que se asimila el hecho de que ésta «no haya podido ignorar cuál era esa intención»³⁶.

En nuestra opinión, la actitud ante esta cuestión previa condiciona decisiones posteriores en sede de interpretación. Porque, en efecto, la interpretación de cada una de las declaraciones de voluntad pretende, en primer lugar, determinar si existe o no el contrato, por coincidir la oferta y la aceptación. Producida la aceptación, si ésta se limita a declarar que quiere contratar, que acepta la oferta, es ésta la declaración relevante. Pero, sobre todo, tiene más sentido entonces aceptar algunos criterios de interpre-

tion Publishers, Deventer, Boston, 1991, p. 162; FARNSWORTH, E. A., «Article 8», cit., p. 98; también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA L. y CALVO CARAVACA, A.-L., «El contrato de compraventa internacional de mercancías», en *Contratos internacionales*, Fernández de la Gándara L. y Calvo Caravaca, A.-L. directores, Tecnos, Madrid, 1997, p. 198.

Pero, además, lo cierto es que el texto de la Convención enlaza con una idea de pensamiento de concepción del contrato conforme a la cual no existe una «intención común», que obligaría a una indagación psicológica interna de las voluntades, que se juzga inadmisibles, sino únicamente voluntades unilaterales (promesa y contrapromesa) entrelazadas por la vía de la *consideration* (V. HONNOLD, J. O., *Uniform Law...*, cit., p. 163).

³⁶ V. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Artículo 8», en *La compraventa internacional de mercancías. Comentario de la Convención de Viena*, dirección y coordinación L. Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid, 1989, p. 114 y p. 120.

tación que no son habituales entre nosotros como sucede, por ejemplo, con el de la razonabilidad, es decir, cómo es interpretada cierta declaración por una persona razonable, que es el baremo de protección que se puede dispensar al aceptante de la oferta.

8. CRÍTICA A LA PREFERENCIA POR EL TENOR LITERAL

Las distintas opiniones de los Académicos acerca de la preferencia del tenor literal aparece estrechamente vinculada a la cuestión de la interpretación objetiva y subjetiva. Quienes defienden una interpretación subjetiva otorgan preferencia al tenor literal, mientras que quienes se inclinan por una interpretación objetiva critican tal preferencia.

Por otra parte, en el debate producido en este punto está presente la opción efectuada en otros textos de ámbito internacional, en particular, lo dispuesto en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit)³⁷ y en los Princi-

³⁷ El Capítulo 4 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Unidroit) se ocupa de la interpretación. Se sigue aquí el Texto oficial en castellano publicado por UNIDROIT, suplemento, 1994, *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*. Un comentario sobre las reglas de interpretación, comparando su régimen con el Derecho español y con propuestas de enmienda en CLAVERO TRINERO, M., «Interpretación», en D. Morán Bovio, coordinador, *Comentario a los principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 225 y ss. La regla general es la de que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes (art. 4.1): preferencia de la voluntad real sobre el tenor literal. Pero, como se advierte en los Comentarios a los Principios, la importancia de este principio no debe sobreestimarse en la práctica, porque lo habitual es que las partes del contrato recojan esa voluntad común en los términos empleados, y será difícil probar que la voluntad común real es otra de la que resulta del texto del contrato (BONELL, M. J., «Interpretación», cit., p. 95). Cuando dicha interpretación común no pueda establecerse, «el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias» (art. 4.2). El criterio de la «sensatez» o la «razonabilidad» —de interpretación objetiva— no es general o abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato (BONELL, M. J., «Interpretación», cit., p. 96).

pios de Derecho Europeo de los Contratos³⁸, que expresan la regla de la preferencia de la voluntad real de las partes sobre el tenor literal.

Así, Antunes Varela³⁹, que insistió en la necesidad de atender a la voluntad real de quien hace la oferta, defendió también en los debates producidos entre los Académicos en torno a las reglas de interpretación del Proyecto de Pavía que consagrar la preferencia por el tenor literal del contrato supone, en materia de interpretación, un paso atrás. A su juicio, puesto que los problemas de interpretación sólo se producen cuando las partes no están de acuerdo, carece de sentido tratar de buscar un sentido global

³⁸ El Capítulo 5 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos se ocupa de la interpretación de los contratos (LANDO, O-BEALE, H., eds., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000). Puede observarse que en las reglas de interpretación de los Principios hay una clara influencia de las previstas en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y en los Principios de Unidroit sobre contratos internacionales: «a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares. b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato. c) La naturaleza y objeto del contrato. d) La interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas. e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares. f) Los usos. g) Las exigencias de la buena fe».

Se establece, en definitiva, que los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el tenor literal de las palabras utilizadas. Se trata de una regla de interpretación subjetiva que muestra una preferencia de la voluntad real común sobre la declarada. Si se demuestra que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podía ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera: la intención relevante es la común de las partes, pero la intención unilateral de una de ellas es la relevante cuando, debiendo ser conocida por la otra parte, no se opuso a ella (art. 5:101). Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados 1 y 2, el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias: criterio objetivo de interpretación, en defecto del criterio subjetivo. El art. 5:102 complementa lo dispuesto en el art. 5:101, porque, para interpretar el contrato, tanto cuando se trata de averiguar la voluntad común como lo que una persona razonable hubiera interpretado, deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias relevantes, en particular las que el art. 5:102 enumera de una manera ejemplificativa.

³⁹ «Code Européen des Contrats», pp. 85, 178 y 181.

del contrato que, teóricamente, se refleja en el tenor literal del contrato.

Gandolfi⁴⁰, en favor de la preferencia por el tenor literal, expresó la opinión de que tal es la solución normativa que tutela a las partes y a los terceros, protegiéndoles de maniobras insidiosas. Advierte cómo, si el texto de las declaraciones es claro y no plantea dudas, la interpretación literal garantiza la estabilidad de las relaciones. A su juicio, además, la interpretación conforme a la buena fe no conduce a un resultado diferente del que resulta del tenor literal de las declaraciones emitidas libremente y que no suscitan dudas, por lo que habrán generado una confianza a la que se tiende a proteger, precisamente, mediante la buena fe en sentido objetivo.

A favor de la interpretación literal, Vigneron⁴¹ expuso, además, el argumento de que se trata de desincentivar a las partes de promover un proceso sobre la interpretación de un contrato cuyo tenor es claro.

En la doctrina española ha sido Vattier quien, de una manera rotunda, ha criticado la preferencia por el tenor literal del Proyecto de Pavía⁴². Este autor advierte: que no debe otorgarse preferencia al tenor literal cuando éste es abiertamente contradictorio con la intención de los contratantes; que este canon hermenéutico es de escasa utilidad, ya que los problemas interpretativos se plantean habitualmente porque el tenor literal admite dudas interpretativas; que esta regla no se puede aplicar ni a los contratos verbales, ni a los contratos con condiciones generales ni a los contratos electrónicos. Por ello, considera preferible el canon objetivo del hombre razonable: con apoyo en la buena fe, el acento se desplaza al sentido que habrían querido darle al contrato perso-

⁴⁰ «Code Européen des Contrats», cit., pp. 182 y 183.

⁴¹ «Code Européen des Contrats», cit., p. 183.

⁴² C. VATTIER, «Interpretación del contrato», cit., pp. 254 a 257.

nas prudentes, razonables u honestas de la misma condición de las partes.

9. LA BUENA FE Y LOS USOS

Las opiniones de los Académicos sobre el papel de la buena fe en sede interpretativa no ha sido uniforme. El grupo español, admitiendo que nuestro Código sólo recoge expresamente el papel de la buena fe para integrar el contrato (art. 1258) se manifestó a favor de la inclusión de una regla que reconociera el papel de la buena fe en sede interpretativa⁴³. Algunos Académicos, defendieron que debía invocarse el principio de la buena fe como regla preferente al tenor literal⁴⁴. Por su parte, Antunes Varela⁴⁵ se manifestó partidario de que la buena fe juegue sólo como criterio de integración, después de interpretar la voluntad de las partes, es decir, después de averiguar lo que las partes han querido, única meta de la interpretación.

En el Proyecto de Pavía, la buena fe es invocada en diversos lugares: la parte que actúa contra la buena fe en tratos preliminares responde de la ruptura del contrato (art. 6); existe obligación de indemnizar cuando, faltando a la buena fe en los tratos preliminares, se incumple el deber de veraz información (art. 7); la buena fe integra el contrato (art. 32); la buena fe y el buen sentido juegan como límite a la interpretación del contrato (art. 39.4); la buena fe puede hacer nacer efectos no pactados en el contrato (art. 44).

En el art. 39.4 se recoge la buena fe, más que como un criterio interpretativo, como un criterio corrector o moderador del principio de interpretación literal. En este sentido entendía Bianca que el art. 39.4 resultaba preciso en el articulado del Proyecto⁴⁶. Para

⁴³ «Code Européen des Contrats», cit., p. 85.

⁴⁴ «Code Européen des Contrats», cit., p. 86, que recoge la opinión de Daskarulis.

⁴⁵ «Code Européen des Contrats», cit., p. 178.

⁴⁶ «Code Européen des Contrats», cit., p. 185.

Vattier, sin embargo, este papel indirecto de la buena fe en la interpretación y la eliminación como canon autónomo de interpretación resulta criticable⁴⁷.

Lo cierto es que en el debate de los Académicos, la discusión en torno a la buena fe se centró sobre todo en su relación con la interpretación literal. Ya nos hemos referido antes a la opinión de Gandolfi acerca de la relación entre la interpretación literal y la buena fe.

Más particularmente, Sortais⁴⁸ planteó los supuestos en los que una parte del contrato (el vendedor) envía a la otra parte un documento, en el que se incluyen todas las características del producto, precio, plazo de entrega, etc., si bien toma la precaución de escribir expresamente que tal documento no tiene valor contractual. Surgida una diferencia interpretativa del contrato, ¿debe imponerse una interpretación conforme a la buena fe para interpretar el contrato?

En nuestra opinión, en estos casos, el problema no es de interpretación, sino de determinación del contenido del contrato, que debe resolverse mediante reglas diferentes de las interpretativas. Gandolfi, sin embargo, para responder en el debate a Sortais insiste en el papel hermenéutico de la buena fe (y de la *reasonableness* del *common law*) para concluir que en casos de existencia de otros documentos diferentes del contrato debe excluirse una interpretación que permita a una de las partes obtener injustamente una ventaja⁴⁹.

Por lo que se refiere al papel de los usos, el Proyecto de Pavía los invoca como pauta que los contratantes deben adoptar en los tratos preliminares en el comercio internacional o intercontinental (art. 10); los usos pueden provocar el nacimiento de efectos no pactados en el contrato (art. 44).

⁴⁷ C. VATTIER, «Interpretación del contrato», cit., p. 262.

⁴⁸ «Code Européen des Contrats», cit., p. 182.

⁴⁹ «Code Européen des Contrats», cit., p. 183.

El art. 39.2 invoca los usos en sede interpretativa, de modo semejante a lo que sucede en Derecho español⁵⁰ y en otros textos con vocación supranacional, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías⁵¹, o con los Principios de Derecho Europeo de los Contratos⁵².

En efecto, ya hemos explicado cómo, en defecto de una declaración común sobre el sentido que debe otorgarse a los términos empleados, el Código europeo de contratos opta por la interpretación que se corresponda con la acepción técnica o con la que esté en vigor en los usos o las costumbres comerciales y sea conforme a la naturaleza del contrato (art. 39.2). Se trata, pues, de los casos en que «los términos utilizados» (una palabra, o una

⁵⁰ Según el art. 1.287 del Código civil: «El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse». La primera parte del art. 1.287 contiene una regla de interpretación, mientras que la segunda se refiere a la integración del contrato.

Por lo que interesa ahora, la primera parte del precepto atribuye a los usos del tráfico o usos de los negocios, es decir, al modo común o usual de comportarse o de entender las palabras una función interpretativa. Por ejemplo, si se emplean expresiones relativas a medidas, peso, valor o, superficie o distancia, habrá que entenderlas en su sentido usual.

La aplicación de los usos en función interpretativa presupone que la ambigüedad del contrato no ha podido resolverse averiguando cuál era la intención real de las partes. En cambio, no presupone que las partes conocieran la existencia del uso (López y López, Jordano Barea, Gil Rodríguez).

Frente a esta postura, mantuvo De Castro (a quien sigue Díez-Picazo) que los usos en función de interpretación sólo tienen valor como parte de la voluntad de los contratantes, por lo que su utilización habría de quedar excluida probando que las partes no lo conocían. Esta opinión, en realidad, priva a la regla contenida en la primera parte del art. 1.287 de un sentido propio, al atribuirle el carácter de interpretación subjetiva: el resultado alcanzado se podría alcanzar por aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.281 y 1.282 Cc.

⁵¹ Cuyo art. 8.3 contiene una serie de reglas auxiliares para la interpretación. Se trata de una lista no exhaustiva de circunstancias que deben tenerse en cuenta para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado a la declaración una persona razonable. Entre otras circunstancias, el art. 8.3 menciona las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

⁵² El art. 5:102 menciona como circunstancias relevantes, de una manera ejemplificativa, «e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que habrían podido recibir con anterioridad cláusulas similares. f) Los usos».

frase, o una cláusula) tenga distintos significados. Por consiguiente, la interpretación objetiva supone que debe escogerse el que resulte más adecuado a la finalidad perseguida por el contrato, teniendo en cuenta el tipo genérico al que el contrato pertenece. El punto de referencia será, entonces, el sector técnico al que se refiera el objeto del contrato o lo que usualmente se entienda en el ámbito profesional o comercial en ese tipo de contratos. De esta forma, el Proyecto de Pavía recoge una aplicación de los usos y costumbres comerciales en función interpretativa⁵³.

10. ELEMENTOS EXTRÍNSECOS

Para averiguar la voluntad verdadera, el art. 39.3 del Proyecto de Pavía manda tener en cuenta toda la conducta expresiva o significativa de las partes, desde los tratos preliminares, hasta los actos ejecutivos, pasando por el entorno del contrato, formado por la singular conducta de las partes. Los antecedentes del contrato, la manera como el contrato fue celebrado (trabajos preparatorios) y la conducta seguida por las partes en la ejecución del contrato son reclamados, en primer lugar, para realizar una evaluación global del texto del contrato y, además, para averiguar la intención de los contratantes cuando el texto siga ofreciendo dudas de interpretación.

Del texto del art. 39.3 del Proyecto resulta que el comportamiento de las partes como elemento interpretativo del contrato sólo puede jugar cuando sea coherente con el texto del contrato. Esta formulación, conforme con la idea expuesta por Gandolfi de que debe otorgarse poca importancia a las minutas precontractuales⁵⁴, ha sido duramente criticada por Vattier, para quien el

⁵³ Vattier entiende, en cambio, que los usos carece de función interpretativa en el Proyecto de Pavía y propone una revisión del texto que consagre una norma según la cual, la *lex mercatoria* se entienda incorporada al contrato, a no ser que la aplicación de determinado uso al caso concreto no sea razonable (C. VATTIER, cit., «Interpretación del contrato», pp. 252 y 262).

⁵⁴ «Si los términos utilizados con anterioridad son idénticos a los empleados en el contrato definitivo (o en el texto legislativo), su falta de importancia es manifiesta; si, en

Proyecto de Pavía es muy restrictivo en el juego de los elementos extrínsecos en la labor interpretativa del contrato³⁵, a diferencia de lo que sucede en otros textos, donde se formulan con más amplitud (art. 5: 102 de los Principios Lando³⁶ y art. 4 de los Principios Unidroit³⁷).

Para el Derecho español, es verdad que el art. 1.282 del Código se limita a ordenar, «para juzgar de la intención de los contratantes», a atender «principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato», sin imponer restricción alguna. Pero la jurisprudencia suele mantener un criterio restrictivo, al sostener que, en todo caso, «los actos de los contratantes que han de servir para averiguar la voluntad verdadera han de ser clara e inequívocamente evidenciadores de ser ésta otra distinta que la declarada» (STS 10 febrero 1986).

cambio, son diferentes, no pueden tomarse en consideración, porque se han expresado cuando el acuerdo todavía no había sido alcanzado o cuando el texto definitivo de la ley no había sido adoptado; de manera que la diferencia no puede significar un cambio de intención».

³⁵ C. VARNER, «Interpretación del contrato», cit., pp. 257 y 258.

³⁶ «a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares. b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato. c) La naturaleza y objeto del contrato. d) La interpretación que las partes hubieran otorgado ya a cláusulas similares y las prácticas establecidas entre ellas. e) El sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares. f) Los usos. g) Las exigencias de la buena fe».

³⁷ Para determinar la intención o el sentido que darían a las declaraciones personas sensatas o razonables a que hacen referencia los arts. 4.1 y 4.2, deben tenerse en consideración «todas las circunstancias», incluidas: «a) las negociaciones previas entre las partes; b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; c) la conducta observada por las partes luego de celebrarse el contrato; d) la naturaleza y finalidad del contrato; e) el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y f) los usos». Se trata de una enumeración no exhaustiva de circunstancias aplicables tanto al criterio subjetivo previsto en el apartado 1 como al de sensatez o razonabilidad del apartado 2, aunque las previstas en las letras a), b) y c) pueden tener más sentido para el primero y las de las letras d), e) y f) más peso en el segundo. En este sentido, BONELLI, M. J., «Interpretación», cit., pp. 98 y 99.

La cuestión, por otra parte, está relacionada con las denominadas *merger clauses*, a través de las cuales las partes, para evitar el recurso a negociaciones previas o a presuntos acuerdos orales para desvirtuar el sentido del acuerdo alcanzado, declaran que en el escrito en el que están insertas se encuentran todas las obligaciones contractuales que median entre ellas⁵⁸. Dada la preferencia del Proyecto de Pavía por la interpretación literal, parece que debería admitirse su validez, conforme a lo previsto en el art. 39.1.

11. INTERPRETACIÓN CONTRA PROFERENTEM

Conforme al art. 40.3 del Proyecto de Pavía: «En caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor». También el art. 5:103 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos consagra la regla de interpretación *contra proferentem*⁵⁹.

⁵⁸ En particular, se ha discutido la compatibilidad del art. 8.3 Convenio de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías con estas cláusulas. Vid. las distintas opiniones y soluciones en FARNSWORTH, E. A., «Article 8», cit., p. 102; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA L. y CALVO CARAVACA, A. L., «El contrato de compraventa internacional de mercancías», cit., p. 199. Como señala A. LÓPEZ Y LÓPEZ no resulta fácil la solución. La amplitud de los medios recogidos en el art. 8.3 inclina a pensar que se han querido excluir tales cláusulas. Pero, por otra parte, por aplicación del art. 6 del Convenio, las partes pueden pactar la exclusión del art. 8.3 y, entonces, regiría el Derecho interno que resulte aplicable. En el caso del Derecho español estas cláusulas no son válidas, porque se considera que las normas de los arts. 1281 y 1282 del CC son inderogables, es decir, tienen naturaleza imperativa en el sentido de que no puede proporcionarse al juez reglas hermenéuticas contrarias a las previstas por el legislador, sin que ello suponga que las partes pierden el control sobre el contenido material del contrato (LÓPEZ Y LÓPEZ, A., «Artículo 8», cit., p. 118 y p. 129).

⁵⁹ «En caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto». El principio presupone: a) que el término es oscuro, que admite distintos sentidos: no se aplica, entonces, si el término es claro y de fácil comprensión; b) que no ha sido pactado libremente por las partes, sino propuesto por una de ellas. Se trata de la regla de la *interpretatio contra stipulatorem*, aplicación concreta del principio de la buena fe en la interpretación negociada: el fundamento último del art. 5:103, que recoge un principio procedente de la tradición romana, que se mantiene en el Derecho común, es el deber de hablar claro, con el fin de no lesionar la confianza de la contraparte.

El resultado de la aplicación de este criterio de interpretación no es sólo el de que no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad (cfr. art. 1288 CC español), sino que ha de perjudicar a la parte que la provocó. Seguramente, la explicación debe encontrarse en el hecho de que, generalmente, las cláusulas oscuras suelen admitir dos interpretaciones: una que perjudica al estipulante y favorece a su contraparte; y otra que beneficia al estipulante y perjudica a quien no es causante de la oscuridad.

Como recuerda el propio Gandolfi, el contenido del art. 40.3 del Proyecto de Pavía enlaza con el art. 5 de la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 5 de abril de 1993⁶⁰.

La regla de la interpretación *pro consumatore* supone una formulación específica de la tradicional regla *contra proferentem*. La regla presupone que la cláusula no es clara, que admite al menos dos interpretaciones, y que una de ellas es más favorable para el consumidor. Si el principio de buena fe, concretado en la exigencia de autorresponsabilidad obliga hablar claro, es lógico que el consumidor no se vea perjudicado por la oscuridad en el caso de cláusulas predisuestas, que no han sido negociadas por las partes, y en cuya conformación no ha participado el consumidor.

⁶⁰ «En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor». Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991; DÍAZ ALABART, S., «Artículo 6. Reglas de interpretación», en R. Bercovitz y otros, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Pamplona, 2000; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998. En la Propuesta modificada de 1992 se incluía otra regla de interpretación, la de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales que, finalmente, no pasó al texto definitivamente aprobado. Sobre ello, vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *ibid.*, p. 102.

CAPÍTULO VII
EFFECTOS DEL CONTRATO

Silvia GASPAR LERA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Consideraciones iniciales. II. Efectos del contrato entre las partes y frente a terceros. 1. Efectos convencionales. A. Modificación, renegociación y extinción del contrato. B. El derecho de desistimiento. 2. Los llamados efectos no pactados: la integración del contrato. 3. Efectos obligatorios del contrato. A. Preliminares. B. La obligación de entrega. C. Garantías del cumplimiento. D. La promesa del hecho de un tercero. 4. Efectos reales. A. Preliminares. B. Contratos sobre bienes muebles. C. Contratos sobre bienes inmuebles o muebles registrables. D. El riesgo de destrucción o deterioro de la cosa objeto del contrato. 5. Otros efectos del contrato. A. La enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de disfrute personal. B. El pacto de no enajenar y de no establecer precios diferentes. III. Efectos producidos por elementos accidentales. 1. Preliminares. 2. La condición. 3. El término. 4. El modo.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El presente comentario tiene por objeto el examen de los artículos 42 a 59 del anteproyecto de Código europeo de contratos; artículos que conforman el título VI del citado texto en el que se regulan "los efectos del contrato"¹. Los citados preceptos vie-

¹ Para el presente comentario de los artículos 42 a 59 del anteproyecto del Código europeo de contratos, además de las obras generales de referencia del Derecho español, se han consultado los siguientes trabajos específicos: *Code européen des contrats. Avant projet*, VV.AA., coordinados por Gandolfi, Milano (ediciones de 1998 y 2001); DE LA CUESTA SÁENZ, "Alternativas a la eficacia real del consentimiento contractual", en *Formadas sobre la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Comunidad europea* (Cáceres, 1993-1994), Universidad de Extremadura, 1995, en particular, pp. 27 a 36, y del mismo autor "Artículos 45 a 48 del Código europeo de contratos" en VV.AA., *Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al profesor De los Mozos*, dirigidos por Vattier, De la Cuesta y Caballero, Madrid, 2003, pp. 265 a 285; así como GANDOLFI, "La condizione del progetto pavese di un codice europeo dei contratti", en *Rivista di Diritto Civile*, 1998, II, pp. 287 y ss.

nen agrupados en dos secciones: la primera, rubricada "disposiciones preliminares", relativa a la eficacia del negocio entre las partes y frente a terceros; la segunda, intitulada "efectos producidos por elementos accidentales", concerniente a las consecuencias jurídicas derivadas de la incorporación al contrato de una condición, un término o un modo.

Con carácter previo al estudio de la materia que se ha descrito, conviene advertir que el método comparativo empleado en la elaboración del Código que aquí se analiza, y el encomiable intento de lograr de esa forma una verdadera integración europea del Derecho de contratos, comporta la adopción de soluciones que, en algunos casos, difieren notablemente de las que tradicionalmente han venido rigiendo en algunos sistemas jurídicos². Lo anterior, sin perjuicio de reflejarse también aquel método de trabajo en la propia sistemática del texto proyectado, alejada en determinados aspectos del modo en que se configura la teoría general del contrato en el Código civil español³.

Así las cosas, en cuanto al modo de proceder que se adoptará en la exposición ulterior, conviene aclarar que comentaremos los anunciados artículos 45 a 59 del Código proyectado por el orden con el que aparecen en el citado texto; ahora bien, no separadamente, sino agrupados en función de las materias que

En cuanto a la traducción de la versión francesa del anteproyecto se ha tomado "La traducción española de la parte general del código europeo de contratos", en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44, 2002, pp. 296 a 396.

² A salvo lo que se explicará con detalle más adelante, reténgase ahora que en orden a los efectos reales del contrato, se faculta a las partes para que los fijan de mutuo acuerdo, con referencia al momento que estimen conveniente, antes o después de la entrega de la cosa; así pues, sólo subsidiariamente actúa la tradición —solución acogida en el Derecho español con base en la teoría del título y modo— como elemento determinante de la transmisión de la propiedad de los bienes muebles objeto del contrato (art. 46.1 del anteproyecto).

³ Así, en la parte general del contrato se regula la doble enajenación, el pacto de no enajenar y el de no establecer precios diferentes, cuando tradicionalmente estas figuras encuentran su sede en el marco del contrato de compraventa, sin perjuicio de su incidencia en la disciplina del Derecho registral (art. 47 del anteproyecto).

vienen a regular. Así por lo tanto, la exposición se dividirá en dos partes que se corresponden con las dos secciones en las que aparece estructurado el título VI del anteproyecto. En la primera parte, se examinará la eficacia del negocio, tanto entre los contratantes como frente a terceros, analizando a tal fin de manera diferenciada los efectos de naturaleza obligacional y los reales; además, serán objeto de consideración en esta sede los pactos de doble venta, de no vender y de no vender a precio distinto del fijado inicialmente. En la segunda parte, se estudiará la incidencia que sobre el contrato tiene la incorporación a éste de los llamados elementos accidentales; a saber: la condición, el término y el modo.

II. EFECTOS DEL CONTRATO ENTRE LAS PARTES Y FRENTE TERCEROS

1. EFECTOS CONVENCIONALES

A. Modificación, renegociación y extinción del contrato

Comienza la sección primera del título que analizamos con una fórmula general que se contiene en el artículo 42 del Código europeo sobre los efectos del contrato. En concreto, establece el citado precepto que "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos a favor de terceros según lo previsto en las reglas del presente título". Sobre la base de la afirmación precedente, que ninguna novedad supone respecto del modo en que se concibe la eficacia del negocio jurídico en el Derecho español, posteriormente se concretan en sendos artículos las fuentes de obligar de las partes de un contrato; en particular, el artículo 43 del anteproyecto se ocupa de la autonomía de la voluntad de las partes, y el artículo 44 regula otros efectos no pactados que cabría denominar también legales.

Por lo que hace al contenido consensual del contrato, el Código europeo dispone en el apartado primero de artículo 43,

intitulado "modificación y extinción del contrato y derecho de desistimiento", que el contrato puede ser modificado, renegociado o extinguido por mutuo acuerdo de las partes o en los casos previstos en este código u otras disposiciones normativas. En orden a precisar el contenido y forma de ejercicio de las referidas facultades, es preciso tener en cuenta otros preceptos del anteproyecto, a cuyo comentario nos remitimos por no corresponder aquí su examen; ello no obstante, en orden a una mejor comprensión del artículo que aquí importa, parece conveniente detenernos, siquiera sea brevemente, en el significado de la modificación (a), renegociación (b) y extinción del contrato (c).

a) Es evidente que todo contrato, al menos si se ha celebrado de buena fe, nace para ser cumplido. Ahora bien, que ello sea así como norma general, no debe conducir a ignorar que en ocasiones, entre el nacimiento del negocio jurídico y su extinción por virtud del cumplimiento, pueden sobrevenir determinadas circunstancias que alteren los elementos de la relación jurídica sin que quede afectada la subsistencia de ésta. En este sentido, cabe afirmar, siguiendo al respecto la doctrina española, que la variación de un negocio jurídico puede adoptar cualquiera de las siguientes manifestaciones: subjetiva —cambio de alguno de los sujetos de la relación jurídica—; objetiva —cuando el cambio afecta a la prestación—; circunstancial —si la alteración incide sobre las determinaciones accesorias del contrato—; funcional —es decir, modificación de la finalidad económica jurídica del negocio—; o, en fin, de contenido, esto es, relativa a las reglas que conforman el contrato.

Por otra parte, atendiendo al motivo que propicia la modificación del convenio, se habla de la que trae causa de la autonomía de la voluntad de las partes y de la que obedece a la concurrencia de algún evento señalado por el legislador. En este sentido, como ejemplo de modificación voluntaria del contrato, cabe citar la cesión de éste; y como supuesto de modificación legal, la relativa a la alteración sobrevenida de las circunstancias.

En cuanto a la cesión del contrato, en el ordenamiento jurídico español esta figura —a diferencia del Derecho italiano y a diferencia también del propio anteproyecto del Código europeo— carece de una regulación positiva⁴. Ello no obstante, se trata de una causa de modificación del contrato tradicionalmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia españolas que consiste en el traspaso a un tercero de la entera posición contractual de una de las partes del negocio cedido. Concurriendo los consentimientos de los tres implicados —cedente, cesionario y cedido—, el cedente queda liberado de sus obligaciones y deja de ser titular de los derechos que le concedía el contrato.

En lo que se refiere a la modificación por causas objetivas, en el Derecho español la jurisprudencia la admite, a falta de un reconocimiento legal al respecto, a instancia de una de las partes, siempre que la alteración aducida sea esencial en relación con las circunstancias concurrentes al tiempo de celebración del contrato⁵. Corresponde al juez en estos casos acceder a la solicitud formulada en el sentido señalado, aplicando la denominada cláusula *rebus sic stantibus*. Conviene poner de relieve que la referida cláusula se interpreta restrictivamente por el Tribunal Supremo, en la línea de admitirla sólo cuando la alteración invocada viene definida por las notas siguientes⁶: que sea objetiva, es decir, asimilable a riesgos imprevisibles o sucesos insólitos que una conducta prudente no podía cal-

⁴ La cesión del contrato viene regulada en los artículos 118 a 120 del anteproyecto del Código europeo de contratos, a cuyo comentario me remito.

⁵ Téngase en cuenta que la modificación que trae causa de la alteración esencial de las circunstancias tiene sentido en los contratos de tracto sucesivo, y en aquellos de cumplimiento instantáneo, cuando está previsto que transcurra un determinado período de tiempo entre su celebración y el cumplimiento.

⁶ Las razones por las que el Tribunal Supremo se ha mostrado generalmente reticente a aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* como base de la modificación del negocio, obedece a la inseguridad jurídica que su admisión representa (sobre los requisitos de la referida cláusula en sede jurisprudencial y las consecuencias de su admisión, entre otras, vid. las siguientes sentencias: 20 febrero 2001, 28 diciembre 2001, 27 mayo 2002, 21 marzo 2003, 27 febrero 2004, 22 abril 2004, 18 junio 2004, 30 julio 2004, 12 noviembre 2004).

cular y que, por tanto, no cabe esperar que sucedan; que sea extraordinaria en el momento del cumplimiento del contrato en relación con las que estaban presentes al tiempo de su perfección; que la alteración genere una desproporción manifiesta entre las prestaciones de las partes; y, en fin, que se carezca de otro remedio para superar el perjuicio causado. Constatada la concurrencia de los requisitos precedentes, y en aras a la equidad, los tribunales españoles admiten el cambio del contenido inicial del contrato. Esta hipótesis que en el Derecho español se explica como una manifestación de la modificación del contrato se denomina en el Código europeo renegociación; a ella nos referimos a continuación.

b) El anteproyecto, según se acaba de anticipar, concibe la renegociación del contrato, separadamente de la modificación, como la alteración de aquél en razón de haberse producido una alteración sobrevenida de las circunstancias⁷. A ello se refiere, en particular, el artículo 157 del código proyectado bajo el enunciado "renegociación" que establece que "si concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97.1, la parte que pretende prevalerse de la facultad prevista en esta norma debe dirigir a la contraparte una declaración con las indicaciones necesarias y precisar, además —bajo pena de nulidad del requerimiento— qué otras condiciones propone para mantener la eficacia del contrato en cuestión"⁸. Lo cierto es que el

⁷ Lo cierto es que la alteración del contenido del contrato por causas objetivas no deja de ser una manifestación de la figura genérica de la modificación del negocio jurídico. En este sentido no está de más advertir que en los debates que precedieron a la redacción del anteproyecto se propuso la supresión de esta facultad por entenderla implícita en la anterior, relativa a la modificación del contrato (en este sentido, cfr. la sugerencia formulada en los debates que precedieron a la redacción definitiva del anteproyecto, por ANTUNES VARELA, en *Codex europæus* ..., edición de 1998, cit., p. 312).

⁸ Adviértase que la renegociación del contrato puede tener lugar extrajudicial y judicialmente. En el primer caso no puede interponerse ninguna acción antes de que hayan transcurrido entre seis y tres meses (plazo por concretar en el texto que manejamos al tiempo de realizar el presente comentario) a contar desde la recepción de la mencionada declaración; lo anterior, sin perjuicio de la facultad de las partes de solicitar al juez la adopción de medidas cautelares (art. 57.2).

citado artículo 97 no proporciona, como parece dar a entender el precepto transcrito, ejemplo alguno sobre lo que debe entenderse por acontecimiento extraordinario e imprevisible; antes bien, en él se lee que no hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto no se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor el derecho de obtener una nueva negociación del contrato⁹.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta, desde un punto de vista práctico, que el propio artículo 97 del anteproyecto condiciona la facultad de renegociación a la comunicación previa por parte del deudor al acreedor de su intención de recurrir a dicho derecho, antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento, o antes de que el acreedor le haya requerido a tal fin. Se acoge así la doctrina del Tribunal Supremo español en el sentido de ser presupuesto determinante de la virtualidad de la cláusula *rebus sic stantibus* que al menos una de las prestaciones esté pendiente de cumplimiento. Así pues, la renegociación supone en el contexto europeo la supervivencia del contrato sobre la base del cambio de las condiciones iniciales, sin perjuicio, a lo que entiendo, de que dicha alteración pueda conducir a la resolución de aquél¹⁰.

⁹ La doctrina española, con referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*, ha declarado que cabe considerar sucesos extraordinarios una guerra, una pérdida sustancial del valor de la moneda; no, en cambio, alteraciones subjetivas como la muerte o enfermedad de alguno de los obligados en la medida en que se rigen por las reglas relativas a la imposibilidad de las prestaciones (por todos, vid. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II*, volumen primero — parte general, teoría general del contrato—, nueva edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Madrid, 1999, pp. 516 y 517).

¹⁰ En ocasiones, mantener el cumplimiento de las obligaciones, aunque no sea en sus términos literales puede resultar injusto y carente de sentido, de ahí que deba permitirse al deudor diligente resolver el contrato todavía no cumplido (en este sentido, desde la perspectiva del Derecho español, cf. ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU, "El problema de la alteración de las circunstancias", en *Estudios de Derecho Privado*, I, Barcelona, 1948, pp. 243 y ss.; LLUIS Y NAVAS, "La llamada cláusula *rebus sic stantibus* como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados", en *Revista General de Legislación y Juris-*

c) Por último, en lo que se refiere a la extinción del contrato, el artículo 128 del anteproyecto relaciona las causas siguientes: cumplimiento del contrato, cumplimiento de la condición resolutoria, vencimiento del término final, muerte o incapacidad sobrevenida, novación, desistimiento de mutuo acuerdo, retractación, resolución total, nulidad, anulación, rescisión, y cualquier otra causa establecida por la ley. De entre los referidos motivos de decadencia del contrato, acaso merece particular interés el relativo a la novación —sin perjuicio de lo que se dirá después sobre el desistimiento— en razón de la polémica que en torno a esta figura se ha suscitado tradicionalmente en el Derecho español¹¹.

Parece que queda fuera de toda duda que en el contexto europeo la novación supone la extinción del contrato, si bien a tal fin será preciso que conste inequívocamente la voluntad de las partes. A dicha conclusión se llega después de leer el artículo 130 del anteproyecto que, con referencia a la novación objetiva, dispone

prudencia, 1956, pp. 370 y ss.; GÓMEZ FERRER, "Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional", en *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pp. 103 y ss.; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*", en *Actualidad Civil*, 1990.2, pp. 429 y ss.)

¹¹ En el ordenamiento jurídico español, el problema relativo a la novación se plantea en torno a la calificación de una variación del contrato como modificación o extinción de éste. La cuestión es analizada por la doctrina en sede de obligaciones resultando particularmente compleja al mezclar el legislador los conceptos modificación y extinción de las obligaciones dando lugar a una regulación cuando menos desconcertante. Así resulta, por un lado, que la novación es configurada como causa de extinción de las obligaciones en el artículo 1156 del Código civil, y por otro lado, el artículo 1203 del citado texto legal, que es el primero que se ocupa de la novación, comienza refiriéndose a la modificación de las obligaciones (sobre el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico español, *vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: SANCHEZ REBULLIDA, "La novación de las obligaciones en el Derecho Español", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, pp. 1 y ss.; *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964 y "Artículos 1203 a 1215 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XVI.1, segunda edición, Madrid, 1991, pp. 593 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, "El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria", *Anuario de Derecho Civil*, 1988, pp. 895 y ss.; GETE ALONSO, "Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria", en *Estudios Roca Juan*, Murcia, 1989; e YSAS SOLANES, "La modificación unilateral de las obligaciones en el Código civil", *Estudios Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, pp. 2087 y ss.)

que ésta tendrá lugar cuando las partes acuerden la sustitución por otro contrato, que sea sustancialmente diferente del preexistente que todavía no haya sido enteramente cumplido. La voluntad de efectuar una novación debe ser manifestada por ambas partes de manera inequívoca, sigue diciendo aquel precepto, y puede resultar igualmente por el hecho de la incompatibilidad objetiva del primer contrato con el posterior. Con estos presupuestos, la novación se concibe como una causa de extinción del contrato y no como una mera posibilidad, según se ha planteado por la doctrina española, de modificarlo.

B. El derecho de desistimiento

En sede de los efectos convencionales del contrato, el artículo 43 del anteproyecto dedica una atención particular al desistimiento, en contraste con el resto de las causas de modificación que no son objeto de tratamiento específico en el citado precepto sino, como se ha indicado, en otras sedes. En este contexto, la facultad que ahora nos ocupa no deja de ser en cierta forma novedosa respecto de la tradición jurídica de los sistemas europeos, en la medida en que, no contemplada en los textos codificados, trae causa de la Directiva de 20 de diciembre 1985, relativa a la venta celebrada fuera de establecimiento mercantil.

El desistimiento se concibe como la facultad —que puede otorgarse a una de las partes o a ambas previo acuerdo de éstas al respecto— en cuya virtud quien la ejerce puede excepcionar la fuerza de obligar del contrato ya perfecto¹². En concreto a resul-

¹² No está de más poner de relieve la falta de rigor, desde una perspectiva terminológica, de muchas legislaciones nacionales en relación con la figura del desistimiento. A este respecto, por lo que se refiere al Derecho español, la Ley 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil —que trae causa de la Directiva de 20 de diciembre de 1985— alude al "derecho de revocación" para hacer referencia a la facultad del consumidor que ahora examinamos; a saber: la de dejar sin efecto su declaración de voluntad, sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días desde la recepción de los bienes adquiridos mediante del contrato. Pues bien, debe tenerse en cuenta que la revocación, pro-

tas del artículo 43.2 del anteproyecto, salvo lo previsto en el apartado segundo del artículo 57, el derecho de desistir unilateralmente del contrato puede otorgarse a una de las partes contratantes o a las dos por convenio entre ellas dentro de los límites establecidos por este Código, y por las disposiciones nacionales o comunitarias¹³. Si conviene advertir que el Código europeo supone una ampliación del ámbito de aplicación de la figura que nos ocupa, respecto al modo en que se delimita en el Derecho comunitario; y es que en el anteproyecto la facultad de excluir los efectos del contrato no se condiciona a las relaciones jurídicas de consumo, ni a las de tracto sucesivo.

Por lo demás, antes de terminar con las consideraciones relativas al derecho de desistimiento conviene hacer unas observaciones al respecto de carácter terminológico. Y es que en el artículo 159 del Código europeo, bajo el epígrafe "resolución efectuada por un consumidor", en realidad se viene a regular el derecho de desistimiento. En efecto, remitiéndose el citado precepto al supuesto de hecho del artículo 9 del mismo texto —en el que con referencia a los tratos preliminares celebrados con consumidores fuera de establecimiento mercantil, determina la obligación del comerciante que propone la celebración de un contrato a un consumidor de informar por escrito a este último de su derecho al desistimiento—, establece que el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de opinión tiene derecho a resolver el contrato o su oferta contractual, enviando a la contraparte, o al sujeto que ha

piamente, consiste en una declaración de voluntad del oferente dirigida al destinatario de aquélla y conocedora de la oferta, por medio de la cual le comunica su deseo de que la primitiva oferta realizada desaparezca del mundo jurídico. Dicha declaración puede efectuarse, en principio, en todo momento, siempre que se formule con anterioridad a la perfección del contrato, y siendo de naturaleza civil, se producirá cuando el oferente tenga conocimiento de la aceptación (en este sentido, cfr.: MORENO QUESADA, *La oferta del contrato*, Barcelona, 1963, p. 176 y MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, Pamplona, 1998, p. 205).

¹³ Téngase en cuenta que el artículo 57.2 del texto que comentamos dispone que "si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado término final, cada una de ellas puede poner fin al contrato mediante una comunicación dirigida a la otra parte con un preaviso conforme a la naturaleza del contrato, o a la costumbre, o a la buena fe".

negociado, una declaración escrita en la que se limite a indicar su intención de desistir del contrato o de su oferta.

A la vista de lo anterior, se aprecia que en el Código proyectado se utilizan indistintamente las expresiones "desistimiento" y "resolución" del contrato cuando parece claro —tanto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español como en el propio contexto europeo— que lo correcto es reservar el término resolución para indicar la extinción del contrato por incumplimiento y el de desistimiento para señalar la facultad de excluir los efectos del contrato perfecto con independencia del incumplimiento¹⁴.

2. LOS LLAMADOS EFECTOS NO PACTADOS: LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Hasta aquí hemos explicado, a la luz del anteproyecto del Código europeo de contratos, los efectos que pudiéramos llamar pactados. Mas como se ha anticipado, en el citado texto son objeto de consideración específica, junto con éstos, los denominados no pactados¹⁵. A este respecto, dispone el artículo 44 que "los efectos del contrato nacen no sólo de los acuerdos entre las partes sino además de las disposiciones de este código, así como de las disposiciones nacionales o comunitarias, de los usos, de la buena

¹⁴ Adviértase que en el elenco de las causas de extinción del contrato que ofrece el artículo 128 del Código europeo se consideran separadamente la resolución total —apdo. h)— y el desistimiento —apdo. f)—, previéndose la resolución del contrato a tenor del artículo 114 para los casos de incumplimiento grave —entendiendo por tal el que se refiere a una de las obligaciones principales y no secundarias del contrato— y, además, cuando teniendo en cuenta la cualidad de las personas y la naturaleza de la prestación, el incumplimiento suponga para el acreedor un perjuicio tal que le prive sustancialmente de lo que jurídicamente puede esperarse del contrato.

¹⁵ En los debates previos a la redacción del anteproyecto, GARCÍA CANTERO propuso sustituir la expresión "efectos no pactados" por la de "efectos implícitos" del contrato (cfr. *Code européen ...*, edición de 1998, p. 313). Por su parte, desde una perspectiva sustantiva, señala GANDOLFI que en el artículo 44 del Código proyectado se ha pretendido enumerar los factores que más allá del consentimiento de los contratantes determinan los efectos del contrato (cfr. *Code européen ...*, edición de 2001, cit., p. 172).

fe y de la equidad". No puede ignorarse el paralelismo del precepto transcrito con el artículo 1258 del Código civil español, relativo a la integración del contrato, en el que se establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces 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"¹⁶. Las diferencias más evidentes entre el texto europeo y el español radican en el orden de enumeración de las fuentes y en la omisión en este último de la equidad¹⁷. De lo que se trata con normas del tenor como las comentadas es de evitar que pierda vigencia el contrato por la existencia de lagunas accidentales, correspondiendo en tales casos al juez la resolución de los eventuales vacíos con arreglo a las pautas señaladas. En este sentido no está de más señalar que el artículo 44 del anteproyecto, como se ha afirmado respecto del artículo 1258 del Código civil español, es norma de *ius cogens*, no siendo susceptible, en consecuencia, de exclusión por las partes, siendo vinculante también para la autoridad judicial que deba pronunciarse sobre el contrato litigioso.

¹⁶ Sin perjuicio del artículo 1258 del Código civil, en el ámbito de los contratos celebrados con condiciones generales, la Ley 7/1998, de 13 de abril, establece en el apartado segundo del artículo 10 que la parte del contrato afectada por la ineficacia o nulidad de determinadas cláusulas de las condiciones generales "se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

¹⁷ Ello no obstante, como ha señalado la doctrina, la referida omisión en el Derecho español no parece que deba interpretarse en el sentido de no tener cabida la equidad en materia de integración de obligaciones y contratos. Antes al contrario, en favor de la aplicación en este sistema jurídico de la opción que acoge expresamente el anteproyecto europeo cabe citar cuando menos los dos artículos siguientes del Código civil: de un lado, el 1154, que atribuye al juez la facultad de modificar "equitativamente" la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; y de otro lado, el artículo 1289, que en sede de interpretación del contrato, ordena resolver las dudas derivadas de éste, cuando es oneroso, a favor de la mayor "reciprocidad de intereses" (en este sentido, cfr. DE LA CUESTA SÁENZ, "Artículos 42 a 48 del anteproyecto de Código europeo", en *Código europeo de contratos. Académia de iusprivatistas europeos. Contratos en homenaje al profesor De los Mozos*, Madrid, 2003, p. 269).

En orden a la delimitación de las fuentes, acaso conviene aclarar que la remisión que se hace a la ley debe entenderse en sentido amplio, es decir, tanto la imperativa, como la dispositiva —en la medida en que no hubiere sido excluida por las partes— y también las normas reglamentarias; que la determinación del uso o usos aplicables al efecto dependerá del alcance del contrato y vendrán referidos normalmente al modo normal de proceder en el mundo de los negocios; y que la buena fe no sirve aquí para indagar la voluntad de las partes, sino para concretar, en sentido objetivo, la medida de confianza que habían puesto aquéllas en el contrato¹⁸.

3. EFECTOS OBLIGATORIOS

A. Preliminares

Bajo la expresión "efectos obligatorios del contrato", que encabeza el artículo 45 del Código europeo, vienen a regularse, principalmente, las obligaciones que nacen para las partes con ocasión de la perfección o celebración del contrato o negocio jurídico. En este sentido, el apartado primero del citado precepto establece, en la línea del artículo 1088 del Código civil español, que "del contrato pueden nacer obligaciones de dar, hacer o no hacer"; obligaciones que a resultas del artículo 25 del Código europeo, coincidiendo también en este punto con los artículos 1271 a 1273 del Código civil español, habrán de ser posibles, lícitas, así como determinadas o determinables¹⁹.

¹⁸ Sobre integración del contrato en el Derecho español, cfr: GARCÍA AMIGO, "Integración del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Notarial*, 1980, p. 117; LASARTE, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia de 27 de enero de 1977)", en *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 50; VATTIER FUENZALIDA, "La interpretación integradora del contrato en el Código civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 459.

¹⁹ Nótese que las prestaciones pueden clasificarse desde muchos puntos de vista, así, suele ser común hablar de las siguientes clases de obligaciones: positivas y negativas, divisibles e indivisibles, determinadas y determinables, de actividad y de resultado, instantá-

fe y de la equidad". No puede ignorarse el paralelismo del precepto transcrito con el artículo 1258 del Código civil español, relativo a la integración del contrato, en el que se establece que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces 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"¹⁶. Las diferencias más evidentes entre el texto europeo y el español radican en el orden de enumeración de las fuentes y en la omisión en este último de la equidad¹⁷. De lo que se trata con normas del tenor como las comentadas es de evitar que pierda vigencia el contrato por la existencia de lagunas accidentales, correspondiendo en tales casos al juez la resolución de los eventuales vacíos con arreglo a las pautas señaladas. En este sentido no está de más señalar que el artículo 44 del anteproyecto, como se ha afirmado respecto del artículo 1258 del Código civil español, es norma de *ius cogens*, no siendo susceptible, en consecuencia, de exclusión por las partes, siendo vinculante también para la autoridad judicial que deba pronunciarse sobre el contrato litigioso.

¹⁶ Sin perjuicio del artículo 1258 del Código civil, en el ámbito de los contratos celebrados con condiciones generales, la Ley 7/1998, de 13 de abril, establece en el apartado segundo del artículo 10 que la parte del contrato afectada por la ineficacia o nulidad de determinadas cláusulas de las condiciones generales "se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

¹⁷ Ello no obstante, como ha señalado la doctrina, la referida omisión en el Derecho español no parece que deba interpretarse en el sentido de no tener cabida la equidad en materia de integración de obligaciones y contratos. Antes al contrario, en favor de la aplicación en este sistema jurídico de la opción que acoge expresamente el anteproyecto europeo cabe citar cuando menos los dos artículos siguientes del Código civil: de un lado, el 1154, que atribuye al juez la facultad de modificar "equitativamente" la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; y de otro lado, el artículo 1269, que en sede de interpretación del contrato, ordena resolver las dudas derivadas de éste, cuando es oneroso, a favor de la mayor "reciprocidad de intereses" (en este sentido, cfr. DE LA CUESTA SÁENZ, "Artículos 42 a 48 del anteproyecto de Código europeo", en *Código europeo de contratos. Academia de inspiritistas europeos. Comentarios en homenaje al profesor De las Mazaros*, Madrid, 2003, p. 269).

En orden a la delimitación de las fuentes, acaso conviene aclarar que la remisión que se hace a la ley debe entenderse en sentido amplio, es decir, tanto la imperativa, como la dispositiva —en la medida en que no hubiere sido excluida por las partes— y también las normas reglamentarias; que la determinación del uso o usos aplicables al efecto dependerá del alcance del contrato y vendrán referidos normalmente al modo normal de proceder en el mundo de los negocios; y que la buena fe no sirve aquí para indagar la voluntad de las partes, sino para concretar, en sentido objetivo, la medida de confianza que habían puesto aquéllas en el contrato¹⁸.

3. EFECTOS OBLIGATORIOS

A. Preliminares

Bajo la expresión "efectos obligatorios del contrato", que encabeza el artículo 45 del Código europeo, vienen a regularse, principalmente, las obligaciones que nacen para las partes con ocasión de la perfección o celebración del contrato o negocio jurídico. En este sentido, el apartado primero del citado precepto establece, en la línea del artículo 1088 del Código civil español, que "del contrato pueden nacer obligaciones de dar, hacer o no hacer"; obligaciones que a resultas del artículo 25 del Código europeo, coincidiendo también en este punto con los artículos 1271 a 1273 del Código civil español, habrán de ser posibles, lícitas, así como determinadas o determinables¹⁹.

¹⁸ Sobre integración del contrato en el Derecho español, cfr: GARCÍA AMIGO, "Integración del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Notarial*, 1980, p. 117; LASARTE, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia de 27 de enero de 1977)", en *Revista de Derecho Privado*, 1980, p. 50; VATTIER FUENZALIDA, "La interpretación integradora del contrato en el Código civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 459.

¹⁹ Nótese que las prestaciones pueden clasificarse desde muchos puntos de vista, así, suele ser común hablar de las siguientes clases de obligaciones: positivas y negativas, divisibles e indivisibles, determinadas y indeterminables, de actividad y de resultado, instantá-

Hechas las observaciones precedentes, también debe ponerse de relieve en el marco de estas consideraciones preliminares que el artículo 45 del Código europeo, objeto de examen en este epígrafe, no se limita a proporcionar el régimen jurídico de las prestaciones que derivan para las partes del contrato; antes bien, el citado precepto alude a otros aspectos —sin duda estrechamente relacionados con ellas—, como las garantías del cumplimiento del contrato y la promesa del hecho de un tercero. Así las cosas, en orden a la sistemática que se adoptará en la exposición ulterior, conviene hacer las siguientes consideraciones: inicialmente, se expondrá el régimen de la obligación de entrega de la cosa; a continuación se prestará atención a las garantías de que dispone el acreedor en los casos de temer fundadamente el incumplimiento del deudor; y, por último, se explicarán los efectos de la promesa del hecho de un tercero.

B. La obligación de entrega

Ya hemos dicho que de entre los diversos criterios que pueden emplearse en orden a la clasificación de las obligaciones, el Código europeo opta por el relativo al contenido de la prestación, distinguiendo en este sentido entre las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Lo cierto es que el artículo 45 del citado texto únicamente regula las obligaciones de dar, es decir, las que consisten en la entrega de la cosa objeto del contrato. A este respecto debe tenerse en cuenta que en el Derecho español, el vendedor, con independencia de la obligación de transferir la propiedad de la cosa, ha de entregar en todo caso su posesión, si es posible, mediante la tradición²⁰. Pues bien, el régimen de la referida pres-

neas duraderas y periódicas, simples y complejas (sobre los criterios y exposición de las diferentes clasificaciones en el ordenamiento jurídico español, *vid.*, por todos: LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen primero, *cit.*, pp. 51 y ss. y PÉREZ ÁLVAREZ, en VV.AA., *Curso de Derecho civil*, II, Madrid, 2000, pp. 63 y ss.)

²⁰ Téngase en cuenta también que la prestación que consiste en dar una cosa puede estar dirigida a transmitir la propiedad o un derecho real sobre ella, puede agotarse en la transmisión de su posesión o su uso, y puede significar, en fin, su restitución.

tación en el contexto europeo viene modalizado en función de la naturaleza específica o genérica de la cosa; ello, en los términos que se señalan a continuación.

Por lo que se refiere a las obligaciones específicas, establece el apartado segundo del artículo 45 que la que consiste en entregar una cosa determinada supone la de conservarla y mantenerla en el estado en que se encontraba al tiempo de la celebración del contrato, añadiendo el apartado tercero del precepto que consideramos que salvo pacto en contrario la entrega comprende también los accesorios y los frutos pendientes que la cosa hubiere producido después del acuerdo. Los preceptos homónimos en el Derecho español conducen a la misma solución²¹. En este sentido, el artículo 1094 del Código civil dispone que el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia; y el artículo 1097 establece que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados²². En el caso de que el dar estuviere dirigido a transmitir el dominio, comporta también la adquisición por parte del acreedor de los frutos que se encontraren pendientes después de celebrado el contrato²³. En el mismo sentido, con referencia al Derecho español, el artículo 1095 del Código civil dispone que el acreedor tiene

²¹ Nótese que la introducción del precepto que consideramos fue propugnada por el grupo de autores españoles que trabajaron en la elaboración del anteproyecto (cfr. *Codex europæus* ... edición de 2001, cit., pp. 163 y 173).

²² En cuanto a la obligación de la entrega de los accesorios de la cosa, llama la atención en la redacción del Código europeo la cuestión relativa a la autonomía de la voluntad, en cuanto que se menciona expresamente con referencia a aquellos o a lo que se hubiere destinado al uso permanente de la cosa, y no sin embargo en relación con el resto del contenido de la obligación de dar.

²³ Una lectura sistemática de los artículos que estamos considerando conducen a interpretar la expresión de la redacción original *fruits indivisibles* en el sentido de tratarse de frutos pendientes producidos por la cosa después de la celebración del contrato (así se ha puesto de relieve en la "Traducción española de la parte general del Código europeo de contratos", VV.AA., en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 44, octubre-diciembre de 1992, p. 322, nota 22).

derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla²⁴.

Por último, para concluir el régimen de la entrega de cosas específicas no queda sino hacer una referencia a la cuestión de los riesgos. Y es que el apartado segundo del artículo 45 del Código europeo alude a ello, estableciendo que la obligación de entrega y lo que ésta conlleva se entenderá sin perjuicio de la destrucción o deterioro de la cosa debidos a caso fortuito o fuerza mayor. Parece que se ha querido decir que el deudor quedará liberado, antes de haberse efectuado la tradición, cuando la cosa se pierda o deteriore con ocasión de la concurrencia de alguno de los citados acontecimientos. Ahora bien, la regla precedente exige ser considerada en el marco de los eventuales efectos reales que hubieren de atribuirse al contrato; pero a ello nos referimos más adelante.

En cuanto a la entrega de cosas genéricas, señala el apartado cuarto del artículo 45 que "si únicamente se ha determinado el género de la cosa a entregar, son consideradas como debidas las cosas del mismo género y de calidad no inferior a la media". Esta regulación no resulta muy alejada de la que, en relación con la especificación de las cosas genéricas, se contiene en el Derecho español; en concreto, el artículo 1167 del Código civil veda al acreedor la posibilidad de exigir una cosa de calidad superior y al deudor la opción de liberarse entregando una de calidad inferior. Por lo demás, téngase en cuenta que en este contexto —obligaciones genéricas— cesa la obligación de custodia y el derecho a los frutos²⁵.

²⁴ En una segunda proposición del artículo 1095 del Código civil español se añade que el acreedor, "sin embargo, no adquirirá derecho a ella hasta que le haya sido entregada". La afirmación es coherente con el sistema del título y modo en el que se inspira el Derecho jurídico español; sistema que, como veremos más adelante no ha acogido el Código europeo al menos en exclusividad; de ahí que en este último texto se obvie la aclaración formulada por el legislador español.

²⁵ El Código europeo no establece expresamente —como tampoco lo hace el Código civil español— a quién incumbe la facultad de especificación; a este respecto, en la doctrina española es opinión comúnmente aceptada la de que la referida facultad corresponde al

Por lo que hace a los riesgos relativos a la clase de obligaciones que ahora nos ocupa, nada prevé el Código europeo. Ello no obstante, cabe entender, en la línea del Derecho español, que como quiera que el género nunca llega a destruirse —*genus non perit*— subsiste la obligación para el deudor salvo que se trate de una obligación de género limitado cuyo objeto puede perecer²⁶. En relación con lo anterior, conviene poner de relieve que la especificación es previa al cumplimiento, si bien puede coincidir con éste, que es lo que normalmente sucede.

C. Garantías del cumplimiento

Decíamos al comienzo de este epígrafe que junto con el régimen de las obligaciones, el artículo 45 del Código europeo se hace eco de las medidas dirigidas a la protección del crédito, o más genéricamente, a garantizar el cumplimiento de la prestación. A este respecto, establece el apartado sexto del artículo que nos ocupa que en el caso de que una de las partes contratantes tuviese fundado temor de estar llevando a cabo la otra parte un comportamiento contrario a los deberes asumidos podrá obtener judicialmente, incluso antes de la expiración del plazo fijado para el cumplimiento, la adopción de alguna de las medidas previstas en el artículo 172 del texto proyectado²⁷.

La previsión anterior supone una novedad en el ordenamiento jurídico español, no tanto por la facultad en sí misma de poder

deudor por aplicación del principio *fiat debitoris* (por todos, vid. GARCÍA VALDECASAS, "Obligaciones genéricas y cosas fungibles", en *Anuario de Derecho civil*, 1948, pp. 156 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, "Las obligaciones genéricas", en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 644 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, "*Genus nunquam perit*", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 291 y ss., MOREU BALLONGA, "En defensa del criterio de la especificación unilateral notificada", en *Anuario de Derecho civil*, 1985, pp. 3 y ss.)

²⁶ Por todos, vid. COSSIO, "La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas", en *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 597 y ss.

²⁷ Sin perjuicio de profundizar más adelante sobre el contenido del artículo 172 del Código europeo, basta ahora retener que en el citado precepto se regulan las acciones inhibitoria o de cesación y la dirigida a exigir el cumplimiento *in natura* o específico.

actuar el acreedor en defensa de su derecho, cuanto por el contenido de las medidas susceptibles de solicitud; a saber: la acción de inhibición o cesación y la dirigida a obtener el cumplimiento específico. En el Derecho español, el cauce para la defensa del crédito se ha articulado tradicionalmente a través de las acciones subrogatoria y revocatoria reguladas en el artículo 1111 del Código civil²⁸. Sin perjuicio de ello, no debe ignorarse que la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 ha supuesto, en relación con el Derecho anterior, el reconocimiento de otros cauces procesales que se sitúan en la línea del Código europeo; en concreto, el artículo 727 de aquel texto legal enumera entre las medidas cautelares las siguientes: la intervención de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos; el depósito de cosa mueble, cuando la demanda persiga la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado; y la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad o la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta²⁹.

D. La promesa del hecho de tercero

El apartado sexto del artículo 45 del Código europeo regula expresamente, en la línea de los Códigos civiles francés e italiano, la figura de la promesa del hecho de un tercero. Puede afirmarse en términos generales que se trata ésta de una prestación de garan-

²⁸ Las acciones subrogatoria y revocatoria del artículo 1111 del Código civil español tienden a proteger el patrimonio del deudor cuando como consecuencia de omisiones o actos del obligado al pago pueden verse perjudicados sus acreedores. La acción subrogatoria permite a estos últimos ejercitar derechos y acciones del deudor; en virtud de la acción revocatoria se concede legitimación a los acreedores a efectos de la impugnación de los actos fraudulentos llevados a cabo por el deudor.

²⁹ En la Ley de enjuiciamiento civil española no se establece expresamente que las medidas del artículo 727 puedan solicitarse con anterioridad a la fecha fijada para el cumplimiento de la obligación; ello no obstante, cabe llegar a dicha conclusión a tenor del artículo 730 de la citada ley procesal en la medida en que se limita a establecer —sin hacer referencia al momento de su solicitud— que aquellas medidas podrán pedirse siempre que se aleguen por el solicitante razones de urgencia y necesidad.

tía que obliga incondicionalmente al promitente a indemnizar en el caso de que ese tercero no realice el hecho prometido. En concreto dispone el apartado sexto del artículo 45 que ahora consideramos que "aquél que promete el hecho de un tercero o la asunción de una obligación por éste viene obligado a indemnizar a la otra parte contraria si el tercero se niega a sumir la obligación o no realiza el hecho prometido".

En el ordenamiento jurídico español no se recoge en ningún texto legal la estipulación relativa a la promesa del hecho de tercero; sin embargo, la doctrina se ha ocupado de ella coincidiendo en la determinación de los efectos con los que se asumen el anteproyecto. A este respecto cabe hacer las siguientes afirmaciones: el tercero no queda obligado a cumplir la prestación puesta a su cargo como consecuencia directa de la estipulación; la eventual aceptación por el tercero de la obligación pactada a su cargo le convierte en obligado, pero no libera al promitente en la medida en que aquella aceptación no equivale a la realización por este último de la prestación pactada; el estipulante, por su parte, no puede reclamar nada del tercero si no acepta; precisamente la obligación del promitente consiste en indemnizar al estipulante en el caso de que el tercero no lleve a cabo la prestación pactada a su cargo; el promitente se libera de su obligación de indemnizar cuando el tercero cumple la obligación pactada a su cargo³⁰.

El mismo régimen jurídico de la promesa del hecho de tercero se hace extensivo en el Código europeo, en virtud del apartado séptimo del artículo 45, a las declaraciones escritas relativas a un hecho o una situación que se han producido o se producirán, cuando no se han producido o no llegan a producirse.

³⁰ Mayores dudas se suscitan en torno a la liberación del promitente cumpliendo él la prestación inicialmente pactada a cargo del tercero. La hipótesis, como señala la doctrina española, solo se plantea cuando la prestación no es personalísima; con todo, la mayoría de los autores se manifiestan contrarios a la referida posibilidad (cfr. GULLÓN BALLESTEROS, "La promesa de hecho ajeno", en *Anuario de Derecho civil*, 1964, pp. 5 y ss. y CRISTÓBAL MONTES, "La promesa de hecho ajeno", en *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 661 y ss.).

3. EFECTOS REALES

A. Preliminares

Sin perjuicio de las diferencias puntuales que se han ido señalando a lo largo de la exposición entre la regulación del Código europeo de contratos y el Código civil español, quizás una de las más relevantes, en la materia que analizamos, es la relativa a los efectos reales del contrato. A esta cuestión se dedica el artículo 46 del texto europeo que regula separadamente los contratos de transmisión de cosas muebles y los que tienen por objeto muebles inscritos o inmuebles: respecto de los primeros, el Código proyectado permite la determinación consensual de la eficacia real del negocio; en el caso de la segunda clase de contratos, se hace una remisión a las reglas de publicidad previstas en las legislaciones nacionales aplicables a la cuestión que examinamos.

La doctrina española que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el artículo 46 del anteproyecto, no obstante las diferencias que en la materia que regula presenta en relación con el régimen del Código civil, se ha mostrado favorable a la solución que contiene; ello en el sentido de considerar que se trata de la medida más adecuada para superar los obstáculos que representa la convivencia en el espacio europeo de unos sistemas traslativos de dominio y de constitución de derechos reales muy alejados en ocasiones entre sí²¹.

²¹ Cfr. DE LA CUESTA SÁENZ, "Efectos del contrato", cit., p. 275; en el mismo sentido, sobre las ventajas que proporciona la solución adoptada relativa a los efectos reales del contrato en el Código europeo, cfr. GANDOLFI, *Code européen* ..., edición de 2001, cit., p. 165. Examinando la cuestión relativa a la propiedad y a la transmisión de los derechos reales, con vistas a un futuro Derecho europeo, declara DE PABLO que resultaría poco menos que imposible impulsar una labor normativa que pretendiera recoger elementos procedentes de todos y cada uno de los Derechos nacionales, y acaso más difícil aún, hacer renunciar a todos ellos a su propio sistema para impulsar otro de nuevo cuño; en este sentido, propone el citado autor que lo más sensato sería —en coherencia con la tradición común en la que todos los ordenamientos tienen su origen último— priorizar el sistema causal frente al puramente consensual, situando el acuerdo traslativo en el propio acuerdo contractual, lo que resulta más conforme con el significado que en la conciencia social se

Por otra parte, además de las cuestiones que se acaban de mencionar, el último apartado del artículo 46 del Código europeo regula los riesgos de la destrucción o deterioro de la cosa; riesgos que se trasladan, a diferencia de la solución adoptada en el Derecho español, a la persona que hubiere tomado posesión de la cosa.

Veamos a continuación con mayor detalle cada uno de los aspectos relativos a la eficacia real del contrato que se contienen en el artículo 46 del Código europeo.

B. Contratos sobre bienes muebles

La trascendencia de la cuestión relativa a los efectos reales del contrato que reglamenta el artículo 46 del Código europeo ha sido puesta de relieve por el propio coordinador del grupo de Pavía, llamando la atención sobre los prolongados debates —tendientes a superar las iniciales discrepancias de pareceres entre los *iusprivatistas* de Pavía— que precedieron a la redacción del precepto³². Superadas las divergencias sobre la materia, la solución que se acoge en el texto proyectado sobre teoría general del contrato no deja de ser compleja. Ello, por otra parte, se explica en razón de la diversidad de respuestas que sobre la eficacia real de los negocios traslativos del dominio de una cosa o constitutivos de derechos reales ofrecen los sistemas jurídicos del área europea³³.

concede a los contratos de cambio (cfr. DE PABLO CONTRERAS, "La propiedad y la transmisión de los derechos reales", en VV.AA., *Derecho Privado Europeo*, coordinados por S. Cámara Lapuente, Madrid, Colex, 2003, pp. 964 y 965).

³² Inicialmente, los académicos que participaron en la redacción del anteproyecto sostuvieron posturas enfrentadas en orden a la regulación de la materia que examinamos; así, mientras los autores alemanes eran partidarios de mantener en el Código europeo exclusivamente los efectos obligacionales del contrato, otro grupo de civilistas se mostraba favorable a la inclusión en el citado texto del régimen de la eficacia real de los contratos traslativos del dominio o constitutivos de derechos reales, como al final se hizo adoptado una solución de compromiso (cfr. *Code européen* ..., edición de 2001, cit., pp. 166 y ss.).

³³ Adviértase que con referencia a la cuestión que estamos valorando, la solución del Derecho alemán pasa por la consideración separada del negocio obligacional (cuya eficacia

En concreto, el artículo 46 que es ahora objeto de comentario contiene una remisión a la autonomía privada de las partes en orden a la determinación por éstas de los efectos reales del contrato. Sin perjuicio de ello, el anteproyecto proporciona una regla subsidiaria en el sentido de supeditar la transmisión de la propiedad, a falta de previsión expresa de las partes, a la entrega de la cosa.

En efecto, el apartado primero del artículo de referencia dispone que, salvo pacto en contrario, el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o para constituir o transmitir un derecho real sobre ella, produce efectos reales desde el momento de la entrega de aquélla. De esta forma se concede expresamente a las partes la facultad de atribuir de mutuo acuerdo eficacia real al negocio, ya antes de la entrega, ya con posterioridad a ésta. Ciertamente, el resultado al que se llega es coherente con el artículo 1.1 del propio Código europeo en el que se sientan las premisas de la eficacia no sólo obligacional del contrato²⁴.

Si los contratantes no hicieron uso de la facultad de concretar los efectos reales del convenio que celebran, éstos se producirán, según se ha anticipado, con la entrega de la cosa al adquirente. Esta regla subsidiaria se corresponde con la adoptada en el

es siempre y solo *inter partes*) y el acto dispositivo por el que se transmite el derecho real; la titularidad real nace exclusivamente de este último, formado por el acuerdo de transmitir y adquirir. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de bienes inmuebles es precisa la inscripción —que es constitutiva— (§573 BGB) y tratándose de muebles, la entrega de la cosa (§929 BGB). El el Derecho francés responde, como el italiano, al modelo consensualista en la medida en que la transmisión de la titularidad de la cosa se produce con la mera perfección del contrato; esto es: la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes (art. 1138 del *Code civil* francés y art. 1376 del *Codice civile* italiano). Sin embargo, en el Derecho español rige la teoría del título y modo en cuya virtud para transmitir la propiedad hace falta la entrega de la cosa objeto del contrato; en este sentido, establece el artículo 609 del Código civil que “la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”.

²⁴ Advértase que a tenor del artículo 1.1 del Código europeo de contratos, “el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte”.

Derecho español que —lejos de la transmisión solo *consensu*— exige como presupuesto de los cambios reales que traen causa de un negocio jurídico *inter vivos* la *traditio* del bien mueble. Es decir, la modificación real no se producirá sin la concurrencia de dos elementos: el contrato que obliga y la tradición que consuma²⁵.

Sentado lo anterior, antes de pasar al examen de los efectos reales de los contratos que tienen por objeto bienes inmuebles, todavía hay otro asunto relativo a los contratos de bienes muebles que merece particular consideración. Me refiero a las adquisiciones *a non domino*. Sobre este particular, establece el apartado segundo del artículo 46 del Código europeo que si quien transmite una cosa mueble no es el dueño, la otra parte contratante deviene propietaria de la cosa desde la entrega, con tal que sea de buena fe. Lo anterior no representa una novedad respecto del Derecho español —que se hace eco de la figura en el artículo 464 del Código civil, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85 del Código de comercio en relación con las adquisiciones en tienda o establecimiento abierto al público— salvo en lo que hace a la simplificación de los presupuestos determinantes de la protección del adquirente.

En efecto, en el Derecho español no plantea dudas de interpretación el artículo 85 del Código de comercio que establece que "la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al

²⁵ Así por lo tanto, con independencia de la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa, en todo caso habrá de entregar su posesión para que la transferencia alcance valor práctico. A este respecto, llama la atención la ausencia en el Código europeo de la indicación de las diversas modalidades de entrega. Sin duda que ésta se entenderá realizada cuando se produzca realmente, pero no debe ignorarse que el Código civil español admite otras; así: la tradición instrumental, mediante escritura pública (art. 1462.1 Cc.); la tradición simbólica, mediante la entrega de las llaves del lugar donde la cosa mueble está guardada (art. 1463 Cc.); la tradición por acuerdo de las partes cuando la cosa no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta o si el comprador ya la tenía en su poder por otro motivo (art. 1463 Cc.); y, en fin, la tradición de los bienes incorpóreos que se entiende realizada por el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o por el uso del derecho por el comprador consintiendo el vendedor (art. 1464 Cc.).

público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas, quedando a salvo, en su caso, los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponderle contra el que los vendiere indebidamente". En todo caso, si alguna duda se ha planteado al respecto ha sido en torno a la omisión por el legislador mercantil del requisito de la buena fe. Lo cierto es que el silencio legal sobre el particular se resuelve por la doctrina mayoritaria en el sentido de afirmar la existencia de una presunción *iuris tantum* sobre la buena fe del adquirente, susceptible de ser desvirtuada por el reivindicante³⁶.

Firme lo anterior, la redacción del anteproyecto no da lugar a la polémica que tradicionalmente se ha suscitado en el Derecho español en relación con los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del precepto transcrito; supuestos a los que resulta de aplicación el artículo 464 del Código civil. En este sentido debe recordarse que el apartado segundo del artículo 46 del anteproyecto se limita a establecer que si quien transmite una cosa mueble no es el propietario, la otra parte contratante deviene propietaria de la cosa desde la entrega, con tal que sea de buena fe. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en la primera proposición del apartado primero del artículo 464 del Código civil, "la posesión adquirida de buena fe equivale a título"³⁷. Aun a riesgo de una excesiva simplificación, en orden a comprender la polémica suscitada en torno a aquella afirmación, se exponen a continuación las dos tesis principales que se han formulado al respecto:

³⁶ Sobre la interpretación del artículo 85 del Código de comercio y la buena fe como presupuesto de la protección del adquirente a nos *domino*, cfr: MELÓN INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, 1958, pp. 123 y 124 y AMORÓS GUARDIOLA, "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 254 y ss.

³⁷ En el Código europeo se prescinde de la polémica equivalencia que sienta el artículo 464.1 del Código civil español entre posesión de buena fe y título, estableciendo, de forma más simplificada, que el adquirente de buena fe, cuya adquisición traiga causa de quien no estaba legitimado para transmitir, deviene propietario.

a) La tesis tradicional, también llamada romanista, interpreta el artículo 464 del Código civil con referencia a la figura de la usucapción. Desde esta perspectiva, el título al que equivale la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe se entiende en el sentido del justo título que, según el artículo 1940 del Código civil, es siempre necesario junto con la buena fe para la usucapción ordinaria³⁸. Por lo demás, se aduce que la existencia de una usucapción mobiliaria en el Derecho español constituye un serio obstáculo a la admisión de una función adquisitiva *a non domino* de la regla «posesión vale a título». Si el poseedor de buena fe necesita tres años, *ex art.* 1955 Cc., para obtener el dominio, en principio no puede tener eficacia adquisitiva una posesión instantánea de buena fe; y del referido precepto no cabe excluir ninguna cosa, ni siquiera las perdidas, hurtadas o robadas.

b) Lo cierto es que, para un amplio sector doctrinal —los partidarios de la tesis germanista— aquella frase inicial del artículo 464 del Código civil español establece una regla general de adquisición automática *a non domino*. Dicha regla general se excepciona en el propio precepto al añadir que «sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiere sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea»³⁹. Las dificultades surgen en torno a la interpretación de la expresión privación ilegal; y es que si ésta se entiende en sentido amplio, la excepción prácticamente anula la regla general⁴⁰. Esta dificultad se salva por

³⁸ A favor de esta interpretación del artículo 464 del Código civil, *vid.*, por todos: MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, pp. 497 y ss. y VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre el Derecho de cosas*, II, Madrid, 1986, II, pp. 106 y ss.

³⁹ Adviértase que en la redacción del precepto del Código europeo no se excepciona ni se somete a condición la regla general relativa a la protección de la persona que adquiere una cosa de quien no era propietario de ella.

⁴⁰ Téngase en cuenta que desde este punto de vista, en la excepción de la proposición segunda del artículo 464.1 del Código civil, encontrarían acogida, tanto los casos en que la cosa hubiere sido hurtada o robada a su dueño, cuanto los de estafa (alguien enajena una cosa atribuyéndose falsamente una facultad de disposición sobre ella de la que carece) y de apropiación indebida (alguien, en perjuicio de otro, se apropia de una cosa mueble que haya recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla).

los partidarios de la tesis que examinamos con referencia al artículo 2279 del Código civil francés en el que el término *vol* comprende sólo los casos de hurto o robo pero no los de estafa o apropiación indebida⁴¹.

C. Contratos sobre bienes inmuebles o muebles registrables

Como ya se anticipó al comienzo de este epígrafe, el régimen de los efectos reales del contrato recibe en el Código europeo un tratamiento diverso según tenga por objeto bienes muebles o inmuebles. Pues bien, analizada la eficacia real de los negocios sobre cosas muebles, en cuanto a la que deriva de los negocios estipulados para la transmisión de muebles inscritos y de inmuebles, el apartado tercero del artículo 46 del Código europeo se remite a las normas de publicidad establecidas en las legislaciones nacionales. En el Derecho español, la doctrina sostiene que la inscripción de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad no sustituye a la tradición sino que concurre con ésta en el sentido de tratarse de dos elementos de diversa naturaleza: la tradición está destinada a perfeccionar el proceso adquisitivo y la inscripción a dar publicidad a la titularidad que trae causa de la transmisión⁴².

⁴¹ Conviene señalar que en el momento presente la interpretación germanista parece prevalecer en la jurisprudencia como, con cita de otras muchas, ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1990 y de 25 de febrero de 1992 (entre la doctrina, *vid.*, por todos: HERNÁNDEZ GIL, "El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 496 y ss. y del mismo autor, *Nuevas perspectivas para la interpretación del artículo 464 del Código civil*, Madrid, 1976; y DE LA CÁMARA, *La adquisición a non domino de bienes muebles —nuevo estudio sobre el artículo 464.1 del Código civil—*, Madrid, 1982).

⁴² La mayoría de la doctrina española —como la alemana y la italiana— parten del supuesto de que el tercero, en virtud de la protección que le dispensa el Registro, una vez que inscribe se hace dueño de la finca adquirida; es decir, la inscripción supone algo más que la mera protección frente a una eventual acción reivindicatoria del primer adquirente no inscrito: el tercero deviene verdadero propietario, de manera que el adquirente a non domino perfecciona a través de la publicidad registral una adquisición plenamente válida y eficaz como si proviniera de un verdadero dueño (por todos, *vid.* LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil III bis —Derecho Inmobiliario Registral—*, Madrid, 2003, pp. 103 y ss.).

Junto con la regla de la eficacia real de los contratos sobre inmuebles, proporciona el apartado tercero del artículo 46 del Código europeo la pauta conforme a la cual habrá de determinarse en cada caso la ley aplicable. En este sentido, establece el precepto citado que tratándose de bienes inmuebles se atenderá a la ley de la zona donde éstos se encuentren; y en el caso de muebles registrados, a la ley del lugar en el que deban ser entregados al adquirente. Se resuelve de esta forma un conflicto de normas en el espacio con arreglo a dos criterios diversos. El primero coincide con el artículo 10.1 del Código civil español; el segundo, sin embargo, carece de precepto homónimo en el Derecho patrio, pues el artículo 10.1.2.º del Código civil aplica a los bienes muebles el mismo criterio que para los inmuebles.

D. El riesgo de destrucción o deterioro de la cosa objeto del contrato

El último apartado del artículo 46 del Código europeo alude a los riesgos de la destrucción o deterioro de la cosa objeto del contrato celebrado con la finalidad de transmitir su propiedad o de constituir un derecho real sobre ella. En particular, los redactores del texto proyectado han trasladado esos riesgos al adquirente desde el momento de la toma de posesión del bien mueble; es decir, no desde el momento en que se produce el efecto real. Desde este punto de vista, en el caso de que las partes hubieren acordado que el contrato produzca efecto real y traslativo del dominio antes de la entrega de la cosa, no regirá el principio *res perit domino*, sino el principio *res perit venditor* ya que la propiedad se habría transmitido, pero no el riesgo por perecimiento o deterioro que persistirá a cargo del transmitente hasta efectuarse la entrega⁴³.

⁴³ En este contexto ha de interpretarse el artículo 45.2 del Código europeo, al que se ha hecho referencia con anterioridad, cuando dice que el deudor tiene la obligación de conservar la cosa hasta su entrega, sin perjuicio de la destrucción o deterioro de aquélla debido a caso fortuito.

A la vista de lo anterior, queda fuera de toda duda que la solución no coincide con la adoptada en el artículo 1182 del Código civil español que establece que quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora (*res perit emptori*)⁴⁴. La regla del citado precepto, si bien incontrovertida en relación con las obligaciones simples, no puede sostenerse en los mismos términos con referencia a las sinalagmáticas; y es que respecto de estas últimas, no resuelve el legislador si el adquirente sigue estando obligado al pago del precio. La doctrina mayoritaria entiende que el riesgo pesa sobre este último, de manera que extinguida la obligación de entrega del vendedor, el comprador habrá de abonar el precio estipulado no obstante la desaparición de la cosa por caso fortuito.

5. OTROS EFECTOS DEL CONTRATO

A. *La enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de disfrute personal*

El Código europeo regula en el artículo 47 la doble enajenación con referencia a cosas muebles (a) y en relación a derechos de disfrute personal (b).

a) En el apartado primero del artículo citado se establece que "si en virtud de contratos sucesivos un sujeto transmite a favor de varias personas la propiedad de una cosa o un derecho real

⁴⁴ De este precepto se infiere, interpretado a contrario, que subsiste la obligación de entrega, en dos casos: en primer lugar, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación se debiera a culpa del deudor; y en segundo lugar, cuando la prestación fuere imposible de cumplir después de haberse constituido en mora el deudor, aunque en este caso la imposibilidad no trajera causa de una conducta negligente de este último (sobre los riesgos en el contrato de compraventa en el Derecho español, *vid.*, por todos: COSSÍO, "Los riesgos en la compraventa civil y mercantil", en *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 361 y ss.; ROCA SASTRE, "El riesgo en la compraventa", en *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Madrid, 1948, pp. 348 y ss. y ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972).

sobre la cosa, y aun cuando en los propios contratos se hubieran excluido los efectos reales que derivan de la entrega de la cosa, adquiere la propiedad aquél que ha obtenido de buena fe la posesión material⁴⁵.

La solución transcrita no coincide con la vigente del Derecho español en la medida que el artículo 1473 del Código civil establece en su apartado primero que si una misma cosa mueble se hubiere vendido a diferentes compradores la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe⁴⁵. El legislador se está refiriendo aquí a la doble venta de bienes muebles y si bien parece contemplar exclusivamente la posesión real o material, no parece que deban excluirse del alcance del precepto los casos en que se adquiere la posesión en virtud de una *traditio ficta*.

Tampoco prevé expresamente el artículo 46 del Código europeo el supuesto en que ninguno de los adquirentes hubiera tomado posesión de la cosa. En el Derecho español, ante el silencio del legislador al respecto, entiende la doctrina que procede la solución que proporciona el apartado tercero del artículo 1473 del Código civil para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos, ni poseídos por ninguno de los adquirentes; a saber: prevalencia del que tenga título más antiguo⁴⁶.

⁴⁵ En el Derecho español, algunos autores consideran que la tradición, para que tenga lugar, requiere el poder de disposición del *tradens*, de manera que no hay tradición si quien celebra la compraventa no es propietario, aunque entregue la cosa. En sentido diverso, sostienen DELGADO y PARRA, que la vinculación del poder de disposición a la tradición tiene razón de ser, únicamente, según resulta del artículo 609 del Código civil, respecto de ciertos contratos; por consiguiente, no debe descartarse el supuesto de un contrato válido, otorgado por quien tiene poder de disposición y seguido de la entrega —de los que cabría decir que se ha producido técnicamente la tradición—, que nunca producirá la transmisión de la propiedad (piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento); desde este punto de vista, no parece arbitrario entender que el poder de disposición es una condición de eficacia y que la venta realizada por quien no tiene poder de disposición no es nula (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*, Parte primera, Zaragoza, 2003, p. 10, publicado en la red: <http://www.codigo-civil.net/nulidad>).

⁴⁶ En este sentido, DE LA CUESTA SÁENZ, "Efectos del contrato", cit., p. 281.

No se aborda en el Código europeo la hipótesis de la doble venta de un bien inmueble. Sí, por el contrario, en el Derecho español, estableciendo el apartado segundo del artículo 1473 del Código civil, que la adquisición se producirá con ocasión del cumplimiento de las formalidades de publicidad registral; esto es, devendrá propietario quien primero inscriba de buena fe (*prior tempore potior iure*). De ahí que en estos casos carezca de relevancia la posesión extrarregistral⁴⁷.

Para terminar con la doble enajenación, no está de más señalar que en la medida en que vender dos o más veces significa incumplir la obligación del vendedor de transmitir, al menos respecto de uno de sus compradores, la parte perjudicada tendrá a su disposición la facultad de resolver el contrato por incumplimiento, con indemnización de daños y perjuicios. Sin perjuicio de lo anterior, aunque el anteproyecto omite toda referencia al saneamiento por evicción, no parece que deba concluirse que ha querido excluirse esta obligación, sino simplemente que se ha preferido posponer su regulación a la parte del Código que se dedique en un futuro a los contratos en particular.

b) Hasta aquí la doble enajenación. Mas como se adelantó en otro lugar, el apartado segundo del artículo 46 del anteproyecto aborda la cuestión relativa a la transmisión de derechos personales de goce incompatibles con distintos sujetos; esto es: la constitución de un derecho de disfrute de naturaleza personal sobre una misma cosa a favor de varias personas mediante sucesivos

⁴⁷ Conviene poner de relieve que en el Derecho español, la protección que trae causa de la inscripción de un bien inmueble en el Registro de la Propiedad no exige expresamente el requisito de la buena fe del inscribiente; ello no obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en el sentido de considerarla presupuesto necesario, determinante por tanto de la adquisición de la propiedad. Si no hay inscripción se aplicará, a tenor del artículo 1473.3 del Código civil, el criterio de la primera posesión de buena fe (sobre las numerosas cuestiones que se suscitan en torno a la doble venta, entre los trabajos más recientes, *vid.* PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, y RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bologna, 1993 y del mismo autor, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994).

contratos. Pues bien, en estos casos será titular del derecho el primero que haya obtenido el goce. Y si no lo hubiera obtenido ninguno de los contratantes, tendrá preferencia aquél cuyo título sea de fecha fehaciente más antigua⁴⁸. Téngase en cuenta que en este caso —a diferencia de la doble enajenación— se aborda expresamente la falta de posesión por parte de todos la hipótesis de que ninguno de los contratantes hubiera obtenido el goce, en cuyo caso gozará de preferencia aquél cuyo título tenga fecha fehaciente más antigua.

B. El pacto de no enajenar y de no establecer precios diferentes

Termina el Código europeo el régimen general de los efectos del contrato regulando la eficacia de dos pactos concretos: el de no enajenar (art. 48.1) y el de no establecer precios diferentes (art. 48.2).

Por cuanto hace al primero de los acuerdos señalados, como explica GANDOLFI, su inclusión en el anteproyecto se inspira en el artículo 1379 del *Codice civile*, si bien el precepto del texto proyectado resulta más completo que el italiano⁴⁹. En particular, el texto europeo admite la validez de la cláusula contractual sobre prohibición de vender, si bien con ciertas limitaciones: en primer lugar, restringiendo su eficacia a la relación *inter partes*; en segundo lugar, exigiendo la determinación de dicha eficacia en el tiempo; y, en tercer lugar, requiriendo que la cláusula responda a un interés digno de protección del enajenante que la establece. A la vista de las consideraciones precedentes, cabe advertir —como viene siendo habitual en la tradición jurídica— cierta desconfianza hacia las cláusulas con el contenido que se ha descrito; desconfianza,

⁴⁸ Llama la atención que así como en la doble enajenación el anteproyecto no ofrece solución expresa para el caso de no haber entrado en la posesión de la cosa ninguno de los adquirentes, en el supuesto de la transmisión sucesiva de derechos personales de goce se prevé expresamente la eventualidad de que ninguno de los adquirentes hubiera obtenido el goce.

⁴⁹ Cfr. *Codice europeo* ..., edición de 2001, cit., p. 175.

que se revela en el Derecho español con la prohibición expresa de la inscripción de dicho tipo de pactos en el Registro de la Propiedad. Así resulta del artículo 27 de la Ley hipotecaria, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a las partes de incorporar garantías para el cumplimiento del compromiso asumido por el adquirente⁵⁰.

El otro pacto al que se refiere el artículo 48 es el relativo al no establecimiento de precios diferentes. En particular, establece el apartado segundo del mencionado artículo que lo previsto para la doble enajenación se aplicará igualmente en el caso de que una de las partes se hubiera obligado a no enajenar la cosa que le había sido cedida, a un precio diferente del acordado. En orden a la virtualidad de dicha cláusula resultan de aplicación los mismos requisitos que los señalados para el pacto de no vender: eficacia *inter partes*, limitación en el tiempo, y existencia de un interés digno de protección en el predisponente.

III. EFECTOS PRODUCIDOS POR ELEMENTOS ACCIDENTALES

1. PRELIMINARES

Hasta aquí hemos explicado los efectos típicos del negocio que celebran los contratantes; ahora bien, como sucede en el Derecho español, puede ocurrir que éstos introduzcan, además, algunos elementos en cuya virtud los efectos propios del contrato son queridos de una determinada manera. Es decir, incorporación de ciertas circunstancias que se admiten por el ordenamiento jurídico, siempre que respondan a un interés digno de protección.

Pues bien, de entre esas circunstancias, las más características son la condición, el término y el modo, que tradicionalmente

⁵⁰ Sobre este particular, *id.*, por todos: GÓMEZ GALLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992 y CABALLERO LOZANO, *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones*, Barcelona, 1993.

reciben el nombre de elementos accidentales del contrato. Al estudio de cada uno de ellos nos referimos a continuación.

2. LA CONDICIÓN

No ofrece el Código europeo una definición de condición, ni facilita apriorísticamente una clasificación de las diversas clases de condiciones. Ello no obstante, en cuanto a lo primero cabe afirmar, que la condición es el acontecimiento futuro e incierto, relativo al pasado o al presente, al que queda sometida, total o parcialmente, la eficacia del contrato. Y por lo que hace a las diversas clases de condiciones, de la lectura de los preceptos del Código europeo que contienen su régimen jurídico se deducen las siguientes categorías: suspensiva y resolutoria (arts. 49 y 50); simplemente potestativas (art. 54); y las referidas al pasado o al presente (art. 55).

Con respecto a la condición suspensiva, establece el apartado primero del artículo 49 del texto proyectado, que "las partes pueden pactar que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto si un acontecimiento futuro e incierto se realiza o no". Conviene hacer notar que la redacción del precepto transcrito mejora en cierta forma la ley española. Y es que en el artículo 1113 del Código civil español se concibe la condición como acontecimiento "futuro o incierto" lo que propicia la interpretación favorable a considerar condición un hecho "futuro y cierto". La conclusión, sin embargo, no parece que pueda ser esta última, como ha puesto de relieve la doctrina, en la medida en que la incertidumbre es siempre necesaria y se revela como nota característica de la condición⁵¹. De ahí que en los debates que prece-

⁵¹ Adviértase que el suceso futuro pero cierto nos sitúa en el ámbito del término al que nos referiremos más adelante; en lo que ahora importa, es decir, sobre la interpretación del artículo 1113 del Código civil, entre otros, cfr. MONTES PENADÉS, "Comentario al artículo 1113 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XV.1, Madrid, 1989, ÁLVAREZ VIGARAY, "Comentario al artículo 1113 del Código civil", en *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991.

dieron a la redacción definitiva del anteproyecto, se optase por la solución acogida en los Códigos italiano y portugués —rechazando sin embargo la fórmula española y francesa— explicitando más adelante la posibilidad de consistir la condición en un hecho referido al pasado, si bien desconocido por las partes al tiempo de la perfección del contrato⁵².

Hechas las aclaraciones precedentes, en cuanto se refiere a los efectos del contrato sujeto a condición suspensiva, éstos comienzan a partir del momento en que se realiza la condición, a menos que las partes convengan expresamente que los efectos se retrotraigan al momento de la celebración del contrato y establezcan la forma en que la retroacción puede realizarse conforme a derecho y a sus intereses específicos. Esta facultad de las partes constituye una novedad respecto del Derecho español aunque, en la práctica, se admite que el hecho de que la obligación no produzca entretanto los efectos que le son propios, no significa que no produzca ninguno; en este sentido se sostiene, por ejemplo, que el acreedor puede ejercitar las acciones dirigidas a conservar su derecho⁵³. Sentado lo anterior, el artículo 49 del Código europeo añade en el apartado tercero, que aun cuando las partes acordaren el efecto retroactivo de la condición, los frutos percibidos son debidos sólo a partir del momento en que la condición se cumple.

Por lo que hace a la condición resolutoria, dispone el texto europeo en el artículo 50 que las partes pueden pactar que el contrato deje de producir efecto si un evento futuro e incierto se realiza o no. En este caso el contrato surte todos sus efectos hasta que la condición se cumple, momento a partir del cual los efectos cesan o desaparecen. Por lo demás, añade el precepto citado

⁵² A este respecto, cfr. GANDOLFI, "La condizione del progetto pavese di un codice europeo dei contratti", en *Rivista di Diritto Civile*, 1998, II, pp. 297 y 298.

⁵³ En concreto, dispone el artículo 1121.1 del Código civil que "el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho".

que las consecuencias del cumplimiento no se retrotraen al tiempo de la celebración del contrato, como ocurre sin embargo en la condición suspensiva, a no ser que las partes lo hubieren previsto expresamente.

En relación con las condiciones potestativas, conviene anticipar que el Derecho español distingue entre las puramente potestativas y las simplemente potestativas. Las primeras consisten en el puro querer de interesado, estableciendo el artículo 1115 del Código civil que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación condicional será nula. A esta clase de condición se refiere el apartado primero del artículo 54 del Código europeo al sancionar la nulidad del contrato sometido a una condición suspensiva cuya realización dependa exclusivamente de la voluntad de una de las partes.

En cuanto a las condiciones simplemente potestativas, establece el apartado segundo del artículo 54 del Código europeo que si se hallan en una cláusula separada del contrato lo hacen nulo completamente, a salvo lo dispuesto en el artículo 144 sobre nulidad parcial²⁴. No proporciona el texto proyectado una definición de condición simplemente potestativa, no obstante lo cual cabe afirmar al respecto que son aquéllas que exigen algo más que un mero acto de la voluntad de una de las partes.

Por último, las condiciones referidas al pasado o al presente son también expresamente admitidas por los autores del Código de contratos, estableciendo que las partes pueden convenir que un contrato, o una o varias de sus cláusulas, produzcan efecto en caso de que se haya realizado o no en el pasado, y en caso de que se haya realizado o no en el presente, un acontecimiento que ellas ignoran en el momento de la celebración del contrato (art. 55). El dato que ha de retenerse aquí es el relativo a la ignorancia por

²⁴ En esencia, dice el artículo 144 del Código europeo que si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea consistencia para ser válido autónomamente.

las partes del acontecimiento pasado o presente. Conviene destacar que no hay incertidumbre objetiva, si bien cabe hablar de una incertidumbre subjetiva en la medida en que los interesados ignoran si ha ocurrido o no. Para ellos es como si no hubiera tenido lugar y la eficacia del contrato no dependerá de que el suceso se produzca, porque ya ha ocurrido, sino del conocimiento que los interesados puedan tener de ello⁵⁵.

Hasta aquí la clasificación de las condiciones y su influencia en la eficacia del contrato. Ahora se trata de examinar las cuestiones relativas a los límites del contenido de aquéllas (a) y a las obligaciones de las partes del contrato en las distintas fases de la condición; a saber: pendiente la condición (b) y desaparecida la incertidumbre de la condición (c).

a) En lo que hace al contenido, el artículo del anteproyecto 53 determina que es nulo el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria contraria a las reglas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres⁵⁶. A continuación, alude el texto a las condiciones imposibles, concretando que éstas, si son suspensivas hacen nulo al contrato, mientras que si son resolutorias se reputan no escritas⁵⁷. Por último, en relación a las condiciones ilícitas o imposibles contenidas en una cláusula separada del con-

⁵⁵ Llama la atención que en el Código civil español solo se habla de acontecimiento ocurrido en el pasado, omitiendo el supuesto, que sin embargo es objeto de consideración en el Código europeo, relativo al acontecimiento producido en el presente, pero ignorado.

⁵⁶ El precepto homónimo en el Derecho español (art. 1116 del Código civil) no se refiere a las condiciones ilícitas, sino a las imposibles, contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley. Lo cierto es que la doctrina española interpreta el citado precepto en el sentido de considerar que viene a regular de un lado las condiciones ilícitas o inmorales —que son las que inducen a realizar un acto prohibido por la ley o contrario a las buenas costumbres— y las imposibles —que son aquéllas en las que el suceso puesto como condición no puede realizarse, ya sea materialmente, ya jurídicamente— (a este respecto, *id.*, por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil*, II, cit., p. 101 y LACRUZ, *Elementos*, II, cit., pp. 461 y 462).

⁵⁷ Adviértase que la sanción de nulidad del contrato que trae causa de una condición procederá cuando lo sometido a condición ilícita es todo el contrato en sí y no solo alguna o algunas de sus prestaciones.

trato, dice el texto proyectado que se aplicarán las reglas precedentes en lo que hace a la validez de la cláusula, a salvo lo dispuesto en el artículo 144 sobre nulidad parcial.

b) Posteriormente, el artículo 51 del Código europeo se ocupa expresamente de los efectos del contrato en la fase de pendencia de la condición, es decir, cuando todavía no se ha cumplido. A este respecto, prevé el anteproyecto que mientras la condición no se cumple, la parte que ha contraído una obligación debe comportarse de buena fe, sin perjudicar los derechos de la otra parte⁵⁸. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de poder solicitar judicialmente alguna de las medidas previstas en el artículo 172, con reserva de la indemnización de los daños causados⁵⁹.

c) Por su parte, el artículo 52 del texto proyectado determina que si no se hubiere establecido término en el que deba cumplirse la condición, ésta se reputará no cumplida cuando resulte evidente la imposibilidad de su realización. Y añade que se reputará cumplida o no cumplida desde que la parte contratante interesada hubiere impedido o provocado su cumplimiento. Se ocupan aquí los académicos del grupo de Pavía de la desaparición de la incertidumbre de la condición en términos análogos al modo en que lo hace el legislador español. A tenor del Código civil aquélla desaparece, bien por el cumplimiento de la condición, bien porque es seguro que ésta no va a cumplirse⁶⁰. En este último caso

⁵⁸ Conviene distinguir a los efectos que ahora consideramos entre la condición suspensiva y resolutoria. En el primer caso, los efectos del contrato dependen del cumplimiento de la condición; por ello, quien cumple lo suyo antes de que la condición se cumpla puede reclamar lo que hubiere pagado, sin perjuicio de vincular el contrato en sus propios términos. Si la condición es resolutoria, el contrato produce todos sus efectos, pero se trata de una eficacia claudicante, puesto que el cumplimiento de la condición puede determinar su cesación.

⁵⁹ Recuérdese que en el artículo 172 del Código europeo, que ya ha sido objeto de mención en otro lugar, se regulan la acción de cesación o inhibitoria y la dirigida a exigir el cumplimiento específico de la prestación.

⁶⁰ En el Derecho español, si no se hubiere fijado plazo para la condición, habrá que estar al tiempo que verosíblemente se hubiera querido señalar, según dispone el artículo 1118.2 del Código civil con referencia a las condiciones negativas, pero que cabe hacer extensivo a las positivas.

se habla de falta o deficiencia de la condición que tiene lugar cuando concurre alguna de las siguientes circunstancias: llegada del término en que debía cumplirse (arts. 1117 y 1118 Cc.); a falta de señalamiento de un término, deviniendo imposible su realización (arts. 1117 y 1118 Cc.); oposición a la realización de la condición por la parte interesada en el cumplimiento (art. 1119 Cc.).

3. EL TÉRMINO

El artículo 56 del Código europeo contiene la regulación de los efectos del contrato sometido a término. A este respecto, según se colige del propio precepto, el término consiste en un hecho futuro que seguro acontecerá, aunque se ignore cuándo⁶¹. El término puede ser inicial o final: en el primer caso, la eficacia del contrato depende de su advenimiento; en el segundo caso, el término determina la cesación de los efectos del contrato.

Si las partes del contrato no hubieren pactado un término inicial, aquél producirá efectos en el momento de su celebración, salvo si cabe inferir de las circunstancias, usos y costumbres un término inicial diferente (art. 57.1 del Código europeo). Tratándose de contratos de ejecución continua o periódica, no habiendo pactado las partes un término final cada una de ellas puede poner fin al contrato mediante una comunicación dirigida a la otra parte; ello, con un preaviso que se realizará conforme a la naturaleza del contrato, o de conformidad con la costumbre, o según la buena fe (art. 57.2 del Código europeo).

Hasta aquí, la ausencia en el contrato de un término inicial o final. En el caso de las que las partes, sin embargo, hubieren

⁶¹ Lo característico del término, a diferencia de la condición es la certidumbre. El Código europeo distingue, como en el Derecho español: el término cierto, cuando la certidumbre abarca tanto la llegada del momento como el momento exacto en que ello se producirá (*certus an, certus quando*); y el término incierto, cuando la certidumbre se refiere únicamente a la llegada del momento fijado desconociéndose cuándo llegará (*certus an, incertus quando*).

señalado un término, el artículo 58 ofrece los criterios conforme a los cuales habrá de procederse a su cálculo. En concreto, dispone el apartado primero del artículo 58 del Código europeo que si el término inicial o final no está constituido por una fecha fija o por un acontecimiento futuro, sino que las partes se han referido a un período constituido por un número de días, de meses o de años, se observarán las reglas siguientes: a) no se cuenta el día inicial del término indicado por las partes; b) los meses se calculan con abstracción del número de días que los constituyen, computándose el término a partir del día correspondiente al del mes inicial; c) si el término se indica en años hay que referirlo al día y mes del año inicial.

4. EL MODO

Con el modo los contratantes quieren los efectos propios del negocio, pero también una carga que impone una de las partes a la otra, que consiste normalmente en señalar un uso o destino determinado a la cosa que es objeto del contrato. El modo sujeta de alguna manera las consecuencias propias del negocio jurídico, si bien no puede afirmarse que constituya un requisito de eficacia de éste puesto que la resolución del contrato por incumplimiento del modo únicamente puede tener lugar a instancia del interesado en el cumplimiento, no existiendo obstáculo para que el contrato, mientras no sea impugnado, desenvuelva normalmente los efectos típicos.

En el sentido de lo anterior, debe interpretarse el artículo 59 del Código europeo que establece en su apartado primero que "en las liberalidades entre vivos o por causa de muerte, el beneficiario puede ser obligado a cumplir una carga hasta el valor de la liberalidad"⁶².

⁶² Así como la condición y el término suspenden o resuelven los efectos del negocio cuando se cumplen, en cambio, cuando se apone un modo se quieren los efectos propios del negocio que se celebra más el nuevo efecto de la imposición de una obligación o carga a uno de los interesados (cfr. LACRUZ, *Elementos* ..., II, cit., p. 479).

La experiencia sobre el elemento accidental que estamos considerando, que acoge el Código europeo y que se recibe también en el Derecho español, revela que el modo o la carga se ha impuesto solamente a los negocios gratuitos. Por lo demás, la falta de disciplina positiva sobre la materia se suple, atendida la propia estructura del negocio modal, con referencia al régimen general de las obligaciones, de manera que, nula la carga, no ha de quedar afectada la validez del negocio.

En el apartado segundo del precepto que examinamos, se establece que si el cumplimiento de la carga es de interés público, en caso de muerte de la otra parte su realización puede ser requerida igualmente por la autoridad pública. Y termina el artículo 59 del anteproyecto haciendo extensivo a los contratos estipulados a favor de terceros o en consideración a tercero lo previsto respecto del modo⁶².

⁶² El régimen del contrato a favor de tercero se contiene en los artículos 72 a 74 del Código europeo, a cuyo comentario me remito.

CAPÍTULO VIII
LA REPRESENTACIÓN

Gabriel GARCÍA CANTERO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. PARTE PRIMERA. LA REPRESENTACIÓN EN EL PROYECTO DE PAVÍA. 2. Los trabajos preparatorios sobre representación en el *Rapport introductif* de Gandolfi. 3. Razones alegadas para justificar el contenido de las disposiciones del Anteproyecto en esta materia. 4. Concepto y caracteres de la representación en el Proyecto de Pavía: A) Fuentes de la representación; B) Concepto y caracteres de la representación negociada directa. 5. Representación aparente. 6. El apoderamiento. 7. La revocación del poder: A) Introducción al art. 63; B) Naturaleza jurídica de la revocación del poder y sus caracteres; C) Fundamento de la irrevocabilidad del poder; D) La cláusula de irrevocabilidad; E) Efectos de la irrevocabilidad; F) Notificación de la revocación a los terceros interesados; G) Otras causas de extinción del poder; H) La modificación de los poderes de representación. 8. El *falsus procurator* y la ratificación del *dominus*. A) Introducción; B) El contrato celebrado por el representante sin poder; C) *Ratihabito procurationi aequiparatur*: a) Planteamiento; b) Requisitos de la ratificación; c) Efectos de la ratificación; d) Breve referencia a la naturaleza jurídica de la ratificación. 9. Capacidad de los sujetos que intervienen en el negocio representativo. 10. Circunstancias subjetivas. 11. Autocontrato y colisión de intereses: A) Introducción; B) El art. 68 del Proyecto; C) Modalidades de autocontratación en sentido amplio; D) El contrato del representante consigo mismo; E) Actuación del representante en nombre de dos representados; F) La contradicción de intereses; G) La acción de anulabilidad. 12. Representantes y auxiliares del empresario; A) Razón de ser del precepto; B) Los representantes y auxiliares del empresario. PARTE SEGUNDA. ADAPTACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL. 13. Indicación general. 14. Sobre el concepto y requisitos de la representación voluntaria. 15. Sobre la representación aparente. 16. Poder y representación. La revocación del poder y otras causas de extinción del mismo. 17. El contrato representativo, el *falsus procurator* y la ratificación del representado. 18. Autocontratación. 19. Representantes y auxiliares del empresario. 20. Juicio valorativo de conjunto.

1. INTRODUCCIÓN

La materia relativa a la representación en el Proy. de Pavía constituye la Sección 3ª dentro del Tit. VI, atinente a los efectos, *lato sensu*, del contrato. Dicha sección posee un contenido denso y amplio y su decena de artículos (arts. 60 a 69) contemplan, en su mayoría, situaciones discutidas a diario ante los Tribunales, sin que, por otra parte, haya unanimidad doctrinal ni legislativa en las soluciones que se ofrecen en los distintos países de la UE. Los Académicos al definirse en el Proy. ante ciertas cuestiones, hacen, en cierto modo, un ejercicio de valentía, no exento de audacia, al posicionarse personalmente, lo que permite atribuir a esta sección un valor doctrinal suplementario.

El contenido sustancial de la sección es el siguiente:

El art. 60 trata de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la figura, y aunque se admite que la representación puede tener origen voluntario, legal o judicial, se advierte claramente que se propone regular la voluntaria, nacida de la autonomía contractual, y, además —en sentido estricto— de la denominada representación directa.

El caso especial de la representación aparente se regula en el art. 61.

La fuente de la representación voluntaria es el poder, a cuya regulación se dedica el art. 62, mientras que su revocación se contempla en el art. 63.

La representación sin poder, y su extralimitación se regula en el art. 64. La ratificación en el art. 65.

El negocio representativo es el llevado a cabo por el representante en el ejercicio del poder que se le ha otorgado por el representado; la capacidad requerida se regula en el art. 66, así como los vicios y las circunstancias subjetivas de buena o mala fe. El art. 67 se refiere al mero nuncio.

La figura de la autocontratación y el conflicto de intereses que genera se tratan en el art. 68.

El art. 69 hace una incursión por el Derecho mercantil al ocuparse de los representantes y auxiliares del empresario.

Sabido es que el supuesto del contrato formalizado mediante representante tuvo graves dificultades para admitirse en el Derecho romano, y a tal circunstancia se debió que los Códigos decimonónicos ofrecieran una regulación de la representación, escasa y poco satisfactoria, siendo preciso esperar a los Códigos de la pasada centuria para encontrar un régimen de esta materia mejor adaptado a la realidad del tráfico. Ocurre, sin embargo, que los nuevos cuerpos legales difieren en el tratamiento sistemático de la representación, pues unos la sitúan en el Parte general, dentro del negocio jurídico; otros la llevan a la doctrina general del contrato; mientras, que finalmente, como ocurre en el nuestro, la regulación se mezcla con la del contrato de mandato, que, por lo demás es cauce contractual normal de la representación en la práctica negocial de nuestros días.

Yo creo que los Académicos de Pavía han atendido, sobre todo, a las circunstancias socio-económicas a que se enfrenta un futuro Código contractual europeo. Como se ha advertido acertadamente¹, de la regulación del Proy. no debe extraerse la idea de que la representación actúe sólo en el mundo de la contratación, sino que la regulación aquí contenida tendrá que coordinarse e integrarse necesariamente con la del contrato a que sirve de soporte la representación. Por el contrario, ahora se adoptan pautas que, ulteriormente, deberán completarse al regular algunos de los contratos en particular (previsión implícita asimismo, como antes se vió, al tratar, por ej. de la forma de los contratos).

Resta señalar que el *Rapport introductif* da buena cuenta de la línea argumental por donde discurrieron las propuestas pre-

¹ GORDILLO CAÑAS *La representación*, en *VVAA Homenaje al Prof. de los Mozos*, I (Madrid 2003) p. 305 s.

vias así como de la postura adoptada definitivamente después de la discusión plenaria entre los miembros de la Academia de Pavía.

PARTE PRIMERA. LA REPRESENTACIÓN EN EL PROYECTO DE PAVÍA

2. LOS TRABAJOS PREPARATORIOS SOBRE REPRESENTACIÓN SEGÚN EL *RAPPORT INTRODUCTIF* DE GANDOLFI².

Los dos esquemas de base representados por el Contract Code de McGREGOR y el C.c.ital.1942.

En ambos esquemas de base adoptados se consagra un capítulo entero al fenómeno de la representación. En el *Contract Code* se inserta en la tercera parte que atiene a las *three party situations* (que comprende igualmente a los contratos celebrados entre más de dos partes, los contratos a favor de tercero y la transmisión de derechos y de obligaciones que nacen del contrato). Una parte así estructurada de manera bastante autónoma y homogénea no existe en el Código italiano. Sin embargo, en este último el capítulo consagrado a la representación se sitúa después de los capítulos relativos al contrato por persona a designar, a la cesión de contrato y al contrato a favor de tercero, por lo cual tales materias en el Código italiano se encuentran asociadas en una sucesión que no difiere tanto de la del *Contract code*:

Una comparación entre ambos esquemas de base permite evidenciar los puntos siguientes:

El *Contract code* se apoya sobre todo en el hecho de que *it is apparent* para la otra parte contratante que la persona

² *Code européen des contrats* (a cargo del coordinador G. GANDOLFI) (Milano 1998). Las pp. 247 ss. contienen, el planteamiento general del tema por aquél, y la exposición de las posturas defendidas, inicialmente, por los Académicos; las pp. 255 s. se dedican a las razones en que se fundamenta la postura del coordinador en el *Rapport introductif*. La discusión ulterior se encuentra en pp. 369-393.

authorized actúa en nombre del *principal*, mientras que en el Código italiano se exige una *contemplatio domini formal*, o dicho de otro modo es necesario que el representante actúe *en nombre* del representado, declarando expresamente su nombre (art. 1388). El *Contract code* prevé la hipótesis de que un *principal* actúe de tal modo que haga nacer en la otra parte contratante la convicción razonable de tratar el asunto con un sujeto al que el primero ha conferido el poder de representarle, aunque tal cosa no se ha producido. En este caso el contrato se origina entre el *principal* y la otra parte. Tal solución, por el contrario, no se produce en el Código italiano, aunque encuentra su origen en la jurisprudencia (s. de Casación de 3 junio 1982). Por lo demás hay que señalar que en el Código italiano la problemática se afronta de modo más exhaustivo y analítico. Se regulan, en efecto, los estados y los momentos subjetivos del fenómeno y el eventual conflicto de intereses.

Comparación entre el Código italiano, el BGB y otros Códigos europeos.

Parece evidente que el carácter exhaustivo que se desprende del Código italiano depende, en buena parte, del hecho de que el legislador italiano nunca ha perdido de vista las soluciones contenidas en el BGB (que, por otra parte, Martín POSCH considera demasiado *complicadas*), sin perjuicio de utilizar otras vías, en más de una cuestión, tal como se indica a continuación.

En el BGB no es necesario que el representante emita de modo expreso la declaración contractual en nombre del representado. Basta con que ello sea claro vista las circunstancias de que esta declaración debe haberse producido en nombre de este último (*dessen Namens erfolgen soll*: § 164 p. 1). Esta solución se adopta también en el CSO (art. 32), en el que tal hipótesis se asimila a la de que la identidad de la otra parte

contratante resulta indiferente para el tercer contratante. En la jurisprudencia italiana lo que se denomina *contemplatio domini tacita*, fue excluida primero por s. Casación civ. de 7 abril 1979, y más tarde admitida, pero sólo para los actos que no requieren forma escrita (dado que el poder de representación puede deducirse, en lo que concierne a estos últimos, de hechos unívocos y concluyentes deducidos del comportamiento de las partes (s. Casación civ. 11 enero 1980), y nunca para los contratos que tienen por objeto la transmisión de inmuebles (s. Casación civ. de 7 febrero 1984).

El poder de representación en el BGB puede ser otorgado mediante una declaración dirigida al tercero con el que éste debe tratar (§ 167), o bien entregando al futuro representante un documento que cumpla la función de apoderamiento (§ 172), si bien, como ocurre en el art. 1392 del C.c. ital., la forma escrita no es necesaria para el acto al que se refiere el poder (§ 162 párr. 2).

En el contrato celebrado por el *falsus procurator* el tercer contratante tiene un derecho de revocación —que no se prevé en el Código italiano— hasta la ratificación, a menos que haya tenido conocimiento de la falta de representación (§ 178). Siempre que se trate de un contrato celebrado por el *falsus procurator* éste, en defecto de ratificación, queda obligado frente al tercero, a elección de éste, sea a cumplir el contrato, sea a indemnizar los perjuicios causados, a menos que el tercero haya tenido conocimiento de la falta de representación (§ 179). El art. 1398 C.c.ital. sólo prevé la indemnización de daños y perjuicios a favor del tercer contratante de buena fe. El art. 39, párr. 2º del CSO autoriza al Juez, por razones de equidad, a condenar al *falsus procurator*, en caso de culpa, a una indemnización más elevada por razones de equidad.

El representante puede celebrar un contrato consigo mismo, o cumplir como representante de un tercero un acto

en nombre exclusivamente del representado si se trata del cumplimiento de una obligación (§ 181: ... *es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht*). En el art. 1395 del C.c.ital. es necesaria la autorización específica del representado, salvo si el contenido del acto se determina de tal modo que queda excluida la posibilidad de un conflicto de intereses.

En cuanto al CSO, todavía cabe señalar una responsabilidad por los daños sufridos por los terceros de buena fe, a cargo de una persona que ha otorgado un poder y no ha solicitado su restitución después de extinguirse el mandato (art. 36 pár. 2°).

Un examen global de los principales Códigos europeos permite recordar que en el Código austriaco (§ 1017), francés (art. 1998) y español (art. 1727), el fenómeno se trata a propósito del contrato de mandato. Pero la reglamentación autónoma de la representación y del apoderamiento en el BGB (§§164-181) no se explica exclusivamente por la presencia en este Código de una *Parte General*. En efecto, el ejemplo alemán es seguido por el CSO, el cual se ocupa de la representación en el capítulo introductorio relativo a las obligaciones que derivan del contrato (arts. 32-40). También le sigue el Código italiano. Se observará que en la *Relación Ministerial* que acompaña a este último (n° 634) la representación *puede vincularse a relaciones distintas del mandato*. En el nuevo Código Holandés el fenómeno se trata en el Libro III (que trata *Del derecho patrimonial en general*) a propósito del poder (art. 60 pár. 1) y más tarde se vuelve a tratar en el Libro VII respecto del mandato (art. 400).

Propuestas de los Académicos.

El tema atrajo la atención de buen número de Académicos, debido probablemente a su importancia dogmática y a las diversas posiciones doctrinales vigentes en cada país y a las que cien-

tíficamente se adhiere cada uno de aquéllos; ello explica, a mi juicio, que el Coordinador las haya reproducido *in extenso*³.

Con carácter previo el Grupo inglés y ANTUNES VARELA opinaron que el Código en curso de redacción no debía tratar el tema de la representación en la medida en que no es materia exclusiva de los contratos. Por el contrario, el Grupo español opina que la presencia de un capítulo que regule orgánicamente la materia, y de modo bastante completo es buena cosa. Sugiere la posibilidad de completar la regulación utilizando algunas reglas del *Contract code*, entre las cuales cabe mencionar las disposiciones relativas al representante oculto y al representante aparente (arts. 621-2 y 622 *Contract code*), especialmente por el papel otorgado en el primer caso a la buena fe. M. POSCH opina que debe tomarse en consideración la representación, en primer lugar, por tratarse de una materia cuya regulación no puede abandonarse a la autonomía de la voluntad, y en segundo lugar porque la Convención de Viena de 1980 no proporciona ninguna orientación que se deba seguir. SIEHR considera asimismo que esta parte del Proyecto debe regular todos los aspectos de la representación, mientras que los problemas relativos a las relaciones internas entre representante y representado deben regularse en los contratos en particular; observa a este propósito que el *descubrimiento* de LABAND (como lo ha definido DÖLLE) indica claramente que el fenómeno abarca dos aspectos: si de una parte los efectos de un acto del representante se producen directamente respecto del representado, y, de otra parte, si el primero ostenta derechos y obligaciones respecto del segundo, cabe preguntarse por su naturaleza jurídica; añade, además, que en el BGB y en los demás Códigos continentales no se llegan a aclarar las posiciones extremas entre las que cabe optar a este propósito, siendo más bien en

³ *Code européenne de contrats* etc. cit. pp. 250-255.

la *agency* anglo-americana en donde se observan mejor ambos perfiles.

En cuanto a cuestiones particulares de la regulación de la materia, he aquí las proposiciones principales que emergen de una comparación entre los dos esquemas de base.

ANTUNES VARELA, DE LOS MOZOS y STRANARD se pronuncian a favor del esquema de la representación tal como se regula en el Código italiano, mientras que SORTAIS considera razonable distinguir entre el poder para terceros y la relación jurídica en cuya virtud se ha conferido el poder al representante; observa además respecto del último que si el contenido del contrato ha sido enteramente fijado de modo previo por el *dominus*, resulta difícil ver otra cosa que un *nuntius* en el sujeto que actúa; resulta evidente que el representante convencional recibirá instrucciones más o menos detalladas del *dominus*, pero es indispensable que tales instrucciones dejen al representante cierto margen de iniciativa o de apreciación ya que, para que pueda hablarse de representación es preciso que el representado sea vinculado mediante la voluntad propia del representante; sin un mínimo de libertad para el representante no hay verdadera representación.

M. POSCH declara que, por principio, prefiere las soluciones dictadas por el Código italiano, mientras que hace determinadas observaciones en relación con las reglas de los arts. 621 y 622 *Contract code*; así el art. 621 no declara abiertamente cuáles son los requisitos necesarios para que un poder pueda ser considerado como eficazmente otorgado, ni que consecuencias derivan del hecho de que el representante no se atenga a las instrucciones del *dominus* aunque actúe en perjuicio de éste, sin que el tercero se dé cuenta de ello; es superflua, a su juicio, la regla del art. 621.2; estima aceptable la solución que dicta el art. 622 (según la cual si alguien carece de poder representar al *dominus*, pero si éste hace creer al

tercero que le ha conferido poder, el contrato produce efecto entre el tercero y el *dominus*); con todo, estima necesario distinguir entre representación voluntaria y legal (ver *infra*); observa, además, que en el *Contract code* faltan reglas como las de los arts. 1389-1397 y 1399 del C.c.ital., y tampoco precisa si el representante puede, comprometiendo al representado, emitir o recibir declaraciones unilaterales de voluntad [...]; añade que en el Código que se prepara sería bueno evitar tales lagunas que inevitablemente se colmarían con el recurso al juez, a las reglas y costumbres estatales, comprometiendo así la unificación del derecho.

ANTUNES VARELA y STRANARD se pronuncian a favor de exigir la *contemplatio domini*, mientras que DE LOS MOZOS prefiere la solución del art. 622 *Contract code*. SORTAIS sería favorable *a priori* al riguroso mantenimiento del principio de la *contemplatio domini*, pero añade la siguiente consideración: de no hacerse así ¿no se corre el riesgo de tratar diferentemente la situación del representante y la del gestor de negocios en un campo en el que no hay razones para tratar a uno y otro de modo diferente? SIEHR llama la atención sobre el art. 32 pár. 2º CSO según el cual cuando al tiempo de concluir un contrato por el representante éste no se ha dado a conocer como tal, el representado no se convierte directamente en acreedor o deudor salvo si el tercero debía inferir de las circunstancias que existía una relación de representación, o si le resultaba indiferente contratar con uno u otro.

STURM considera que la regla del art. 1389 C.c.ital. no debiera tener un lugar en nuestro Código; observa que la frase *capacidad de entender y de querer* reenvía a un concepto desconocido en el derecho alemán; en cuanto a los vicios de la voluntad (art. 1390), conflicto de intereses (art. 1394), contrato consigo mismo (art. 1395), en lugar de recurrir a la anulación tal como se prevé en el derecho italiano, sería preferible apli-

car la nulidad *ex lege* tal como se prevé en el Derecho alemán; valora positivamente la regla del art. 622 del *Contract code*. Por su parte SIEHR estima que los problemas relativos a los vicios de la voluntad deben ser estudiados aquí, como ocurre en el §166 BGB, o en el art. 1390 C.c.ital. o en el art. 60 párr. 2º del Libro 3º del nuevo Código holandés, al objeto de evitar las incertidumbres que surgen en los sistemas, como el suizo, que carecen de reglas a este respecto.

En el caso del contrato concluido por el *falsus procurator*, ANTUNES VARELA y STRANARD estiman preferible la solución italiana expuesta en el art. 1398 C.c.ital. más bien que la del §179 BGB, mientras que DE LOS MOZOS abunda a favor de la solución avanzada por el art. 625 *Contract code*. SIEHR, por su parte, llama la atención sobre la regla contenida en el art. 76 párr. 2º Libro 3º Cód. hol. según el cual cuando ha lugar a temer que el apoderado se sirva de un poder extinguido, el autor puede pedir al Tribunal que determine la manera de publicar tal extinción haciendo así aplicable a todos dicha extinción. M. POSCH llama la atención sobre la importancia de una clara indicación de lo que constituye carga de la prueba para no comprometer la unificación de la materia; observa que el art. 1398 suscita cierta perplejidad porque parece atribuir tal carga al tercero, incluso aun en el caso de que el *falsus procurator* haya actuado incorrectamente; propone velar por la protección de los terceros mientras no se demuestre su culpa; sugiere introducir además una disposición del tenor siguiente: *quien tolera que otro le represente a nivel contractual no podrá invocar el hecho de no haber otorgado poder en su favor*.

ANTUNES VARELA afirma que el aspecto principal que debe vigilar la ley es que se conceda al destinatario de la declaración la facultad de exigir la prueba de los poderes que el representante declara poseer, como se prevé en el art. 260 C.c.port.; por ello muestra su conformidad con el art. 1398

C.c.ital.; señala, además, la regla contenida en el art. 265-3º del C.c.port. según la cual si el poder ha sido otorgado no sólo en interés del representado sino también en el del representante o en el de un tercero, aquél no puede ser revocado sin el conocimiento del interesado salvo que concurra un motivo justo; estima que el poder debe expresarse en favor del representante puesto que éste va a actuar en nombre y por cuenta del *dominus*, y que la forma del acto de otorgamiento debe ser idéntica a la requerida para el acto que el apoderado debe realizar o practicar conforme al art. 262-2º C.c.port. En lo relativo a la modificación y revocación del poder considera que debe aceptarse la regla del art. 266-1º de dicho Código, según el cual: *las modificaciones y la revocación del poder deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios suficientes, bajo la sanción de no ser oponibles, salvo que se pruebe que los terceros las han conocido al tiempo de concluir el acto.*

STRANARD se manifiesta en contra de la facultad del representante de delegar sus poderes en un tercero, SIEHR lo considera admisible si es necesario o conforme con los usos y costumbres, DE LOS MOZOS lo subordina al consentimiento del representado [por error dice *del representante*], y ANTUNES VARELA propone adoptar la solución del art. 264-1º C.c.port. según la cual el representante no puede transmitir o delegar sus poderes, a menos que lo permita el *dominus* o si la facultad de sustitución resulta del contenido del poder o de la relación jurídica que la determina.

En cuanto a la oportunidad de introducir en esta sección del Código otras reglas relativas a diferentes formas de interposición en la gestión de la representación, STRANARD parece opinar que el *nuntius* no debiera ser tomado en consideración. SIEHR opina lo mismo dada la dificultad de separar la función del representante y del nuncio, así como la circunstancia de que el representante puede tener limitadas sus

facultades sin dejar de serlo. ANTUNES VARELA observa que si se prevé tal noción no se le debería aplicar los arts. 1390 y 1391 C.c.ital., análogos al art. 259 C.c.port. referentes a los vicios del consentimiento. SORTAIS afirma que el *nuntius*, al estar encargado de tareas puramente materiales, no parece que le sean aplicables ninguna de las reglas relativas al representante, si bien le es exigible cierto grado de diligencia, ello depende de la naturaleza y los términos del contrato (contrato de trabajo o de empresa) que vinculan al *nuntius* con el *dominus*. DE LOS MOZOS avanza la idea de que quizá no sería suficiente con distinguir exclusivamente entre nuncio y representante, sino que eventualmente es preciso hacerlo en el marco de otras formas de interposición a la vista de los problemas que plantean. SORTAIS observa que hay que definir las diferentes clases de representación (legal, convencional o judicial), si bien sólo algunas de las reglas contenidas en la selección resultan aplicables a todos los casos de representación; o dicho de otro modo, conviene reservar disposiciones particulares a cada tipo de contrato representativo. M. POSCH estima igualmente que debe regularse la representación legal dada su gran importancia, sobre todo la representación orgánica de las sociedades y otras personas jurídicas; esta materia debe sustraerse a la autonomía de la voluntad privada, para lo cual evoca el art. 54 pár. 1º del ZGB de la ex.RDA según la cual: *El alcance del poder de representación depende, en caso de representación legal, de las disposiciones legislativas que la regulan*; bastaría en este punto con hacer un reenvío a las reglas nacionales o comunitarias; también considera necesario consagrar una disposición al denominado poder de empresa (*Ladenvollmacht*), que propone redactar en los siguientes términos: *La persona que concluye contratos que le son habituales en los locales de la empresa del representado, en caso de duda se reputa que está autorizado a hacerlo.*

3. RAZONES ALEGADAS PARA JUSTIFICAR EL CONTENIDO DE LAS DISPOSICIONES DEL ANTEPROYECTO EN ESTA MATERIA

Al redactar la sección relativa a la representación, GANDOLFI ha hecho suyas las razones alegadas en este punto por el Grupo español, M. POCH, SIEHR, e, implícitamente, por otros Académicos, sobre la conveniencia de tratar de la representación, aunque sin ignorar las razones en contra del Grupo inglés y de ANTUNES VARELA.

El art. 60 p^o del Anteproy. se ha redactado a la vista de los arts. 1388 C.c.ital, 621 (2) y 622 del *Contract Code*, y §164 p^o. 2 BGB, todo ello teniendo en cuenta las observaciones de ANTUNES VARELA, DE LOS MOZOS, M.POSCH, SIEHR, SORTAIS y STRANARD. La regla italiana se ha tenido en cuenta siguiendo la dirección jurisprudencial que admite la *contemplatio domini* tácita. En el texto no se encontrará la frase de *contrato concluido ...en nombre y por cuenta del representado* sino que se refiere a la *autorisation à agir au nom et pour le compte du représenté*, así como al mero *conocimiento* de aquélla por parte de los terceros. El p^o. 2^o se ha redactado, siguiendo las observaciones de M. POSCH, sobre la base de lo dispuesto en §164 p^o. 3^o BGB. El p^o. 3^o se ha incluido teniendo igualmente en cuenta la sugerencia del mismo autor relativa a la sociedad y otras personas jurídicas, en función de una necesidad de certeza.

El art. 61, inspirado en el criterio de la *apariencia*, se ha redactado teniendo en cuenta la regla del art. 622 *Contract code* (sobre base ante todo de las observaciones del Grupo español y de DE LOS MOZOS), del §164 p^o. 1^o BGB y de la orientación de la jurisprudencia italiana (así s. Casación civil de 3 junio 1982).

El art. 62 en su primer párrafo se ha redactado teniendo en cuenta el §167 p^o. 1^o BGB y el art. 1393 C.c.ital.; el p^o. 2^o refleja la regla contenida en el art. 1392 C.c.ital. separándose expresamente de lo dispuesto en el §167 p^o. 2 BGB.

El art. 63 p^o. 1^o tiene su fuente en el §176 p^o. 3^o BGB siguiendo la propuesta de ANTUNES VARELA. El p^o. 3^o es análogo al art.

1397 C.c.ital. y al §175 BGB. No se ha creído oportuno reproducir el art. 36 párr. 2º CSO. El apartado 4º es conforme al art.1396 C.c.ital. y a los §§169, 170, 171 párr. 2º y 173 BGB.

En cuanto al art. 64 su primer párrafo es conforme al art. 1398 C.c.ital. y al §179 párr. 1º BGB en su segunda parte, que se inspira en un criterio no formalista sino de eficacia en materia de aprovisionamiento en el mercado. El ap. 2º está redactado con el mismo espíritu con que ha prevalecido en el art. 625 *Contract Code*.

En lo concerniente al art. 65 párr. su redacción se debe en la primera parte al art. 1399 párr. 1º C.c.ital. (con el mismo espíritu que ha prevalecido en el art. 1398 párr. 2º C.c.fr. y en el §177 párr. 1º BGB), y en la segunda parte en un espíritu análogo al art. 623 (2) *Contract code* y al §177 párr. 2º, segunda parte BGB y al art. 1399 párr. 4º C.c.ital. Los párrafos 2º y 3º son análogos al art. 1399 párrafos 2º y 5º C.c.ital.

El art. 66 se ha redactado teniendo en cuenta la observación de SIEHR y en el espíritu del art.1398 C.c.ital. y del §§165 BGB, pero la expresión contenida *capacità di intendere e di volere* se ha sustituido por una expresión análoga a la que se contiene en el § 1 104 nº 2º BGB siguiendo la observación de STURM.

En su conjunto el art. 67 es conforme más bien a los arts. 1390 y 1391 C.c.ital. que al §166 BGB.

El art. 68 es análogo a los arts. 1394 y 1395 C.c.ital. en cuanto que la regla del §181 BGB se ha considerado demasiado restrictiva.

El art. 69 se ha redactado teniendo en cuenta la propuesta de M. POSCH, así como sobre la base del art. 622 *Contract Code* (en cuanto se refiere a la *usual authority*), de los arts. 458 y sgte. del CSO, y, sobre todo, de los arts. 2203-2213 C.c.ital.⁴

⁴ En la discusión del *Rapport introductif* de GANDOLFI se abordaron cuestiones tales como la alusión, en sentido más bien negativo, al *nuntius* en el art. 674 (GARCÍA CANTERO, SORTAIS); la *contemplatio domini* en la actuación del representante (TRABUCCHI); la representación aparente del art. 61, aunque se estimó muy restrictiva por RACE y se cin-

4. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA REPRESENTACIÓN EN EL PROYECTO DE PAVIA

El art. 60 es una norma delimitadora pues se dedica fundamentalmente a definir un concepto estricto⁵ de la representación directa en la celebración de cualquier contrato europeo; previamente se indican en el mismo las posibles fuentes de representación, es decir de actuación de un sujeto por otro a quien sustituye; cabe sustitución jurídica en la formación de contratos (negocio bilateral), pero también en la emisión de declaraciones unilaterales, ya constituyan por sí mismos negocios jurídicos unilaterales, ya se integren ulteriormente en otro bilateral. El art. 67.4 parece inspirarse en la idea de incorporar al campo representativo la actuación del mero nuncio o mensajero. La representación directa requiere: 1) la autorización para actuar en nombre y por cuenta del representado; b) que el representante actúe dentro de los límites del poder conferido; y c) que el tercero que contrata con el representante conozca la existencia de la autorización. Lo característico de la representación aquí regulada es que los efectos del negocio representativo se producen directamente frente al representado.

He aquí el texto literal del art. 60 (*contrato celebrado por el representante*):

"1. El contrato celebrado por un sujeto autorizado por el interesado para actuar en nombre y por cuenta de éste produce directamente sus efectos frente al propio representado si el representante ha actuado

sideró oportuno dejar libertad de apreciación al Juez (SORTAIS); la representación indirecta (SIEHR); la aproximación a la gestión de negocios (que GARCÍA CANTERO y ANTUNES VARELA la situaban en el art. 61, ROUILLER, en cambio, más bien en el art. 64, y DE LOS MOZOS avanzó la idea de aproximación al *common law*); la conveniencia de regular otras causas de extinción del poder distintas de la revocación (ROUILLER); la regulación de la capacidad del representante en el negocio representativo en el art. 66 (GARCÍA CANTERO y ANTUNES VARELA); por último, cuestiones de detalle en el art. 69 (SORTAIS, DE LOS MOZOS, ANTUNES VARELA).

⁵ En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 306.

dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos y si el tercero que lo ha celebrado ha tenido conocimiento de la representación.

2. Las declaraciones unilaterales efectuadas por y con respecto al representante, autorizado a emitirías y a recibirlas, producen directamente sus efectos frente al representado.

3. Los apartados 1 y 2 se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial⁶.

A) Fuentes de la representación

El art. 60 contempla fundamentalmente la representación otorgada en virtud de una autorización fruto de un negocio unilateral denominado *apoderamiento*, o, brevemente, *poder*; se trata de la representación voluntaria por su origen, quizá la más frecuente en el tráfico. Junto a ella se menciona la representación judicial, conferida por el Juez dentro del proceso civil o en acto de jurisdicción voluntaria, y, sobre todo, la representación legal, muy frecuente en el ámbito familiar⁷, y cuya mención confirma que los autores del Proy. son sensibles a las inevitables relaciones que lo contractual mantiene con otros sectores del Derecho civil (los padres pueden actuar negocialmente en representación de sus hijos menores, los tutores pueden sustituir en ellas la voluntad de los pupilos etc.), y en ausencia, por ahora, de un Código civil europeo parece adecuado que el Código de los contratos adelante o anticipe normas que próximamente deberán igualmente unificarse. También parece conveniente y acertado que el art. 69 aluda, para incluirlos en la normativa del Proy. a algunos supuestos de representación mercantil comprendiendo así, al menos tendencialmente, en su totalidad, el ámbito del derecho privado.

⁶ Se omite la referencia al texto de la versión DE LOS MOZOS-LUNA por coincidir casi literalmente con la aquí ofrecida.

⁷ Cfr. GARCÍA CANTERO *Notas sobre la representación legal en el Derecho de familia*, en AC, 1990, pp. 119 ss.

Acaso deba examinarse aparte, como supuesto autónomo, el caso del *nuntius* en su actuación típica o específica (así, el muchacho a quien se encarga la entrega de un sobre cerrado al otro contratante, ignorando totalmente el mensajero su contenido e, incluso, el idioma en que está redactada la oferta contractual). En la discusión del *Rapport introductif* avancé personalmente mis dudas sobre la oportunidad de incluir esta figura en el Proy. no obstante lo cual prevaleció la opinión contraria⁸. Habrá que entender, a la vista del art. 67.4 que, exceptuadas las disposiciones contenidas en éste, habrá que aplicar al nuncio el resto de la regulación sobre representación⁹ (incluso el art. 66 que exige que las facultades mentales del representante no estén alteradas por razones patológicas, por lo cual no podrá ser nuncio el discapacitado o el que padece momentáneamente una intoxicación etílica).

Cabe concluir con GORDILLO CAÑAS¹⁰ que, pese a referirse a otras modalidades de representación por razón de su fuente u origen, la regulación general de la representación en el Proy. está predominantemente concebida desde la representación voluntaria.

Por lo demás la representación voluntaria puede intervenir en cualquier fase contractual y en cualquier modalidad contractual, lo mismo en el precontrato que en los contratos de formación sucesiva, lo mismo en los contratos civiles que en los mercantiles o de naturaleza administrativa.

B) Concepto y caracteres de la representación negocial directa

Es fundamental el art. 60.1 del que deriva, en primer término, el requisito del poder o autorización para actuar en nombre de otro; esta materia se regula detalladamente en el art. 62 en

⁸ Op. cit. p. 381.

⁹ En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS, loc. cit. p. 306. Este autor alude a la gran diferencia existente entre la tarea de formar personalmente la voluntad que otro asume como propia, y la de limitarse a transmitir la voluntad que ese otro formó y expresó por sí mismo.

¹⁰ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 307.

cuanto a su otorgamiento, y en el art. 63 en lo relativo a su extinción por revocación. Los casos de actuación de un representante sin poder se describen en el art. 64, completado, a su vez, por el art. 65 en cuanto a la ratificación.

En cuanto al contrato celebrado por el representante, o contrato representativo, supone que la representación ha empezado a desplegar su eficacia no quedándose en lo meramente potencial (como ocurre cuando el poder otorgado no se ha ejercido nunca hasta el momento de llegar su extinción). Hace falta para ello que haya un otorgamiento de poder o autorización por parte del representado o *dominus negotii*. El art. 60.1 exige que la autorización se otorgue *para actuar en nombre y por cuenta* de este último, lo que significa acoger el requisito tradicional de la *contemplatio domini*; el representante no actúa *proprio nomine*, sino que debe quedar bien claro que lo hace en nombre de otro, bien sea de modo expreso, bien sea tácitamente a tenor de las circunstancias¹¹; requiere, además, que el representante haya actuado dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos, lo que supone, por lo menos, que el representante lo manifiesta así a aquel con quien contrata, y, además, que lo justifique si se le pide. Ello enlaza con el último requisito del art. 60.1, a saber, que el tercero que ha celebrado el negocio representativo ha tenido conocimiento de la representación; hay, de por medio, una cuestión de prueba (tal conocimiento ha ocurrido, o no), que debe remitirse a las leyes procesales de cada país, y asimismo un requisito sustancial para la validez del negocio representativo, a saber, aunque externamente sólo hay dos sujetos aparentes (representante y tercero), en realidad es fundamental contar con el representado, en quien recaerán directamente los efectos del negocio por lo cual el tercero ha de conocer la existencia de la representación, es decir que el representante actúa *alieno nomine* en base a un poder cuyo contenido esencial se ha podido transmitir al tercero y éste conoce con exactitud los límites de la autorización concedida, pudiendo advertir

¹¹ GORDILLO CAÑAS loc. cit. califica a este supuesto de representación *tutoria*.

las desviaciones o extralimitaciones en que ha podido incurrir el representante. De no concurrir estos requisitos, la representación no producirá efectos.

En cuanto al ámbito objetivo de actuación, el art. 60.2 extiende la representación a las declaraciones unilaterales tanto para su emisión como para su recepción. Por su parte el art. 60.3 quiere decir que los requisitos del negocio representativo son los mismos en la representación voluntaria, que cuando aquél tiene su fuente en la ley o en un acto judicial.

Característica de la representación directa es que, cumplidos los requisitos del art. 60.1 *produce directamente sus efectos frente al propio representado*; ello supone que desaparece del negocio representativo la persona del representante (a reserva de aplicar el régimen de los arts. 66 y 67) y el negocio se exterioriza como perfeccionado entre el *dominus* y el tercero.

5. REPRESENTACIÓN APARENTE

Se recoge este supuesto de protección de la apariencia inspiándose en la *common law*, en el §164 p. 1º BGB y en la jurisprudencia italiana. Falta aquí el primero de los requisitos exigidos en el art. 60.1 para la actuación de la representación directa, a saber la existencia de un apoderamiento, bien sea porque no existió nunca, o porque existió en el pasado y se ha extinguido actualmente.

He aquí el texto del art. 61 (*Representante aparente*):

*"Cuando un sujeto no tiene poder para actuar en nombre e interés de otro, pero éste ha actuado de manera que induzca al tercero a contratar, dejándole razonablemente creer que aquél tenía tal poder, el contrato queda celebrado entre el representado aparente y la otra parte contratante"*¹².

¹² Hay que atribuir a un *lipsis casum* la redacción ofrecida por DE LOS MOZOS-LUNA del presente artículo al aludir en la última línea al *representante*, y no al representado, tal como expresa el texto oficial francés que indico a continuación:

Estamos en presencia de un negocio representativo en el que falta inicialmente el elemento legitimador constituido por el poder; derivativamente hay que concluir que faltan también los otros dos requisitos, pues al no existir el poder, no cabe hablar, propiamente, de límites del mismo, y tampoco puede darse a conocer algo inexistente. La norma describe gráficamente una conducta que revela, a mi juicio, la mala fe del *dominus* al aparentar frente al tercero que está en vigor un poder a favor del representante, y precisamente para contratar frente a aquél, e induciéndole a hacerlo; el art. 61 no exige que tal poder no haya existido nunca, pues resulta, más bien, verosímil que tal poder existió con anterioridad y luego quedó extinguido, sin que lo conociera el tercero (pudo ocurrir que éste hubiera contratado normalmente con anterioridad, a través del representante que ha dejado de serlo); en principio parece que debe existir una conducta activa, por parte del representado, consistente en maniobras o —como dice el art. 1269 C.c. esp.— maquinaciones insidiosas encaminadas a engañar al tercero sobre la subsistencia del poder; pero creo que el supuesto no excluye el mero silencio del *dominus* cuando se ha producido una causa de extinción de aquél, y no se la notifica al tercero. Nada se dice de la conducta que adopta el representante; es verosímil que conozca la realidad de los hechos, no obstante lo cual sigue adelante con el negocio representativo; se trataría de un caso de complicidad con el *dominus*; si bien pienso que, a efectos del art. 61, resulta indiferente que el representante actúe de buena o de mala fe; lo único realmente determinante sería que advirtiera al tercero de la falta de poder, en cuyo caso creo que desaparecerá la apariencia y no se aplicará ya el art. 61. Por ello reputo esencial la buena fe del tercero pues cualquier indicio racional de la concurrencia del vicio

Art. 61. *Représentant apparent.*

"Dès lors qu'un sujet n'a pas le pouvoir d'agir au nom et dans l'intérêt d'un autre, mais que celui-ci a agi de manière à induire le tiers à contracter en lui laissant raisonnablement croire que celui-là avait un tel pouvoir, le contrat est conclu entre le représenté apparent et l'autre partie contractant".

le obligaría, con una diligencia media, a hacer indagaciones y le pondría en condiciones de descubrir la verdad. De los tres personajes que intervienen en este supuesto, el *dominus* actúa de mala fe (*dolo aequiparatur*), y el tercero, en cambio, debe proceder con la mejor buena fe, basada en las circunstancias concurrentes (por ej. la buena fama de que en sus negocios gozaba hasta entonces el representado, las anteriores relaciones comerciales mantenidas con éste, etc). Como resumen cabría concluir que, a modo de sanción por la conducta desplegada por el *dominus*, al crear una apariencia razonable de representación directa, la ley le vincula directamente con el contrato formalizado por el representante con el tercero¹³. Este supuesto de hecho se relaciona, además, con los arts. 63 y 64.

6. EL APODERAMIENTO

Dice el art. 1259 C.c.esp. que *ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado*, con lo que se enuncia un principio del Derecho contractual europeo que el Proyecto no podía menos de recoger, al menos implícitamente. Esa autorización constituye un mecanismo que justifica la actuación del representante al invadir la esfera jurídica del representado, cuya intromisión queda así legitimada. Este poder o autorización crea una relación entre el poderdante y el apoderado que, de suyo, no es contractual sino de naturaleza unilateral, basada en la confianza que ha de inspirar toda la relación interna que se desarrolla entre aquéllos mientras dura el poder; éste puede albergarse, además, en un contrato de mandato, de trabajo o de gestión, originando otras relaciones jurídicas que se superponen al apoderamiento y lo complementan (por ej. en cuestiones tales como la remuneración del representante), pero, como reconoce toda la doctrina, poder y rela-

¹³ GORDILLO CAÑAS op. et loc. cit. p. 321, se muestra contrario al concepto de apariencia que subyace en el art. 61. A su juicio "la apariencia representativa exige una base objetiva de apariencia de representación que, aunque no tenga que ser culpablemente imputable al *dominus* en su causación, sí que tiene que implicarle objetivamente".

ción subyacente nunca se confunden. El negocio de apoderamiento, unilateral y no precisado de aceptación, por sí mismo, sólo tiene valor instrumental pues constituye únicamente un medio jurídico para realizar el negocio representativo; su otorgamiento constituye un ejercicio de la autonomía del poderdante, su contenido vendrá determinado por la voluntad de éste, de aquí que sus límites constituyen un requisito esencial para la validez del negocio representativo.

El art. 62 regula, casi exclusivamente, aspectos formales del negocio de apoderamiento, al tiempo que resuelve algunos problemas prácticos derivados de la determinación de los destinatarios de aquél. Su inspiración es germano-italiana pues el apartado 1 se inspira en el §167 apartado 1º BGB, mientras que el apartado 2 reproduce el art. 1383 C.c.ital.

Art. 62. Otorgamiento del poder.

"1. El poder de representar a otro puede ser conferido mediante una declaración escrita u oral dirigida al representante o al tercero con el cual este último ha de celebrar el contrato. En el primer caso, el tercero que contrata con el representante puede exigir que éste justifique sus poderes, y, si la representación ha sido conferida mediante poder escrito, que le remita una copia firmada por él al efecto de su autenticación.

*2. El poder debe ser conferido según las formas prescritas por la ley para el contrato que el representante haya de celebrar"*¹⁴.

El art. 62.1 proclama inequívocamente el principio de libertad de forma para el otorgamiento de poder¹⁵; éste puede conferirse mediante una declaración escrita —y hay que interpretar la expresión como referida tanto a la escritura pública como a la privada—, e, incluso, oralmente; parece que también por actos con-

¹⁴ La versión de DE LOS MOZOS-LUNA difiere sólo en detalles no esenciales: así autenticación en vez de autenticación, que se prefiere en el texto.

¹⁵ En el mismo sentido GORDILLO CAÑAS, loc. cit. p. 309. En el Proyecto Lando tampoco se exige forma al apoderamiento expreso (art. 3: 201, primero).

cluyentes¹⁶. A continuación trata de la prueba del poder una vez otorgado, respecto de lo cual no contiene, acertadamente, ninguna norma imperativa limitándose a decir *que* [el representante] *justifique sus poderes* (y habrá que entenderlo conforme a las normas procesales vigentes en el Estado), añadiendo que si el poder se ha otorgado por escrito, que se remita al tercero una copia a efecto de autenticación. Pero en el art. 62.2 se acoge la regla italiana que somete al poder a la misma forma (habrá que entender *ad substantiam* o *ad probationem*) prescrita por la ley para el contrato que el representante haya de celebrar; lo que, a juicio de GORDILLO CAÑAS¹⁷ constituye un modo indirecto de imponer el requisito de la forma al poder.

También se alude al carácter recepticio que se atribuye al negocio de apoderamiento. La doctrina se pregunta por el destinatario de la declaración autorizativa. En realidad el art. 60.1 no resuelve de modo categórico la cuestión, pues se limita a prever las dos soluciones que puede adoptar el poderdante: o bien dirigirla al representante, o hacerlo al tercero con el cual se ha de formalizar el negocio representativo; en la práctica parece que prevalece la primera modalidad, sin perjuicio de que el *dominus* quiera asegurarse la máxima difusión del otorgamiento de poder y dirija la comunicación a ambos en el caso de otorgamiento de un poder para contratar con personas determinadas. En el primer supuesto, el tercero que contrata con el representante puede exigir que éste justifique sus poderes (si el poder se ha otorgado oralmente, podrá utilizar toda clase de pruebas), y que, en su caso, le envíe una copia simple para autenticarlo; si el poderdante sólo se ha dirigido al tercero puede plantearse un problema práctico de información al representante, la cual se asegura si media entre poderdante y apoderado cualquier relación contrac-

¹⁶ "Nada impide, en principio, que, cuando no se imponen exigencias de forma, pueda considerarse suficientemente manifestada la voluntad revelada por hechos concluyentes" (así GORDILLO CAÑAS, loc. ultim. cit.)

¹⁷ GORDILLO CAÑAS loc. ultim. cit.

tual¹⁸. Si la notificación se ha hecho fehacientemente respecto de ambos, no harán falta, probablemente, ulteriores diligencias de autenticación.

7. LA REVOCACIÓN DEL PODER

A) Introducción al art. 63

Al estar basado en la confianza, el derecho europeo considera, en general, que el poder es revocable *ad nutum*, es decir sin alegación de causa para ello, lo que configura, a su vez, la causa, en cierto modo, más llamativa¹⁹ de extinción de aquél; es evidente que la ley no puede obligar al poderdante a mantener un representante de sus asuntos en el que ha perdido su confianza, y exigirle un motivo o razón para ello, bordea al menos el ámbito de la privacidad. Aunque la revocabilidad da nombre al precepto, en el art. 63.4 se hace referencia a *las demás causas de extinción del poder de representación* que, sin embargo, no se enumeran²⁰ (lo mismo ocurre en el art. 63.3: ... *cuando el poder finaliza ... por algún otro motivo*). El precepto recoge, además, la tradicional problemá-

¹⁸ Se pregunta GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 308: "¿No se habrá ido demasiado lejos? Si la actuación *alieu nomine* implica conciencia de haber sido apoderado, ¿cómo no habrá de dirigirse el apoderamiento a quien ha de ejercerlo? Y su declaración a terceros, ¿no parece ser, más que una declaración constitutiva, la simple notificación de algo ya otorgado y constituido?". La opinión del ilustre civilista sevillano se expresa en contraste con la opinión mayoritaria de considerar diferentes el poder y el mandato. En mi opinión tales notificaciones no pueden estimarse, en principio, como requisitos esenciales del negocio autorizativo, sino como requisitos de oponibilidad a terceros.

¹⁹ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 310 la considera como la más peculiar y la que más ha atraído la atención del legislador.

²⁰ En la discusión plenaria del *Rapport introductif*, ROUILLER, Presidente del Tribunal Federal suizo y Prof. de la Univ. de Neuchâtel observó que quizá era conveniente introducir por razones prácticas una disposición que tratase de las demás causas de extinción diferentes de la revocación. Mencionó el art. 35 CSO según el cual los poderes que derivan de un documento público se extinguen por la muerte, la declaración de ausencia, la pérdida del goce de los derechos civiles, la quiebra del representante o del representado, a menos que pacte otra cosa o resulte así de la naturaleza del contrato. En cuanto a las personas jurídicas la extinción de los poderes resulta del hecho de su desaparición o de la disolución de una sociedad inscrita en el Registro.

tica del poder irrevocable, así como la del poder otorgado en interés de persona distinta del poderdante. Al igual que el anterior, el art. 63 comparte la inspiración germano-italiana así como recoge alguna de las propuestas del Prof. ANTUNES VARELA, fiel seguidor de la dogmática alemana.

He aquí el texto del art. 63. *Revocación del poder.*

«1. *La revocación del poder no produce efecto si el representado ha fijado expresamente su irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización por el daño que el tercero sufra por haber ignorado la irrevocabilidad sin culpa suya.*

2. *Si el poder se ha conferido tanto en interés del representante como de un tercero, no puede ser revocado sin el consentimiento del interesado, salvo si lo justifica un motivo válido.*

3. *Cuando el poder de representación es revocado o finaliza por algún otro motivo, el poder escrito debe ser restituído al representado.*

4. *La revocación del poder o la modificación de los poderes de representación no producen efecto si no han sido notificados a los terceros con los que el representante trató o pueda tratar, o si no se prueba que éstos las conocían en el momento de la celebración del contrato. Las demás causas de extinción del poder de representación otorgado por el interesado no pueden oponerse a terceros que las han ignorado sin causa suya»²¹.*

²¹ Se transcribe, esta vez sin observaciones, la versión de DE LOS MOZOS-LUNA para que el lector juzgue si, tratándose de dos traducciones sustancialmente idénticas en el fondo, resulte ser, una u otra, la más adecuada o correcta.

Art. 63. Revocación del poder.

1. La declaración de la revocación del poder no tiene efecto si el representado ha determinado expresamente su irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización de los daños que el tercero sufra por haberla ignorado la irrevocabilidad, sin que ello haya tenido lugar por su falta.

2. Si el apoderamiento es igualmente conferido en interés del representante o de un tercero, no puede ser revocado sin el consentimiento del interesado, salvo si un motivo válido lo justifica.

B) Naturaleza jurídica de la revocación del poder, y sus caracteres

La revocación es una declaración de voluntad unilateral *ex parte dominiis* que deja sin efecto el poder o la autorización otorgada a una persona; puede considerarse como *actus contrarius* respecto al apoderamiento; según el art. 4º del Proy. tal declaración unilateral se rige por las mismas reglas aplicables a los contratos; tiene carácter recepticio y su destinatario normal es el apoderado a quien se le deslegitima para realizar en el futuro actos jurídicos con efecto en la esfera del poderdante; la revocación puede realizarse de modo expreso, tácito o por actos concluyentes (por ej. la conclusión de un acto jurídico hecha personalmente, pese a que se otorgó el poder precisamente en su consideración); la notificación a terceros interesados, en ciertos casos, puede ser requisito para perjudicarles (art. 63.4).

Hay contratos revocables por voluntad unilateral de una de las partes (mandato, donación), pero la esencial revocación del poder no arguye que éste sea también jurídicamente un contrato; en aquéllos, tal posibilidad representa una excepción a la fuerza obligatoria del contrato mientras que en el caso del apoderamiento tal facultad emana sin limitaciones, en principio, de la autonomía con que cada sujeto organiza su propia actividad económica. La frecuente asociación de mandato y representación permite acoger la observación de GORDILLO CAÑAS según la cual mientras el apoderamiento acompaña al mandato puro, su natural revocabilidad terminará por imponerse sobre el pacto que lo dificulte, mientras que cuando salga de dicha órbita para orientarse en interés distinto al interés del representado, sin necesidad de pacto

3. Cuando el poder de representación es revocado o termina por cualquier otro motivo, el apoderamiento escrito debe ser resituido al representado.

4. La revocación del apoderamiento o la modificación de los poderes de representación no tienen efecto si no han hecho llegar a conocimiento de los terceros con los que el representante ha entrado o puede entrar en contacto, salvo prueba de que tenían conocimiento de ello en el momento de la conclusión del contrato. Las otras causas de extinción del poder de representación conferido por el interesado no son oponibles a los terceros que los han ignorado, cuando no ha tenido lugar por su causa".

limitador, la representación dejará de ser unilateralmente revocable por el poderdante²⁷.

C) Fundamento de la irrevocabilidad del poder

La irrevocabilidad del poder puede fundarse en el principio de autonomía del art. 2º Proy. siempre que se respeten sus limitaciones; pero también puede derivarse del art. 63.2 cuando el poder ha sido otorgado tanto en interés del representante como de un tercero; en este caso, utilizando argumentos de la STS de 24 diciembre 1993, puede afirmarse que cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o de simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente, bilateral o plurilateral, que le sirve de causa o de razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja, en tales casos, se aplica la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por voluntad exclusiva de uno solo de los interesados.

D) La cláusula de irrevocabilidad

La revocación del poder no produce efecto si el representado ha fijado expresamente su irrevocabilidad (art. 63.1); en estos casos se contempla la posibilidad de una indemnización de daños y perjuicios a favor del tercero con quien el representante debía contratar²⁸. Privar de efectos a la revocación del *dominus* significa que

²⁷ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 318.

²⁸ No parece fácil imaginar el supuesto de hecho de este caso de culpa extracontractual. Por un lado el poderdante que atribuyó carácter irrevocable al poder, y que se supone actúa ignorando o infringiendo su compromiso al revocarlo; por otro, el tercero que sufre perjuicios con la revocación, los cuales deberán ser demostrados; la conducta del representante no parece relevante, tanto si colabora con el *dominus* contribuyendo, por ejemplo, a ocultar la irrevocabilidad, como si permaneciera ajeno.

el poder sigue en vigor y que la eventual actuación del representante vincula directamente al poderdante. La irrevocabilidad dura indefinidamente en sus efectos, pero el poderdante puede haberla delimitado temporalmente, lo que resulta igualmente válido al amparo del art. 2º Proy.

E) Efectos de la irrevocabilidad

Suele hablarse de los efectos relativos u obligacionales y absolutos o reales de la irrevocabilidad del poder²⁴; en el primer supuesto se daría origen exclusivamente a una indemnización de daños y perjuicios para el tercero cuando el poderdante, no obstante aquella cláusula, deja sin efecto el poder; en el segundo hay una renuncia expresa o tácita a revocar pues se dispone que el poder subsiste a pesar de su revocación por aquél. En el art. 63.1 la revocación del poder irrevocable *no produce efecto*, lo que, al parecer, nos sitúa ante la eficacia más fuerte o intensa de la irrevocabilidad. Cuando la irrevocabilidad se deriva de que el poder se ha conferido tanto en interés del representante como de un tercero, estamos en presencia de una irrevocabilidad implícita que puede quedar sin efecto por consentir el interesado la revocación (hay que entenderla de modo expreso), o bien cuando se justifica un motivo válido para la revocación (art. 63.2), lo que no se requiere en el caso ordinario. Se produce cierto debilitamiento de la irrevocabilidad implícita, aunque, a lo que creo, sin llegar a que su eficacia se transforme en obligacional.

Cuando la revocación del poder funciona normalmente, surge un deber accesorio consistente en que el documento escrito y privado en que se formalizó el poder debe ser restituído al representado; este deber recae sobre la persona que lo recibió inicialmente, la cual será, normalmente, el representante, aunque puede serlo el tercero si aparece como destinatario de tal documento único; si el poder se otorgó notarialmente la obligación de devo-

²⁴ Así LACRUZ *et alii*, *op. cit.* vol. *et al.* cit. (Madrid 2000) (rev. DELGADO ECHEVERRÍA) p. 298.

lución del documento pierde significado y razón de ser por custodiarse el original en el protocolo notarial.

F) Notificación de la revocación a los terceros interesados

Dice el art. 63.4 que la revocación del poder no produce efecto si no ha sido notificada a los terceros con los que el representante trató o pueda tratar, o si no se prueba que éstos la conocían en el momento de la celebración del contrato. Claro es que si la revocación se había notificado inicialmente al tercero por considerarle principal destinatario de tal declaración, no será preciso notificarla de nuevo. Tampoco lo será cuando aquélla es un hecho notorio conocido en el círculo de personas en que actúan los sujetos del negocio representativo.

G) Otras causas de extinción del poder

Aludidas pero no enumeradas en el art. 63, no parece que ello constituya una laguna sensible en el Proy. a la vista de una *communis opinio* entre los códigos europeos. Sin perjuicio de acudir, en su momento, a las causas extintivas del mandato, parece razonable atender ahora a su agotamiento o cumplimiento por realización del encargo (hipótesis normal en que el apoderamiento cumple su ciclo vital), la imposibilidad sobrevenida de aquél, el transcurso del plazo por el que se otorgó el poder, el funcionamiento normal de la condición a la que se supeditó el poder, la muerte, ausencia o declaración de fallecimiento, incapacidad sobrevenida o situación de insolvencia tanto del poderdante como del apoderado. La concurrencia de cualquiera de estas causas extintivas deberá ser también notificada a los terceros interesados, conforme al art. 63.4 para que éstos no puedan alegar ignorancia inculpable.

H) La modificación de los poderes de representación

Algunos autores ven aquí un caso de revocación parcial²⁵, lo que arguiría, sin más la aplicación del régimen ya expuesto de

²⁵ GORDILLO CAÑAS *loc. cit.* p. 311.

revocación del poder. El tema tiene trascendencia práctica porque el negocio representativo sólo es válido en la medida en que el representante respeta los límites del poder conferido (art. 60.1). Cabe imaginar que el poderdante amplíe la autorización que confiere al representante para actuar en su nombre; ello puede legitimar eventuales extralimitaciones del apoderado en relación con los límites del poder inicialmente concedido, y, en todo caso, debe notificarse al tercero para que no abrigue dudas sobre la legalidad del negocio representativo. Pero lo más frecuente será que el *dominus* intervenga *a posteriori* para recortar los poderes otorgados, y ello deberá ser dado a conocer inmediatamente al representante y a los terceros para evitar eventuales impugnaciones. La extralimitación sólo producirá efectos a partir de su notificación a las personas indicadas, salvo que se pruebe que conocían, por otros medios, la modificación del poder en el momento de la celebración del contrato (art. 63.4).

8. EL *FALSUS PROCURATOR* Y LA RATIFICACIÓN DEL *DOMINUS*

A) Introducción

Advierte LACRUZ²⁶ que la extinción del poder por cualquier causa no supone siempre, ni de forma absoluta, la cesación de sus efectos en la mecánica ni en el negocio representativo; éste puede ser válido y eficaz aun a falta de poder actual, cuando exista una apariencia en la que pudo legítimamente confiar el tercero cocontratante (cfr. art. 61 del Proy. y el apartado 5 de este cap.); y también hay situaciones en que, aun actuando una persona sin poder alguno, o excediéndose de los límites del conferido (poder insuficiente), tales actuaciones son tenidas en cuenta por el Derecho, no tanto para considerarlas ilícitas (como lo serían en principio), sino como oportunidad de que puedan cuajar en un negocio válido y eficaz si el *dominus*, en cuyo nombre se había actuado, da por bueno lo hecho y, ratificando esa actuación, asume sus efectos.

²⁶ LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 299 ss.

Ello aconseja reunir en un comentario único a los arts. 64 y 65 del Proy., no sin algún motivo aproximados en su ubicación dentro de éste. He aquí su texto literal:

Art. 64. Representación sin poder.

1. *La persona que contrató como representante sin tener poderes para ello o excediendo los límites de los poderes que le fueron otorgados, responde del perjuicio que el tercero contratante hubiese sufrido por haber creído de buena fe que celebraba un contrato válido con el presunto representado, salvo si el mismo tercero ejercita la facultad de considerar el contrato como celebrado con el representante carente de poderes.*

2. *Cuando el tercero no hace uso de la facultad de instar el cumplimiento del contrato por parte del representante sin poderes, los daños y perjuicios mencionados en el apartado anterior comprenden, a elección del perjudicado, el daño que habría evitado bien si el representante hubiera tenido el poder, o bien si éste no hubiera declarado falsamente que lo tenía²⁷.*

Art. 65. Ratificación.

1. *El interesado puede asumir los efectos del contrato celebrado en su nombre por el representante sin poderes, dirigiendo a los terceros una declaración de ratificación, que deberá expresarse en las formas prescritas por la ley para la conclusión del contrato mismo. La ratificación debe*

²⁷ Versión española de DE LOS MOZOS-LUNA:

"1. La persona que contrata como representante, sin poderes o extralimitándose de los que le han sido conferidos, es responsable del perjuicio que el tercer contratante haya sufrido por haber creído de buena fe que concluía un contrato válido con quien presume que es el representado, salvo si el mismo tercero recurre a la facultad de considerar el contrato como concluído con el representante desprovisto de poderes.

2. Desde el momento que los terceros no recurren a la facultad de pedir la ejecución del contrato por parte del representante desprovisto de poderes, los daños y perjuicios mencionados en el apartado precedente son debidos, en función de la elección de la víctima del perjuicio, por razón del daño que se le habría evitado si el representante hubiera tenido poder, o bien si éste no hubiera declarado falsamente que lo tenía".

En esta versión del art. 64, sólo se dan diferencias de estilo con la seguida en el texto, sin que se aprecien otras sustanciales.

tener lugar en un plazo razonable, teniendo el tercero contratante la facultad de invitar al interesado a pronunciarse sobre la eventual ratificación, señalándole para ello un plazo determinado. Expirado éste, en caso de silencio, la ratificación se reputará rechazada.

2. *La ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.*

3. *La facultad de ratificar se transmite a los herederos²⁸.*

B) *El contrato celebrado por el representante sin poder*

En tal caso no hay poder y los efectos del contrato, o no se producen, o pueden recaer, en principio, en el pseudo-representante²⁹. En realidad el art. 64.1 brinda al tercero la posibilidad de elegir entre una acción indemnizatoria o, alternativamente, considerar el contrato como celebrado directamente por el representante y a su cargo. Por su parte el art. 64.2 describe el contenido de esa indemnización³⁰. Todavía en el art. 61, probados ciertos hechos, se le ofrece al tercero la posibilidad de considerar el caso como resultado de la apariencia creada por el repre-

²⁸ He aquí la versión alternativa de DE LOS MOZOS-LUNA:

"1. El interesado puede hacerse cargo de los efectos del contrato concluido en su nombre por el representante sin poderes, dirigiendo al tercero una declaración de ratificación, que debe expresarse en las formas prescritas por la ley para la conclusión del contrato mismo. La ratificación debe tener lugar en un lapso de tiempo razonable, teniendo el tercero contratante la facultad de invitar al interesado a que se pronuncie sobre la eventual ratificación, concediéndole también un determinado plazo. A la expiración del mismo, en caso de silencio, la ratificación se reputa rechazada.

2. La ratificación tiene efecto retroactivo, salvo reserva de los derechos de los terceros de buena fe.

3. El poder de ratificación se transmite a los herederos".

La comparación con la versión del Grupo de Zaragoza, que se acepta en el texto, sólo difiere en aspectos accesorios.

²⁹ Como dice GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 315: "La ausencia de poder suficiente impedirá que los efectos de su actuación— sin perjuicio de las pertinentes consecuencias indemnizatorias puedan cargarse al *dominus* pseudo-representado. Sería el *falsus procurator* quien personalmente resulte responsable frente al tercero con quien contrató".

³⁰ La crítica, a mi juicio con razón, en cuanto a la extensión de la indemnización al limitarla aparentemente al interés contractual negativo, GORDILLO CAÑAS, op. cit. p. 318.

sentado y vincular a éste a las consecuencias del contrato. Deriva, de lo anterior, un amplio abanico de posibilidades en favor del tercero.

Dice GORDILLO CAÑAS³¹ que el art. 64 encara el régimen del contrato celebrado por el *falsus procurator* desde una perspectiva en la que el *dominus negotii* está absolutamente ausente: sus consecuencias limitadas a la relación entre el pseudo-representante y tercero que contrató con él, no le afectan. Y se comprende que así sea —prosigue el civilista sevillano—: no habiendo poder de representación, el contrato representativo es, para el *dominus, res inter alios acta*; podrá ratificarlo, si quiere; pero si no lo hace, le es enteramente ajeno y sus consecuencias no pueden alcanzarlo. Dichas consecuencias habrán de ventilarse entre el *falsus procurator* y el tercero contratante. Pero dicho claudicante negocio representativo puede sufrir vicisitudes diversas, no siempre coincidentes en su calificación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia; además de resultar plenamente válido, en su caso, para el *dominus* por aplicación de la doctrina de la apariencia (art. 61), cabe que el tercero exija al representante su cumplimiento (lo que arguye que, al menos para éste, el contrato puede ser plenamente válido), o bien que el representado lo ratifique asumiendo así los efectos del contrato celebrado, en realidad, por el representante en su nombre y sin poderes (art. 65).

Esa pluralidad de posibilidades permite calificar de prudente al Proy. por no haber calificado expresamente la situación jurídica suscitada, compleja y polivalente, en que se encuentra el contrato celebrado por el representante sin poder³².

El art. 64 da por supuesto ausencia de poder, lo que se da no sólo cuando se carece absolutamente de poder porque nunca se tuvo (hipótesis más bien rara), sino también cuando teniéndolo se ha extinguido o se exceden sus límites (caso frecuente);

³¹ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 317.

³² Critica la norma, sin embargo, por esta razón GORDILLO CAÑAS op. et loc. cit.

límites que pueden serlo tanto de contenido (sólo para administrar, o para la administración ordinaria), como de duración (por cierto plazo o hasta cierta fecha) y dirección (consultando con el poderdante, caso por caso), originándose un ejercicio abusivo por parte del representante, con evidente perjuicio para el poderdante²⁹.

La primera consecuencia que establece el art. 64 es una responsabilidad a cargo del representante respecto al tercero que había creído de buena fe que celebraba un contrato representativo válido. En caso de inexistencia previa de poderes es difícil imaginar que tal supuesto ocurra, salvo el caso de error sufrido por el representante (tiene varias representaciones y ha confundido la identidad de los representados); parece que aquél responderá, incluso, en este caso, a modo de una responsabilidad objetiva. Más fácil será de producirse cuando hubo extinción de poder por llegar la fecha fijada en el apoderamiento, o en el caso de infringir los límites del poder. La indemnización está tasada pudiendo elegir el perjudicado entre el daño que habría evitado si el representante hubiera tenido el poder o no hubiera declarado falsamente que lo tenía (art. 64.2); parece que se trata de modalidades del interés contractual negativo. El cálculo del daño podría obligar previamente a ejercitar hipotéticamente la otra opción del art. 64.1), es decir, considerar el contrato como celebrado directamente *nomine proprio* por el representante carente de poderes; pero este último, en realidad, no puede cumplir el contrato al tratarse, por ej. de prestación personalísima, y por ello subsidiariamente se le condena a indemnizar aquel interés (parecería que el tercero estaría más interesado en que el contrato lo cumpla el pseudo-representante que en percibir de éste una indemnización tasada).

El tercero puede obligar al representante a asumir personalmente el contrato (art. 64.1) como si el contrato lo hubiera celebrado en nombre e interés propio; es una sanción por su conducta

²⁹ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 316.

que, como he indicado, podría ser, incluso, paradójicamente, inculpable.

C) *Ratihabitio procurationi aequiparatur*

a) Planteamiento. Según gráficamente lo describe LACRUZ, la ratificación es pieza fundamental en la representación sin poder; lo que era para el *dominus* irrelevante, cuando no ilícita intromisión, como hecho sin su autorización, se transforma mediante la ratificación en negocio válido y eficaz. Hay una profunda transformación, de *casi nada* al *todo*. Es el mecanismo jurídico por el que se aporta al negocio representativo la voluntad del *dominus* de que carecía el negocio representativo.

En el desarrollo del negocio sólo aparentemente y —en sentido amplio— representativo, resulta decisiva, como sabemos, la circunstancia de haber actuado el representante carente de poder, o de haberse excedido en su ejercicio, lo que supone una anomalía que puede desembocar en diversas situaciones, algunas ya examinadas, y otras que encuentran solución en el art. 65.

Veamos los casos posibles:

1) El representado, con sus actos propios, había creado una apariencia de poder, y el art. 61 aplica al supuesto el efecto normal de la representación directa. Ya examinado anteriormente.

2) No existiendo apariencia de poder sino exclusivamente una mera actuación oficiosa del representante, sea inculpable, sea negligente o dolosa, el art. 64 penaliza tal actuación ofreciendo al tercero perjudicado la opción entre exigir al representante el cumplimiento del negocio representativo como si lo hubiera realizado *proprio nomine*, o reclamarle una indemnización cuya cuantía viene tasada (interés contractual negativo).

3) Permitir que el representado ratifique el negocio representativo, dando por supuesto que ello le será beneficioso, originando una convalidación o rehabilitación del negocio representativo que había nacido con graves anomalías y deficiencias.

Obsérvese que la última hipótesis no es compatible con la primera (en efecto, al margen de la voluntad del representado la ley le considera directamente vinculado por la actuación del representante), pero, en teoría, puede serlo con la segunda aunque al precio de importantes reajustes. Si el representante ha sido demandado para que asuma el contrato representativo, el tercero deberá desistir de su demanda o, eventualmente, ampliarla frente al representado; si se ha condenado ya al representante el *dominus* deberá asumir la deuda de aquél. Si únicamente se le ha reclamado la indemnización de daños no veo inconveniente en que, por alteración de circunstancias, tal condena se revise para comprobar si persisten los daños denunciados por el tercero y estimados por el Juez. En todo caso, parece que aunque la ratificación sea posterior a aquéllas —demanda y condena—, la eficacia retroactiva de la ratificación (art. 65.2) parece atribuirle preferencia en las complejas relaciones tripartitas analizadas.

b) Requisitos de la ratificación. Es una declaración unilateral de voluntad, emanada del representado²⁴, de carácter recepticio pues debe ser conocida por los terceros que lo sean, a su vez, del negocio representativo, que debe ser expresa pues no valen ni la ratificación tácita ni la presunta²⁵, y que debe asumir las formas previstas para la conclusión del contrato mismo. Aunque guarde silencio el art. 65 hay que entender con LACRUZ²⁶ que la ratificación ha de ser pura, no condicionada, referida a todo el nego-

²⁴ Pertenece exclusivamente a la autonomía negocial del *dominus*; como dice GORDILLO CAÑAS (loc. cit. p. 319) éste no tiene que tomar la iniciativa para proceder a impugnar el negocio otorgado por el representante sin poder, y sin tener que manifestarse expresamente ante una eventual invitación del tercero a que se pronuncie sobre su voluntad de ratificarlo.

²⁵ En ausencia de una norma específica en el Proyecto Lando, M^a Paz GARCÍA RUBIÓ, *Representación*, en *Derecho privado europeo* cit. p. 563, entiende válida la ratificación derivada por hechos concluyentes.

²⁶ LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 305. En sentido contrario se manifiesta M^a Paz GARCÍA RUBIÓ, *Representación*, en *Derecho privado europeo* cit. p. 562 en relación con los *Principios Lando*, pese a faltar una regla expresa, si bien con base en los Comentarios que acompañan a aquéllas.

cio, y no sólo a una parte del mismo, pues el ratificante ha de asumir todas las condiciones pactadas por el pseudo-representante y tercero, sin variarlas; de modificarlas a la hora de ratificar, convertiría a la declaración del ratificante en oferta de un nuevo negocio al tercero, perdiendo su naturaleza de propia ratificación. Por la fuerza de los hechos el negocio representativo ha dejado de ser —si en algún momento estaba destinado a serlo— de formación instantánea y se transforma en otro de formación sucesiva. Hay una oferta del representante sin poder que, en principio, carece de efectos, si bien es el punto de partida de la eventual sanación; hay una aceptación por parte del tercero que en condiciones normales hubiera perfeccionado el negocio representativo pero que no ha podido lograr este efecto por carecer de poder bastante el representante; de modo gráfico habla GORDILLO CAÑAS²⁷ de la existencia de un modelo completo de contrato cuyo contenido, sin necesidad de añadirle ni quitarle nada, es posible asumir con la sola declaración de quererlo para sí. A *posteriori*, aunque con eficacia retroactiva, se produce la declaración de ratificación. Ya se comprende que aquella descrita situación de pendencia no puede prolongarse indefinidamente; el art. 65.1 habla de un *plazo razonable* para ejercitar esta facultad, lo que supone que el *dominus* ha tenido noticia suficiente de los hechos descritos, con información adecuada para decidir si le conviene, o no, ratificar. Para facilitararlo el art. 65.1 permite que el tercero tome la iniciativa²⁸ invitando al representado a que ratifique, señalando un plazo dentro del cual ha de recaer la ratificación expresa, pues en caso de que transcurra el plazo en silencio, se reputa rechazada la ratificación (*qui tacet non videtur consentire*). La facultad de ratificar se transmite a los herederos del representado, sin

²⁷ GORDILLO CAÑAS, *loc. cit.*

²⁸ No se olvide que el tercero tampoco está obligado a mantener en vida este negocio claudicante, y en cualquier momento puede ejercer lo que GORDILLO CAÑAS, (*loc. cit.*) califica de *facultad de libre desistimiento*, si bien deberá ejercerla antes de que el *dominus* ratifique el contrato.

perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe (art. 65.3) debiendo aquéllos ejercerla, asimismo, de modo expreso.

c) Efectos de la ratificación. Parafraseando un conocido adagio jurídico cabe decir que *ratihabito procurationi aequiparatur*. Ello supone que el negocio representativo se presume retroactivamente (art. 65.2) otorgado con poder válido, por lo cual la representación directa desplegará sus efectos normales tal como se derivan del art. 60.1.

d) Breve referencia a la naturaleza jurídica de la ratificación. Pese a alguna crítica doctrinal, anteriormente alabé el Proyecto por no haber calificado la naturaleza del contrato otorgado por un representante sin poder o *ultra vires*; he analizado la pluralidad de situaciones que pueden originarse, que resultan irreducibles a un tratamiento unitario; pienso que efectuar aquella calificación es tarea ulterior de la doctrina en el caso de que llegue a convertirse en norma vigente. Personalmente me convence el parecer de LACRUZ y sus continuadores³⁹ cuando sostienen que la ratificación es uno de los elementos que componen un supuesto de hecho complejo en el cual se integra, aportando la voluntad del representado, de forma que los efectos jurídicos no derivan aisladamente de la actuación del gestor sin poder, ni tampoco de la ratificación, sino de la concurrencia de ambos actos y al integrarse la ratificación, negocio accesorio e integrativo, en el celebrado por el *falsus procurator* y el tercero, para formar un complejo negocial de formación sucesiva.

9. CAPACIDAD DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL NEGOCIO REPRESENTATIVO

Al intervenir al menos tres sujetos en el negocio representativo procede plantearse el problema de la capacidad de los mismos, tema al que se refiere el art. 66. A este respecto dice GAN-

³⁹ LACRUZ *et alii*, loc. cit. p.304.

DOLFI⁴⁰ que dicho precepto ha sido redactado teniendo en cuenta la observación de SIHER y con el espíritu del art. 1398 C.c.ital. y del § 165 BGB, si bien la expresión contenida en el C.c. italiano —*capacità di intendere e di volere*— ha sido sustituida por una locución análoga a la del § 104 n° 2 BGB, con base en la observación de STURM.

Dice el art. 66. *Capacidad de los sujetos.*

En caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato celebrado por el representante, se requiere simplemente que las facultades mentales de este último no estén alteradas por razones patológicas y que, por su parte, el representado tenga la capacidad de contratar mencionada en el art. 5 del presente Código y, además, que no esté incurso en prohibición alguna para celebrarlo⁴¹.

Con razón escribe GORDILLO CAÑAS⁴² que la representación no plantea exigencias especiales de capacidad en el tercero que contrata con el representante; en efecto, es indiferente, a efectos de capacidad, que aquél contrate directamente con el *dominus* o con su *alter ego*. Los problemas se refieren a los sujetos de la llamada relación representativa, es decir, al representante y al representado, proyectándolos, no sobre el apoderamiento en sí mismo, sino sobre el acto de su ejercicio, o sea el contrato representativo.

Que el representado al tiempo de contratar ostente, para la validez del contrato representativo, no sólo la capacidad genéricamente requerida en el art. 5 Proy. para contratar sino también la capacidad específicamente necesaria (en su caso, capacidad espe-

⁴⁰ *Cofe européen des contrats* cit. p. 256.

⁴¹ He aquí la versión española de DE LOS MOZOS-LUNA: "En caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato concluido por el representante se exige simplemente que las facultades mentales de este último no se hallen alteradas por causas patológicas y que, a su vez, el representado tenga la capacidad de contratar mencionada en el art. 5 del presente Código, aparte de que no le afecten prohibiciones para concluirlo". Sólo se advierten diferencias puramente estilísticas con el texto.

⁴² GORDILLO CAÑAS op. cit. p. 312.

cial y ausencia de prohibiciones) es algo que pertenece a la doctrina común europea, y que no suscitó discrepancias entre los Académicos. No ocurrió así, en la sesión plenaria, a la hora de valorar el requisito legal de que las facultades mentales del representante no estén alteradas por razones patológicas, con lo que parece aludirse a una mera *capacidad natural* que también, en su caso, debe reunir el mero *nuntius o mensajero*, del art. 67.4⁹³. Esta capacidad, reducida a su mínima expresión, se critica por GORDILLO CAÑAS⁹⁴, diciendo que aunque no es norma insólita, pues va en la línea del § 165 BGB y del art. 1389 C.c.ital., en sede de representación, y de los arts. 1990 del C.c.fr. y 1716 de nuestro C.c. en sede de mandato ¿cómo no exigirle el mínimo de capacidad valorativa y crítica necesaria para la capacidad de obrar y requerido para contratar (arts. 200 y 1263 C.c.esp. y 5 Proy.⁹⁵).

Obsérvese que el art. 66 se refiere específicamente a la representación voluntaria dado que en la de origen legal, por su propia naturaleza, el representado es incapaz de contratar, por lo cual la ley normalmente suele exigir en el representante una capacidad reforzada.

10. CIRCUNSTANCIAS SUBJETIVAS

El enunciado alude a la incidencia que en el negocio representativo pueden ejercer los vicios de la declaración de voluntad así como a la de las situaciones subjetivas de buena o mala fe, tanto en el representante como en el representado.

⁹³ Puede seguirse el debate con bastante detalle en *Cada copien els Contrats*, etc. cit. p. 378-380. Mi discrepancia se basaba en la dificultad de trasladar ese concepto a nuestro ordenamiento.

⁹⁴ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 312. Más adelante denuncia la incongruencia que supone la regla del art. 67.1 pues si el contrato representativo puede ser anulado por consecuencia del vicio de la voluntad del representante ¿cómo no exigir en éste el presupuesto de actitud deliberativa y crítica jurídicamente necesario para el reconocimiento de la capacidad de obrar? (loc. cit. p. 313 y sgte).

⁹⁵ En parecido sentido LACRUZ *id. ibi* loc. cit. p.293.

GORDILLO CAÑAS⁴⁶ plantea la cuestión básica: ¿a qué voluntad hay que atender, o qué situación subjetiva de buena o mala fe debe tenerse en cuenta para calibrar la validez y eficacia del contrato representativo?; siguiendo a DE CASTRO advierte que la aplicación rigurosa sea de la teoría del *dueño del negocio*, frente a la de la *representación*, lleva a conclusiones que chocan con el buen sentido. El Proyecto —prosigue el primer autor—, al igual que el § 166 BGB y que los arts. 1390 y 259 de los Códigos italianos y portugués, respectivamente, no establece una solución necesariamente única, sino que dependerá de la intervención que en el caso concreto hayan tenido representante y representado, de la forma en que sus voluntades se hayan conjugado en cuanto a la iniciativa y a la determinación del contenido del contrato⁴⁷.

He aquí el texto del art. 67 *Circumstantias subjetivas*.

1. *El contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante está viciada. Si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable si la voluntad de éste estaba viciada.*

2. *La persona del representante deberá ser tenida en cuenta, cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado.*

3. *En ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la buena o mala fe del representante.*

4. *Las reglas de este artículo, así como las del anterior, no se aplican a la persona meramente encargada de transmitir la voluntad de otro⁴⁸.*

En la celebración del contrato representativo, junto a la voluntad del tercero, actúa necesariamente la voluntad de la contra-

⁴⁶ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 313.

⁴⁷ Vide también *Code européen de contrats, Rapport Gandolff*, cit. p. 256.

⁴⁸ El texto transcrito coincide sustancialmente con la versión del art. 67 de DE LOS MOZOS-LUNA.

parte que reside fundamentalmente en el representado; fue éste quien tomó la iniciativa en el otorgamiento del poder y, verosímilmente, la ha adoptado también en la celebración del negocio representativo. Ocurre, sin embargo, que, debido a la existencia de un apoderamiento, la única voluntad que se exterioriza es la del representante manifestada *alieno nomine*⁴⁹. La voluntad del representado puede quedar confinada en el secreto de las relaciones del poder (instrucciones más o menos confidenciales del poderdante), pero cabe que aquélla salga al exterior y se incorpore, incluso al documento en que se materializa el poder. Por otra parte, la figura del representante no es la de un mero nuncio o mensajero que se limita a transmitir y reproducir la voluntad del *dominus*; quien contrata, efectivamente, es el representante, por lo cual su voluntad debe estar exenta de vicios, y si concurre alguno de los previstos en los arts. 151 y 152 del Proy. (error o intimidación) el negocio representativo será anulable, sea cual fuere la actitud del representado. A su vez, si el representado ha predeterminado alguno de los elementos del negocio representativo, y el representante se limita a repetir o reproducir en este punto la voluntad del *dominus*, aquél resulta igualmente impugnabile con independencia de la actitud del representante⁵⁰. Si concurren vicios en la declaración de ambas personas, creo que el negocio será impugnabile por ambas causas⁵¹.

En resumen: el contrato representativo es impugnabile por vicio de la voluntad del representado sólo cuando recae sobre ele-

⁴⁹ Así puede escribir GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.* p. 313: *La voluntad que ex parte domini se aporta al consentimiento constituyente del contrato representativo es la del representante; de ahí que a ella debe atenderse normalmente para apreciar la validez del contrato.*

⁵⁰ Dado que si el representante declara quererlo es sólo porque el representado le ha manifestado que es esa su voluntad y le ha encargado el acto de llevarla a efecto, en cuyo caso será a ésta voluntad rectora del acto y determinante de su contenido a la que deba atenderse (así GORDILLO CAÑAS, *loc. cit.*).

⁵¹ Hay autores que, por regla general, consideran necesario tener en cuenta las situaciones subjetivas tanto del representante como del representado (así LACRUZ *et alii*, *op. vol. et ed. cit.* I-3^o, p. 282).

mentos que él mismo ha predeterminado, y no en los demás casos; siempre lo será, en cambio, si, al emitir su declaración de voluntad, el representante ha incurrido en error o intimidación (art. 67.1).

La persona del representante será la única persona tenida en cuenta (con la salvedad que luego se hace) a la hora de establecer la buena o mala fe contractual, o determinar el conocimiento o ignorancia de ciertas circunstancias; la persona del representado será considerada exclusivamente relevante cuando se trate de elementos contractuales por él predeterminados (art. 67.2). Pero en ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante (art. 67.3), lo que significa que tal actitud subjetiva del representado (*mala fides*) nunca puede suponer lucro o beneficio para él.

La persona del nuncio no se toma en consideración en los supuestos regulados por este precepto (art. 67.4).

II. LA AUTOCONTRATACIÓN Y EL CONFLICTO DE INTERESES

A) Introducción

Materia que ineludiblemente debe regularse en cualquier texto normativo del siglo XXI, dado el enorme esfuerzo teórico desplegado por la doctrina de los siglos XIX y XX para encontrar solución a sus problemas reales, así como la incorporación de la autocontratación como figura habitual en las prácticas negociales de todos los países europeos. Reconocen LACRUZ y sus continuadores³² que las preocupaciones de los civilistas sobre la posibilidad teórica y práctica del autocontrato se han visto desplazadas por la realidad, ante la cual, con una u otra justificación, cosa que cada día preocupa menos, doctrina y jurisprudencia han llegado a la conclusión de que el autocontrato es jurídicamente posible (salvo los concretos supuestos de prohibi-

³² LACRUZ *et alii*, *loc. cit.* p. 307.

ción legal), y que el verdadero problema es el de determinar los casos en que es admisible o no, y los requisitos que debe reunir para encauzar correctamente el conflicto de intereses (auténtica cuestión de fondo) y proteger al representado frente al posible abuso del autocontratante. El art. 68 Proj. constituye, en realidad, una norma razonablemente permisiva: la autocontratación se autoriza cuando el contenido del contrato excluye toda posibilidad de conflicto de intereses, y, también, cuando lo consiente expresamente el representado. Fuera de los casos previstos por una ley que establezca consecuencias más rigurosas, la sanción contemplada es la anulabilidad del contrato representativo a instancia del representado. La doctrina, por lo demás, incluye el supuesto de la autocontratación en el capítulo de la representación abusiva, incluida en la *falsa procuratio* incardinada en el art. 64.1⁵³, ya analizada anteriormente.

B) El art. 68 del Proyecto

Su antecedente directo radica en los arts. 1394⁵⁴ y 1395⁵⁵ C.c.ital., habiéndose rechazado el §181 BGB por ser demasiado restrictivo⁵⁶.

El texto del art. 68. *Autocontrato y conflicto de intereses*, es el siguiente:

1. Puede ser anulado el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por cuenta propia, sea como representante de la otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expre-

⁵³ LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 308; GORDILLO CAÑAS, loc. cit. p. 316.

⁵⁴ 1394. *Conflicto di interessi. Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo.*

⁵⁵ 1395. *Contratto con se stesso. È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di una altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contratto del contratto sia determinato in modo di escludere la possibilità di conflitto di interessi. — L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.*

⁵⁶ GANDOLFI *Rapport introductif*, loc. cit. p. 256.

samente o que el contenido del contrato esté determinado de forma que se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación sólo puede ejercitarse por el representado.

3. El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a instancia del representado si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero⁵⁷.

C) Modalidades de la autocontratación

El art. 68 recoge las dos formas tradicionales o clásicas: el autocontrato en sentido estricto cuando el representante actúa, por un lado, en nombre y por cuenta propia, y, por otro, en representación del *dominus*; y también cuando el representante, en aparente mayor imparcialidad negocial, cuando actúa en representación de dos partes, en principio, contrapuestas.

D) El contrato del representante consigo mismo

Supone que el mismo sujeto ha emitido dos declaraciones de voluntad, una en nombre propio y otra en representación de otro. Durante mucho tiempo se negó radicalmente esta posibilidad por entender que cada una de las declaraciones de voluntad negocial requieren el soporte de dos personalidades diferentes. Hoy se ha superado tal concepción entendiéndose que basta con que las decla-

⁵⁷ He aquí la versión de DE LOS MOZOS-LUNA:

"1. Es susceptible de ser anulado el contrato que el representante concluya consigo mismo, sea por su propia cuenta o sea como representante de otra parte contratante, a menos que el representado le haya expresamente autorizado para ello o que el contenido del contrato sea determinado de modo que excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación no puede ser hecha efectiva más que por el representado.

3. El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a iniciativa del representado si el conflicto era conocido o susceptible de ser reconocido por el tercero".

Las diferencias sobre el texto propuesto siguen siendo de forma y estilo, pero no de fondo.

raciones de voluntad procedan de dos centros de intereses diferentes aunque se expresen mediante la misma persona. Según el art. 68.1 el contrato representativo así celebrado, en principio, no es inexistente ni radicalmente nulo, sino meramente anulable. En efecto, puede ocurrir que enterado el representado *a posteriori* de la celebración de tal contrato por su representante, lo considere beneficioso para sus intereses, y, por tanto, que no ejercite la acción de anulabilidad; es prudente que tal contrato sea válido mientras no lo impugne el representado; cabría entender que hay a modo de una ratificación tácita, y, con mayor razón, si la aprobación resulta expresa.

También es válido el contrato representativo celebrado en ese caso cuando ha recaído previamente la autorización del representado, ya figure en el poder, ya se trate de acto posterior a su otorgamiento como pueden ser las instrucciones impartidas al apoderado (aunque de modo previo a la celebración del contrato representativo). Hay que entender que tal autorización forma parte de la autonomía contractual (art. 2.1 Proy.) siempre que no sea contraria a normas imperativas, a las buenas costumbres y al orden público que allí se especifica.

La autorización del *dominus* purifica la situación de cualquier sospecha de que el representante se va a beneficiar en provecho propio del otorgamiento del contrato representativo; bien sea porque el representado conoce el modo de actuar en los negocios de su representante, bien sea porque en razón a las circunstancias llega a idéntica conclusión, bien sea porque está de acuerdo y acepta que el representante obtenga algún lucro de su negociación. El contrato representativo es plenamente válido sin que pueda impugnarse por haber intervenido una modalidad de autocontratación (aunque sí por otra causa, por ej. al concurrir un vicio del consentimiento).

E) Actuación del representante en nombre de dos representados

Aquí el riesgo es que el representante trate de beneficiar a uno de lo representados a costa del otro; es decir, que deje de actuar imparcialmente. Las consideraciones del supuesto anterior pueden aplicarse aquí *pari passu*, añadiendo alguna razón práctica; en efecto, si el representante recibe el doble encargo, de comprar y vender la misma cosa, se gana tiempo y ahorran gastos si formaliza el contrato en representación de ambos *dominii* sin necesidad de hacer gestiones en el mercado, por lo demás, con escrupuloso respeto a las instrucciones bilateralmente recibidas.

Si ambos representados autorizan al representante el autocontrato, no hay problema para aplicar lo dicho en el supuesto anterior, tanto en su razón de ser como en sus efectos. Alguna dificultad surge si sólo uno de los representados ha autorizado la autocontratación; parece que, en su caso, el *dominus* que no otorgó su consentimiento podrá impugnar esta modalidad de autocontratación, pero no el consentidor.

F) La contradicción de intereses

La contradicción de intereses impide la plena validez del contrato representativo que ha sido realizado sin autorización adoptando cualquier modalidad de autocontratación. Este concepto jurídico indeterminado fue uno de los obstáculos que inicialmente se opusieron a la admisión del autocontrato, y, después de muchos debates, permanece como *leit motiv* de la admisibilidad de la figura. En ausencia de autorización expresa por el representado, mediando contradicción de intereses, sigue abierta la posibilidad de impugnar el contrato representativo. Responde a la elemental idea de que todo contrato significa la conciliación de los contrapuestos intereses de las partes contractuales en presencia, de modo que la utilización de la autocontratación, en cualquiera de sus modalidades, no debe menoscabar la libertad contractual de las partes en presencia para conciliar y concordar sus respectivos intereses; una cosa es que, en el regateo normal de los tratos preliminares,

el vendedor rebaje voluntariamente sus iniciales pretensiones, y otra que el representante tenga carta blanca para establecerlo en su beneficio o en el de cualquiera de los representados. Si el representante tiene la facultad omnímoda de fijar el precio de venta de una cosa que un *dominus* le encarga comprar, no podrá hacerlo en beneficio exclusivo de su patrimonio suministrando tal objeto a sus expensas pues se piensa que se inspirará en la idea de obtener de éste el mayor beneficio. La forma equitativa de actuar es fijar previamente por parte del *dominus* unos límites precisos (de cuantía de precio, de calidad del objeto, de fechas de entrega del suministro, o de cualquiera de las circunstancias que pueden acompañar a tales elementos del contrato) para que la actuación del representante no se manifieste como discrecional y arbitraria e inspirada en el lucro propio (bajo la cobertura de lo que constituye la predeterminación del contenido) (art. 68.1). Si existe cualquier posibilidad de contradicción de intereses entre representante y representado, el contrato representativo es anulable, según resulta del anterior párrafo. Sin embargo, el art. 68.3 parece que restringe la posibilidad de impugnación sólo *si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero*; en todo caso, se trata de norma idéntica a la contenida en el art. 1394 C.c.ital.³⁸

G) La acción de anulación

Fuera de los casos de normas imperativas que imponen, bajo nulidad absoluta, determinadas prohibiciones de contratar, ya he destacado cómo el Proyecto recoge el *status questionis* de la doctrina europea en la materia, estableciendo en el art. 68.2 que la anulación sólo puede ejercitarse por el representado. Para determinar los efectos de aquélla, hay que remitirse al art. 146, cuyo ap. 2, letra c) se refiere expresamente a los casos previstos en los

³⁸ A juicio de GORDILLO CAÑAS (loc. cit. p. 316 y sgte) el art. 68.3 del Proy. se refiere al ejercicio abusivo de la representación fuera de la autocontratación, igual que ocurre en el art. 269 C.c.port., supeditando la posibilidad de ejercicio de la facultad anuladora del *dominus negotii* a la protección de terceros de buena fe, de modo que sólo se la podrá ejercitar cuando el conflicto de intereses con el representado era conocido o cognoscible por el tercero.

arts. 67 y 68, y a los preceptos correspondientes que la desarrollan, art. 147 (efectos de la anulación), art. 148 (modalidades y plazo de la anulación) y art. 149 (conservación y confirmación del contrato anulable).

12. REPRESENTANTES Y AUXILIARES DEL EMPRESARIO

A) Razón de ser del precepto

El art. 69 es un precepto de cierre de la sección dedicada a la representación que contiene una regulación sumaria de la materia que indica el enunciado, y, a mi juicio, posee, además, una función simbólica consistente en expresar, una vez más, la voluntad de los autores del Proyecto de comprender en él las materias contractuales que habitualmente se incluyen en el Derecho privado de los países europeos. La *ocassio* estuvo representada por la propuesta del Prof. Martín POSCH, de la Univ. de Jena, de introducir lo que denominaba *contrato de empresa* con una redacción similar a la siguiente: *La persona que concluye contratos que le son habituales en los locales de la empresa del representado, en caso de duda se presume que está autorizado a hacerlo*. Esta propuesta inspira el art. 69.1 del Proy., que fue completado en el ap. 2 con una referencia genérica a los auxiliares del empresario, y en el ap. 3 con una regla, de valor secundario, relativa a la obligación de exhibir el documento en que figure el poder de estas personas. La alusión en el *Rapport introductif* a los arts. 2203 a 2213 C.C.ital. no parece que responda a una verdadera fuente de inspiración del art. 69⁵⁶, ya que, de serlo efectivamente, tal apartado constituiría un pobre desarrollo legislativo de aquéllos.

⁵⁶ GANDOLFI loc. cit. p. 256. Mi apreciación se basa en que tales artículos se incluyen bajo el epígrafe *della rappresentanza* en las empresas comerciales, con una minuciosa regulación del *istituto* (que es el propuesto por el titular de la empresa para el ejercicio de otra empresa mercantil, con inclusión de los deberes y las obligaciones, publicidad, modificación y revocación del poder, con expresión de los casos en que responde personalmente frente a terceros), de los *procuratori* (que probablemente pueden equipararse a los *apofidati* de la empresa), y, por último, de los *commessi* (que parecen responder a los auxiliares del art. 69.2).

B) Los representantes y auxiliares del empresario

El art. 69 con este enunciado, dispone:

1. *La persona encargada de representar habitualmente a una empresa o a una rama de la misma y que, en calidad de tal se relaciona con terceros, se presume provista de poder para celebrar en nombre y por cuenta del empresario los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular una función análoga en la misma zona.*

2. *Los auxiliares de los sujetos mencionados en el apartado anterior, que establezcan contactos con terceros, se presumen provistos del poder para celebrar contratos relativos a los bienes que ellos entregan directamente y para cobrar su importe, a menos que en los locales donde operen haya un servicio de caja.*

3. *En el caso previsto en los apartados anteriores, los terceros tienen, en todo caso, derecho a exigir que el encargado o el auxiliar le justifiquen sus poderes⁶⁰.*

Inicialmente cabría pensar que se trataría de supuestos de representación aparente los contemplados en los dos primeros apartados del art. 69. En efecto, el precepto habla de personas que al relacionarse habitualmente con terceros, actúan como si fueran representantes generales o particulares del comerciante, y de tal apariencia basada en datos objetivos, la norma presume la existencia de poder para representar al empresario, tomando la norma como modelo los poderes de los que ejercen una función análoga en la misma zona. Más delimitado es el campo de actuación de los auxiliares, quienes si establecen contactos con terceros y, como consecuencia de ello, entregan directamente bienes a éstos, la norma presume que están facultados para cobrar su importe, salvo la excepción que se indica. En realidad, aunque no está ausente

⁶⁰ En la versión de DE LOS MOZOS-LUNA se denominan *colaboradores del empresario* a los que en el texto calífico de *auxiliares*, por estimarlo más conforme con nuestra terminología legal. Hay coincidencia en utilizar el término *encargado*, y en el sentido general del precepto.

del todo la idea de la apariencia, aquellos apartados describen la nota esencial de la tipicidad del poder mercantil con la que se actúa en el tráfico.

Parece claro que cualquier empresario está legitimado para otorgar expresamente poderes de representación a favor de las personas que estime por conveniente, ejercitando las facultades que genéricamente le otorga el art. 62.1, y ello aun sin necesidad de que existiera el art. 69. Bajo la citada perspectiva este precepto viene a confirmar la interpretación que anteriormente he dado según la cual el otorgamiento de poder no está, por regla general, sujeta a forma, siendo válido, incluso, el conferido por actos concluyentes, aplicable a encargados, auxiliares etc, cualquiera sea la denominación con que se les conoce en cada una de las legislaciones europeas.

La relativa novedad que suponen los dos primeros apartados del art. 69 está constituida por el criterio legal para tipificar el alcance de los poderes, en ausencia de determinación expresa. Ambas normas serían, por tanto, de alcance meramente interpretativo: en ausencia de convenio expreso, la extensión de los poderes que se presumen otorgados por el empresario es análoga a la de quienes ejercen las similares funciones en otras empresas de la misma zona. El art. 69.2 al establecer que los auxiliares del empresario se presume que están provistos de poder para celebrar contratos (normalmente de compraventa) relativos a los bienes que ellos entregan directamente a los clientes, y, asimismo, para cobrar su importe, *a menos que en los locales donde operen haya un servicio de caja*, tampoco representa ninguna efectiva novedad pues aparece, con frecuencia en la práctica mercantil (incluso, con anuncios expuestos al público).

En relación con los arts. 2203 ss. C.civ.ital. el Proyecto de Pavía viene a realizar una simplificación terminológica; así en lugar de los *institori* (arts. 2203-2208), *procuratori* (art. 2209), y, en general, *commissi* del empresario (arts. 2210-2213), el art. 69.1 habla del representante habitual del empresario, sea para una sola

empresa, sea para una rama habitual de la misma, y el art. 69.2 habla, genéricamente, de los auxiliares del empresario en sentido estricto y de sus representantes. Probablemente para obviar la variedad terminológica de las diferentes legislaciones europeas⁶¹

Por lo demás, la facultad reconocida a los terceros que contratan con estos representantes y auxiliares del empresario, de exigir la justificación de sus poderes, aparece ya, con carácter general, en el art. 62.

PARTE SEGUNDA. APLICACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

13. INDICACIÓN GENERAL

Mientras nuestro C.c. sólo contiene una única norma (art. 1259), situado entre las disposiciones generales dentro del Título de los contratos; el CSO en los arts. 32 a 40 regula con bastante detalle la representación directa resultante del apoderamiento entre las obligaciones que resultan de un contrato; el C.c.ital. en sus arts. 1387 a 1400 se ocupa, sistemáticamente, de la representación dentro de la regulación general del contrato, normas que, en buena parte, han servido aquí de modelo, no único; el Proyecto de Pavía ofrece, por su parte, un grupo compacto de reglas sistematizadas sobre la representación contractual directa, centrado en la de origen voluntario o contractual —sin duda, la de mayor importancia práctica—, construido en torno al otorgamiento de poder como su fuente, normando sus elementos constitutivos y efectos, regulando la causa más emblemática de cesación de estos últimos (revocación), ocupándose asimismo de los supuestos anómalos de la representación aparente y del representante que actúa sin poder o excediéndose del que tiene. Un lugar preferente en la normativa ocupa el contrato representativo, capacidad requerida a las partes, vicios de la voluntad y circunstancias subjetivas, autocontratación y una alusión, más bien simbólica, a la representación del empresario.

⁶¹ Cfr. arts. 281-302 C.com. esp. 1885, que se estudiarán más adelante.

A la vista de este rico contenido del Proyecto la conclusión inicial es que su adopción mejoraría la regulación de las relaciones representativas entre nosotros. Pero sólo puede emitirse un juicio provisional dado que están pendiente de regulación el contrato de mandato y otros, que inevitablemente, y en mayor o menor medida, han de incidir igualmente en la de la representación voluntaria.

Por otra parte esta materia ha sido permanentemente tratada por la doctrina española a lo largo de todo el siglo XX, con un número considerable de estudios monográficos de gran valía⁶²,

⁶² TRAVIESAS *La representación voluntaria* RDP, 1922, p. 123 ss.; LEZÓN *Una modalidad de autotratamiento y de prohibición de disponer* RCDI, 1926, p. 873 ss.; J. GONZÁLEZ *El problema de la autotratamiento*, RCDI, 1927, p. 390 ss.; MARTÍNEZ MORA *Sobre la autotratamiento* RCDI, 1927, 106 ss.; CASTRO y BRAVO *El autotratamiento en el Derecho privado español*, RGLJ, 1927, p. 334 ss.; CARRETERO *Un autotratamiento muy usual en España*, RCDI, 1930, p. 834 ss.; GARCÍA REVILLO *El llamado autotratamiento* (Madrid 1934); PORPETA *Sustitución de poder* AAMN, 1945, p. 135 ss.; NÚÑEZ LAGOS *Mandato sin poder* RDP, 1946, p. 609 ss.; DE LA CÁMARA *Revocación del mandato y del poder* AAMN 1948, p. 555 ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, varios trabajos sobre el tema en *Estudios de Derecho Privado*, 1 (Barcelona 1948); ALBALADEJO *La representación* ADC, 1958, p. 767 ss.; ROVIRA *Contrato consigo mismo* NEJ, V, (1953) p. 383 ss.; MENÉNDEZ *Representantes y auxiliares del empresario*, RDM, 1959, p. 269 ss.; DÍEZ PICAZO *La prohibición de comprar impuesta a los mandatarios* ADC, 1963, p. 641 ss.; *El concepto jurídico de representación en el Derecho privado*, AAMN, t. XVI, p. 153 ss.; *Forma y voluntad en el negocio de apoderamiento*, RCDI, 1970, p. 1138; *La representación en el Derecho privado* (Madrid 1979), hay nueva ed. en 1992; *Los efectos jurídicos de la gestión representativa*, ADC 1978, p. 478 ss.; DE CASTRO, *Temas de Derecho civil* (Madrid 1976) p. 121 ss.; MERINO *Sobre la unilateralidad del poder*, RDN, 1971, p. 137 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *La voluntad negociada y la representación*, Homenaje Roca Sastre, II, p. 229 ss.; *Naturaleza y situación del contrato del "falsus procurator"*, 1976, p. 1047 ss.; GORDELLO CAÑAS, *La representación aparente* (Sevilla 1978); *La representación*, Homenaje De los Mozos (Madrid 2003) I, p. 305 ss.; HERNÁNDEZ MORENO *Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 C.c. RJC*, 1980, p. 373 ss.; MONTSERRAT VALERO *El mandato y poder irrevocable* (Zaragoza 1982); CRESPO ALLUÉ *La revocación del mandato* (Madrid 1984); RUIZ-RICO RUIZ *La representación en interés del representante*, 1985; BONET RAMÓN *Representación y mandato en el C.c.* AAMN, 1989, p. 417 ss.; CASTRO LUCINI *Representación, poder y mandato*, Centenario del Código civil (Madrid 1989), p. 155 ss.; WACKE *La autotratamiento en el derecho de representación romana y moderna* AAMN 1990, p. 241 ss.; GARCÍA CANTERO *Notas sobre la representación legal en el Derecho de familia* AC, 1990; GARCÍA GARCÍA, *El negocio de subapoderamiento* RCDI, 1995, p. 923 ss.; BADENAS CARPIO *Apoderamiento y representación voluntaria* (Pamplona 1998); CANO MARTÍNEZ DE VELASCO *El poder irrevocable* (Barcelona 1998); LACRUZ et alii, *Elementos I-3^o* (rev. DELGADO ECHEVERRÍA) ed. Madrid 2000, p. 283 ss. DE PABLO CONTRERAS, en *VVAA Derecho Privado, Derecho de la persona* 2^a ed. (Madrid 2001) p. 268 ss.

sin olvidar la abundante jurisprudencia que ha tratado de dar respuesta a las sucesivas necesidades planteadas por la práctica, especialmente a raíz del ingreso español en la U.E. De desear es que, en el futuro, se prosigan estos esfuerzos, tanto por parte de la doctrina⁶³ como por la jurisprudencia, incluyendo la perspectiva europea, como lo haré a continuación siguiendo el modelo del Proyecto pavesano.

14. SOBRE EL CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y DIRECTA

Aceptando la triple fuente de la representación (contractual, judicial⁶⁴ y legal), aludidas si bien no reguladas las dos últimas en el Proyecto hay que centrarse en la modalidad básica de representación voluntaria y directa. Su concepto y requisitos hay que entenderlos asumibles en el Derecho español⁶⁵, incluso en relación con los actos no negociales o jurídicos en sentido estricto⁶⁶. Nada se dice, en cambio, en el Proyecto sobre la llamada representación indirecta⁶⁷, aludida en el art. 1717 C.c. a propósito del contrato de mandato, que un sector doctrinal (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN) propone ampliar⁶⁸. En todo caso, la cuestión no puede considerarse cerrada y puede volver a tomarse en consideración

⁶³ De destacar son dos aportaciones recientes que transcurren bajo la indicada perspectiva. Por un lado, María Paz GARCÍA RUBIO *Representación en VVAA Derecho privado europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE) (Madrid 2003) p. 555-570, examina nuestro Derecho en la materia bajo la inspiración del Proyecto Lando, y, por otro, GORDILLO CAÑAS, *La representación VVAA* (dirigidos por VATTIER, DE LA CUESTA y CABALLERO), *Homenaje a De los Mozos* (Madrid 2003) pp. 305-321, hace lo propio respecto al Proyecto de Pavia.

⁶⁴ Hubo en la sesión plenaria de los Académicos un debate a propósito de si la representación judicial constituía una categoría *à se*, negándolo resueltamente TRABUCCHI, si bien SORTAIS alegó casos en materia de familia (*Code européen des Contrats*, cit. p. 372).

⁶⁵ Por todos LACRUZ *et alii*, 1-3^o cit. p. 283 ss.

⁶⁶ LACRUZ *et alii*, op. et vol. cit. p. 276.

⁶⁷ Aludida expresamente con referencia al CSO, en la sesión plenaria de los Académicos, por SIEHR, *Code européen de Contrats*, cit. p. 230.

⁶⁸ Excelente resumen en LACRUZ *et alii*, op. et loc. cit. p. 313 ss. También DE PABLO CONTRERAS op. et vol. cit. p. 230, con similares planteamientos.

al regular el contrato de mandato. De menor entidad es la inclusión, o no, del nuncio o mensajero en el ámbito de la representación; el art. 67.4 Proy. lo contempla como una modalidad sujeta a menos requisitos de capacidad que el apoderado; la doctrina española parece inclinada a aceptar la figura dentro del cauce de un apoderamiento normal, sin olvidar las dificultades prácticas para diferenciar una y otra figura⁶⁶.

15. SOBRE LA REPRESENTACIÓN APARENTE

Acogida en el art. 61 (con referencias en los arts. 63.4, 68,3 y 69 del Proy.), lo que parece justificado y acertado dado que el reconocimiento de la representación aparente, es pacífico en el ámbito jurídico europeo, contando con base legal en los arts. 1734 y 1738 C.c. esp. y el respaldo reiterado y claro de la jurisprudencia española (últimamente SSTs de 27 septiembre 1995, 31 marzo y 17 abril 1998), pese a lo cual el Prof. GORDILLO CAÑAS⁶⁷ sostiene resueltamente que la formulación del art. 61 no se ajusta a los requisitos generalmente exigidos para la protección de la apariencia jurídica; pues una cosa es la protección de la confianza en los comportamientos interindividuales y en la relación *inter partes*, y otra la protección de los terceros frente a situaciones de apariencia jurídica preconfiguradas sin su intervención. Supone esta última —prosigue el autor— la existencia de una situación objetiva de apariencia (en este caso, de apoderamiento o representación) que, más que derivar de la palabra o de una actuación singular de quien se presenta como representante, es la envoltura material o fáctica, objetiva en todo caso, que permite hacer creer al tercero de buen fe su condición de representante. La apariencia representativa —concluye—, exige una base objetiva de apariencia de representación que, aunque no tenga que ser culpablemente inculpable al *dominus* en su causación, sí tiene que implicarle

⁶⁶ LACRUZ *et alii*, op. vol. et ed. cit. p.271 s.

⁶⁷ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 320 s.

objetivamente. La singular circunstancia de ser el autor especialista en la materia, parecía aconsejable la reproducción *in extenso*, de su argumentación, derechamente dirigida a la interpretación que, a su juicio, ha de darse al art. 61 Proy. Por su parte, LACRUZ y continuadores⁷¹, y desde otra perspectiva, hacen hincapié en los casos regulados en los arts. 1734 y 1738 C.c. cuando exista una apariencia de poder en la que pudo legítimamente confiar el tercero cocontratante; interpretándolos ambos en sentido amplio, siguiendo a un amplio sector de la doctrina española más reciente, de modo que el poder otorgado para contratar con determinadas personas sería equivalente a aquél cuyo otorgamiento ha sido notificado especialmente a determinadas personas, y que, incluso, un poder genérico extinguido, cuando el contratante cree en su subsistencia de buena fe y sin medios normales de enterarse de su revocación, puede producir efectos para él; y, por último, tratándose de cualquier causa extintiva del poder, sostienen que aunque el apoderado conozca la extinción del poder, también consideran que éste sigue siendo válido respecto de terceros de buena fe que ignoran su extinción.

En consecuencia, no se discute si se admite, o no, la apariencia del poder representativo, sino, de un lado, si el art. 61 Proy. la acoge correctamente, y, de otra, si hay base normativa en Derecho español para admitirla, cuestión que se resuelve afirmativamente, defendiéndose, incluso, un concepto no estrictamente literal de exégesis de aquéllos preceptos.

16. PODER Y REPRESENTACIÓN. LA REVOCACIÓN DEL PODER Y OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL MISMO

Dicen LACRUZ y continuadores⁷² que una de las más clásicas, discutidas y arduas cuestiones que suscita el instituto de la representación, está polarizada eminentemente en la discusión de

⁷¹ LACRUZ *et alii*, op. vol. et ed. cit. p. 299 s.

⁷² LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 278.

al regular el contrato de mandato. De menor entidad es la inclusión, o no, del nuncio o mensajero en el ámbito de la representación; el art. 67.4 Proj. lo contempla como una modalidad sujeta a menos requisitos de capacidad que el apoderado; la doctrina española parece inclinada a aceptar la figura dentro del cauce de un apoderamiento normal, sin olvidar las dificultades prácticas para diferenciar una y otra figura⁶⁹.

15. SOBRE LA REPRESENTACIÓN APARENTE

Acogida en el art. 61 (con referencias en los arts. 63.4, 68,3 y 69 del Proj.), lo que parece justificado y acertado dado que el reconocimiento de la representación aparente, es pacífico en el ámbito jurídico europeo, contando con base legal en los arts. 1734 y 1738 C.c. esp. y el respaldo reiterado y claro de la jurisprudencia española (últimamente SSTs de 27 septiembre 1995, 31 marzo y 17 abril 1998), pese a lo cual el Prof. GORDILLO CAÑAS⁷⁰ sostiene resueltamente que la formulación del art. 61 no se ajusta a los requisitos generalmente exigidos para la protección de la apariencia jurídica; pues una cosa es la protección de la confianza en los comportamientos interindividuales y en la relación *inter partes*, y otra la protección de los terceros frente a situaciones de apariencia jurídica preconfiguradas sin su intervención. Supone esta última —prosigue el autor— la existencia de una situación objetiva de apariencia (en este caso, de apoderamiento o representación) que, más que derivar de la palabra o de una actuación singular de quien se presenta como representante, es la envoltura material o fáctica, objetiva en todo caso, que permite hacer creer al tercero de buen fe su condición de representante. La apariencia representativa —concluye—, exige una base objetiva de apariencia de representación que, aunque no tenga que ser culpablemente inculparable al *dominus* en su causación, sí tiene que implicarle

⁶⁹ LACRUZ *et alii*, op. vol. et ed. cit. p. 271 s.

⁷⁰ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 320 s.

objetivamente. La singular circunstancia de ser el autor especialista en la materia, parecía aconsejable la reproducción *in extenso*, de su argumentación, derechamente dirigida a la interpretación que, a su juicio, ha de darse al art. 61 Proy. Por su parte, LACRUZ y continuadores⁷¹, y desde otra perspectiva, hacen hincapié en los casos regulados en los arts. 1734 y 1738 C.c. cuando exista una apariencia de poder en la que pudo legitimamente confiar el tercero cocontratante; interpretándolos ambos en sentido amplio, siguiendo a un amplio sector de la doctrina española más reciente, de modo que el poder otorgado para contratar con determinadas personas sería equivalente a aquél cuyo otorgamiento ha sido notificado especialmente a determinadas personas, y que, incluso, un poder genérico extinguido, cuando el contratante cree en su subsistencia de buena fe y sin medios normales de enterarse de su revocación, puede producir efectos para él; y, por último, tratándose de cualquier causa extintiva del poder, sostienen que aunque el apoderado conozca la extinción del poder, también consideren que éste sigue siendo válido respecto de terceros de buena fe que ignoran su extinción.

En consecuencia, no se discute si se admite, o no, la apariencia del poder representativo, sino, de un lado, si el art. 61 Proy. la acoge correctamente, y, de otra, si hay base normativa en Derecho español para admitirla, cuestión que se resuelve afirmativamente, defendiéndose, incluso, un concepto no estrictamente literal de exégesis de aquéllos preceptos.

16. PODER Y REPRESENTACIÓN. LA REVOCACIÓN DEL PODER Y OTRAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL MISMO

Dicen LACRUZ y continuadores⁷² que una de las más clásicas, discutidas y arduas cuestiones que suscita el instituto de la representación, está polarizada eminentemente en la discusión de

⁷¹ LACRUZ *et alii*, op. vol. et ed. cit. p. 299 s.

⁷² LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 278.

las relaciones entre mandato y representación, o entre poder y mandato; durante mucho tiempo se confundieron mandato y representación, absorbida ésta, y dominada por aquél; fueron WINDSCHEID y LABAND los primeros que, a mediados del siglo XIX, distinguieron netamente ambas figuras, pues el mandato es un contrato que vincula a mandante y mandatario, y mira a las relaciones internas, o entre ellos solos, mientras que la representación atiende fundamentalmente a las relaciones entre el mandatario (representante) con el tercero con quien contrata, lo que es algo externo al mandato. Cabe un mandato sin representación, y representación sin mandato, cuando el lugar de éste es ocupado por un arrendamiento de servicios, o de trabajo, o de sociedad etc, por lo cual no cabe confundir jurídicamente ambas instituciones que, aunque próximas, tienen sujetos, contenido y efectos diferentes. Sin embargo —prosiguen dichos autores—, hay autores como FERRARI o MÜLLER-FREIENFELS, que han puesto en cuestión la nueva teoría de la representación, y afirman que aunque en abstracto quepa imaginar una actuación representativa sin más apoyo que un poder del interesado, en realidad no se producen las cosas así, y el poder es otorgado, precisamente, porque hay una relación previa de confianza o de tipo contractual entre *dominus* y representante, de la que tal poder surge, y el actuar del apoderado es su consecuencia y su desarrollo; de aquí que, al margen de hipotéticas posibilidades y distinciones teóricas, la realidad es que la representación se integra en el negocio gestorio que le sirve de base y horizonte. Lo anterior explica, acaso, la postura mantenida por GORDILLO CAÑAS²³, quien recogiendo la transcrita y extendida doctrina de la separación y contradicción entre la representación y el mandato, se pregunta: ¿no se habrá ido demasiado lejos? Si la actuación *alieno nomine* implica conciencia de haber sido apoderado, ¿cómo no habrá de dirigirse el apoderamiento a quien ha de ejercitarlo? Y su declaración a terceros ¿no parece ser, más que una declaración constitutiva, la simple

²³ GORDILLO CAÑAS, loc. cit. p. 308 sgte.

notificación de algo ya otorgado y constituido? Es cierto que cabe un mandato sin apoderamiento (art. 1717 C.c.), y que, por tanto, mandato y apoderamiento son cosas distintas; pero de ahí a afirmar que la representación pueda vivir por sí sola, y que su otorgamiento se puede producir por la declaración del poderdante a terceros, va un trecho no exigido por aquella distinción ni fácilmente compaginable con el modo de ser de la actuación representativa. A juicio de este autor, bastaría con decir que la representación voluntaria, aunque distinta al mandato, nace en el marco de éste, como un añadido al mismo.

Es cierto que en el Proyecto la representación ha roto claramente toda vinculación con el contrato subyacente, entre otras razones porque todavía no se han redactado los contratos en particular del Libro II, aunque también puede entenderse que el art. 62 se hace eco de la doctrina europea dominante antes recogida. Además, los arts. 62 y 63 del Proy. se adaptan perfectamente a lo dispuesto en el art. 1257 C.c. esp. Conforme lo que se dice en el ap. 6 de este cap., rige inicialmente en el Proy. la libertad de forma en el apoderamiento, admitiéndose la validez de la forma verbal y hasta por actos concluyentes (art. 1710 C.c. esp.). Por otra parte, la exigencia indirecta de forma, derivada del art. 62.2 siguiendo al art. 1392 C.c. ital., es lo que mejor cuadra a lo dispuesto en el art. 1280-5º C.c. cuando el poder tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública⁷⁴. Dedúcese de lo anterior que lo dispuesto en el art. 62 no está en desacuerdo con el estado actual de la doctrina y la normativa española sobre el poder como base de la representación directa.

Sobre la revocación del poder, como la causa más peculiar de extinción de la representación voluntaria, opina GORDILLO

⁷⁴ Como dice GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 309. Observa el autor que la referencia del art. 62.1 a la declaración escrita u oral de apoderamiento parece orientada más a indicar el modo de dirigirla a sus posibles destinatarios que a excluir la posibilidad del apoderamiento tácito. En general, sobre la forma del apoderamiento en Derecho español, cfr. LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 293 sgte.

CAÑAS⁷⁵ que el proyecto pavesé encaja sin dificultad en nuestro Derecho, invocando la doctrina sentada por STS de 31 noviembre 1987, según la cual cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o de simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente, bilateral o plurilateral, que le sirve de causa o de razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por voluntad de uno sólo de los interesados. La laguna que supone la falta de referencia a las demás causas de extinción, se colmará bien sea con invocación de la legislación estatal, bien sea por analogía con las causas extintivas del mandato en el futuro Libro II del Proy.⁷⁶

17. EL CONTRATO REPRESENTATIVO, EL *FALSUS PROCURATOR* Y LA RATIFICACIÓN DEL REPRESENTADO

La regla contenida en el art. 66 según la cual, en caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato celebrado por el representante, basta que éste no tenga sus facultades mentales alteradas por razones patológicas, parece de difícil aceptación en nuestro Derecho; aquélla podría bastar para un mero nuncio o mensajero, pero parece claro que el representante ha de gozar, al menos, de la capacidad general de contratar del menor

⁷⁵ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 310.

⁷⁶ Dicen LACRUZ y continuadores, loc. cit. p. 296, que además de las causas extintivas del mandato pueden situarse las generales que afectan a una relación jurídica surgida de un negocio, tales como el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria, la realización del negocio para el que fue concedido el poder etc. Finalmente, cuando el poder nazca de una relación básica que actúa respecto de él como causa y en la que se apoya o de la que depende, extinguida aquélla, se entenderá extinguido el poder, dado su carácter accesorio. En términos generales, la extinción del poder no se presume, y sí su subsistencia.

emancipado⁷⁷. En cambio, no hay problemas en cuanto a la capacidad requerida al representado en el art. 66 (capacidad general para contratar y ausencia de prohibiciones para celebrar el contrato en particular). La regulación de los estados subjetivos del representante y del representado, al no establecer una solución necesariamente única, suscitan igualmente aceptación⁷⁸.

Cuando el contrato representativo se desarrolla normalmente sus efectos se producen de modo directo en el representado (art. 60.1), lo que coincide con el art. 1727 C.c.esp.. Ahora bien, cuando el representante actuó sin poderes, o extralimitándose de los que ostentaba, se origina una situación que no se regula uniformemente en las distintas legislaciones europeas y que la doctrina de cada país afronta disparmente. La experiencia muestra que aquella actuación no suele producirse en el vacío (si constituyera, por ejemplo, una actuación caprichosa del representante), sino que obedece a motivaciones que, frecuentemente, desembocan en la aceptación *a posteriori* del contrato representativo por el *dominus*. Las dos situaciones fundamentales se regulan en los arts. 64 y 65 del Proyecto. Éste no define la naturaleza del contrato otorgado por el *falsus procurator*, lo que permite sostener, en cuanto a aquella, diversas concepciones doctrinales, aunque el art. 1259 p. 2º C.c.esp. habla de *nulidad* (término que imprecisamente utiliza, con frecuencia, nuestro primer cuerpo legal). Parece correcto hablar de responsabilidad precontractual que origina una responsabilidad civil a cargo del representante, de carácter limitado (interés contractual negativo); más difícil de aceptar es la interpretación que quiere darse a la facultad que el art. 64.1 *in fine* otorga al tercero de *considerar el contrato como celebrado con el representante carente de poderes*⁷⁹, entendiéndose que el acto material de cumplimiento, si

⁷⁷ Véanse las convincentes razones de GORDILLO CAÑAS, loc. cit. p. 312. En general sobre los requisitos de capacidad en el representante cfr. LACRUZ *et alii*, op. cit. p. 293.

⁷⁸ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 313

⁷⁹ Así GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 318 al formular observaciones teóricas y prácticas al art. 64.

la prestación es fungible, es un subrogado de la indemnización. En el régimen de la ratificación por el representado hay coincidencia del derecho español con el del Proy. salvo en la relativo a la admisión de la forma tácita, pues éste impone que aquélla se exprese en las formas prescritas por la ley para la conclusión del contrato mismo (art. 65.1)⁸⁰.

18. LA AUTOCONTRATACIÓN

Inicialmente debe reputarse un acierto del Proyecto el haber contemplado expresamente una regulación del autocontrato, a lo que se añade el criterio moderado de las soluciones que propugna el art. 68. Se observa que se trata de una doctrina recibida entre nosotros, aplicada por la jurisprudencia y por la DGRN, y no carente de algún apoyo legal en nuestro Derecho⁸¹. Se afirma que hay práctica unanimidad en admitir el autocontrato cuando no existe enfrentamiento ni oposición de intereses entre los del propio contratante y los de su representado, o hay autorización (expresa o implícita, pero cierta) del representado o representados a tal efecto. A la autorización se asimila el hecho de que el interesado haya predeterminado el efecto jurídico del acto por lo que a él compete⁸². La evolución jurisprudencial suele recogerse en las obras generales y en las monográficas, señalándose la primera época de inadmisibilidad del autocontrato (que hoy, obviamente, no interesa recoger), siendo la DGRN la primera en cambiar de criterio en RR. de 29 diciembre 1922, y 30 mayo 1930, doctrina mantenida uniformemente, y últimamente en RR. de 14 mayo 1998, 2 diciembre 1998, y 17 noviembre 2000. Criterio aper-

⁸⁰ LACRUZ *et alii*, loc. cit. p. 305. Para estos autores la ratificación se deducirá de actos concluyentes, entre los que puede darse (caso más frecuente en la práctica) el aprovechamiento por el *dominus* de los efectos del acto realizado por el gestor sin poder, citando, al efecto SST5 de 6 abril 1934, 15 junio 1966, 23 octubre 1990, 5 noviembre 1993 y 2 octubre 1995.

⁸¹ GORDILLO CAÑAS loc. cit. p. 316.

⁸² LACRUZ *et alii* cit. p. 307.

turista que aceptó la Sala 1ª TS, a partir de la STS 5 noviembre 1956, seguida por gran número de decisiones que constituyen hoy una sólida doctrina jurisprudencial (entre otras, SSTS 22 febrero 1958, 27 octubre 1966, 21 febrero 1968, 29 mayo 1976, 14 junio 1988, 31 enero 1991, 9 junio 1997, 12 febrero 1999, 28 marzo 2000, 19 febrero y 12 junio 2001).

Cabe concluir que incorporar a nuestro ordenamiento el art. 68 Proy. supondría normativizar globalmente una doctrina jurisprudencial ampliamente aceptada ya por nuestra doctrina.

19. REPRESENTANTES Y AUXILIARES DEL EMPRESARIO⁴³

En la doctrina mercantilista está generalizada la opinión de que el auxiliar del comerciante o empresario es un empleado o dependiente al que se superpone un apoderamiento, voluntario o legal, por cuya virtud el auxiliar actúa en nombre de aquél; su posición jurídica se analiza, por un lado, en una relación de servicios, desarrollada en el orden interno y cuya profundización no interesa aquí para nuestro propósito, y, por otro, en una relación representativa —relevante a nuestro objeto—, que mira al exte-

⁴³ La doctrina mercantilista española ha prestado atención especializada al tema de los auxiliares del comerciante o empresario: MIRABELL y CARRERAS, *Derechos de los dependientes y merceños de comercio*, RGLJ, 1918, p. 381 ss.; GARRIGUES, *Auxiliares del comerciante*, RDP, 1930, p. 197 ss.; MEJANA *Los empleados de comercio*, RGLJ, 1935, p. 607 ss.; BORRAJO *Los auxiliares del empresario en el Derecho español*, RDM, 1957, p. 7 y sgtes. y 245 y sgtes. MENÉNDEZ *Los auxiliares del empresario*, RDM 1959, p. 259 sgtes.; BELTRÁN s.v. *Auxiliares del empresario*, EJB, I, p. 718 sgtes; Factor, id. II, p. 3043 sgtes.; BOIX RASPALL, s.v. *Auxiliares del empresario*, NEJS, III, p. 180 sgtes.; s.v. *Gerente*, id. X, p. 593 sgtes.; DE LA CÁMARA *Estudios sobre la representación legal en Derecho Mercantil*, Homenaje De Castro, I, p. 295 sgtes. A lo que deben añadirse las obras generales: GARRIGUES *Curso de Derecho mercantil*, 4ª ed. (Madrid 1962), p. 486 y sgtes.; URÍA-MENÉNDEZ *Curso de Derecho mercantil*, I (Madrid 2001) p. 207 sgtes; CAMACHO DE LOS RÍOS, *Los auxiliares del empresario en VVAA Lecciones de Derecho Mercantil* (Coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ) 6ª ed. (Madrid 2001) p. 96 sgtes.; ROJO *La representación en el Derecho mercantil*, en URÍA-MENÉNDEZ *Curso de Derecho Mercantil*, I (Madrid 2001), p. 207 sgtes.; URÍA *Derecho mercantil*, 28ª ed. (rev. con la colaboración de María Luisa Aparicio y Mª Angeles Cuscó) (Madrid-Barcelona 2002) p. 46 sgtes; SÁNCHEZ CALERO *Principios de Derecho mercantil*, 9ª ed. (Madrid 2004) p. 92 sgtes.; VICENT CHULIÀ *Introducción al Derecho mercantil*, 17ª ed. (Valencia 2004) p. 116 sgtes.

rior y se concreta en actos jurídicos que el auxiliar realiza en nombre de su representado⁸⁴. Hace medio siglo se señalaban las siguientes notas del auxiliar respecto de su principal, susceptibles de adaptación al derecho vigente: 1º) Actúa con mandato representativo (concepción parcialmente hoy superada pues incidía en la confusión entre mandato y poder); 2º) en relación de dependencia con el empresario; 3º) ejercitando una función duradera o permanente; 4º) el auxiliar hace suyo el interés de la empresa; y 5º) en las relaciones internas rige el deber de obediencia al principal, y de mutuo respeto (lo que explicaría las causas de resolución del contrato que regulan los arts. 300-3º y 301-3º C.com. hoy sustituidas por las establecidas en la legislación laboral⁸⁵).

De modo global y generalizado cabe afirmar que el régimen descrito en el art. 69 del Proyecto tiene fácil encaje con el Derecho español contenido en el Código de comercio, pese a algunas diferencias terminológicas⁸⁶. Así ocurre con la norma permisiva contenida en el art. 281 C.com. a cuyo tenor el comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta, en todo o en parte, y para que le auxilien en él; en realidad tal posibilidad resulta, sin más, del art. 2.1 Proy. A algunos de estos auxiliares se refiere indudablemente el art. 69.1 Proy. al hablar de la persona encargada de representar habitualmente a una empresa o a una rama de la misma y que, en calidad de tal, se relaciona con terceros. Lo que ocurre es que la regulación mercantil española se diversifica⁸⁷, al menos, en tres tipos de auxiliares *lato sensu*⁸⁸: los

⁸⁴ Así GARRIGUES *op. cit.* p. 486.

⁸⁵ ROJO *loc. cit.* p. 210.

⁸⁶ Se ha dicho que la terminología ya era arcaica en el momento en que fue promulgado el C.com. de 1885 (ROJO, *loc. cit.* p. 209).

⁸⁷ Aunque predomina la expresión legal de auxiliares, hay autores que prefieren hablar de *colaboradores* (así SÁNCHEZ CALERO *op. cit.* p. 92, y URÍA *op. cit.* p. 46).

⁸⁸ Según indica GARRIGUES, *op. cit.* p. 490: En realidad, los representantes del comerciante, cuando están incorporados a su organismo mercantil, en una relación de dependencia, son, sin duda, sus auxiliares. El auxilio consiste, precisamente, en la realización de actos

denominados *factores*⁶⁹, *gerentes*, o *Directores generales*⁷⁰, que son *apoderados o mandatarios generales*; los *dependientes sensu stricto*, que son *apoderados o mandatarios singulares*, a quienes falta la tipicidad de sus facultades representativas; y, por último, los *mancebos* (término caído en desuso, salvo en el sector farmacéutico) a quienes también suele calificarse de *dependientes*⁷¹. Los mandatarios o *apoderados generales* aparecen contemplados en el art. 69.1 y se les describe como titulares de un poder legal típico, en defecto de una expresa cláusula de *apoderamiento*⁷², ya que se presume que tales personas están provistas de poder para celebrar, en nombre y por cuenta del empresario, los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular los que ejercen una función análoga en la misma zona; aquí cabría incluir el factor⁷³

jurídicas en nombre o por cuenta del comerciante, cosa que permite a éste multiplicar su actividad dentro y fuera del establecimiento.

⁶⁹ A juicio de GARRIGUES op. cit. p. 492, el factor es el *alter ego* del comerciante, de modo que al tercero debe bastarle saber por el Registro Mercantil que la persona con quien contrata, está dotada de un poder general para que, sin temor a reproche de mala fe, pueda confiadamente cerrar con él todos los contratos propios de la negociación de aquel establecimiento. Este autor sostiene para el Derecho español el dogma de la ilimitabilidad del poder del factor, aunque no se haya formulado expresamente por nuestro C.com. Sobre esta figura cfr. ampliamente BELTRÁN s.v. cit.; ROJO, loc. cit. p. 210 sgtes.; VICENT CHULIÁ op. cit. p. 118 sgtes.

⁷⁰ Así VICENT CHULIÁ op. cit. p. 116.

⁷¹ Sin embargo URÍA op. cit. p. 51 dice que el poder del mancebo es más restringido que el del dependiente, cuando actúa en tiendas o almacenes abiertos al público.

⁷² Dice URÍA *Derecho mercantil* cit. p. 49 sgte., que cuando se trata de un factor con *apoderamiento*, inscrito en el Registro, los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la ley presume que las conocen, mientras que en el caso del factor notorio la ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del establecimiento. VICENT CHULIÁ op. cit. p. 120 sgte. alude a la protección de la confianza en la apariencia, viendo en los arts. 286, 292 a 296 C.com. manifestaciones de la representación notoria del factor. Asimismo ROJO loc. cit. p. 209 se refiere a la apariencia que la ley presume.

⁷³ El art. 286 C.com. esp. dicta una norma análoga a la contenida en el 69.1: *Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fibil o comercial, cuando notoriamente pertenecen a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades, o apropiación por el factor de los efectos*

(arts. 282, y 284-291), y el gerente (art. 283). Los mandatarios o apoderados particulares son los auxiliares *stricto sensu* a que se refiere el art. 69.2 Proy. y los *dependientes* en general aludidos en el art. 292, y más específicamente, los *mancebos* de los arts. 293 y sptes C.com. autorizados para cobrar el importe de las ventas que hicieren, y sus recibos será válidos, expidiéndolos a nombre de sus principales (art. 294) *a menos que en los locales donde operen haya un servicio de caja*⁸⁴, según especifica el art. 69.2 recogiendo una práctica habitual que ahora suele, incluso, anunciarse al público.

20. JUICIO VALORATIVO DE CONJUNTO

Recogiendo opiniones expresadas antes con relación a supuestos concretos (por ejemplo en materia de autocontratación), cabe afirmar que incorporar a nuestro ordenamiento privado de modo global la sección dedicada a la representación en el Proy. de Pavía, no significaría un *salto en el vacío* —iniciando una ruta cuyo destino se ignorara—, por el contrario se aceptarían algunas figuras ya conocidas cuyos resultados beneficiosos para el tráfico hemos experimentado durante bastante tiempo, de modo que supondría mayor número de ventajas que de inconvenientes. Con las salvedades y limitaciones ya expuestas, las líneas generales de aquél son —a mi juicio— compatibles con nuestro Derecho civil y mercantil, pese a algunas cuestiones muy puntuales, que suscitan, como he expuesto, discrepancias en la doctrina, a mi juicio, de valor secundario.

objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

⁸⁴ Para GARRIGUES *op. cit.* p. 497, el poder del mancebo es legalmente típico (ventas al por mayor o menor y expedición de recibos), y precisamente para enervar la presunción legal en que se basa es necesario contradecirla de modo tan visible como la apatencia en que se funda (el autor alude a los frecuentes carteles que indican "pagos en caja", pero en el Proyecto el signo contrario se basa meramente en la existencia de un servicio de caja en el local donde opere).

Si resulta alabable el esfuerzo de la Sala 1ª TS por modernizar un conjunto normativo en vigor, tanto civil como mercantil, escasamente sistemático y, en ocasiones, confuso, el texto ahora examinado tiene valores intrínsecos que lo convierten en merecedor de alta estima doctrinal y positiva valoración científica. Unificar el derecho europeo de los contratos bajo tal óptica ha de redundar, en mi opinión, en beneficio del tráfico jurídico de la gran mayoría de los países pertenecientes a la U.E.

CAPÍTULO IX
ALGUNAS MODALIDADES DE
CONTRATOS:

- 1. EL CONTRATO PARA PERSONA A
DESIGNAR**
- 2. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO**

1. EL CONTRATO PARA PERSONA A DESIGNAR

Sergio CÁMARA LAPUENTE

Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. Fuentes y sentido de las reglas sobre el contrato para persona a designar en el Proyecto preliminar del Código europeo de contratos. 2. Funciones de esta cláusula contractual. 3. Naturaleza jurídica. 3.1. Distinción de figuras afines (contrato a favor de tercero, cesión de contrato, representación). 3.2 Otras explicaciones de su naturaleza. 4. Líneas generales de su régimen legislativo en el ordenamiento español. 5. Exposición comparativa de la dinámica negocial según las reglas del Proyecto preliminar y las del ordenamiento español. 5.1. Modalidades contractuales a las que se aplica. 5.2. Designación del elegido. a) Calificación. b) Forma. c) Plazo. d) Titular de la facultad. 5.3. Aceptación. 5.4. Publicidad. 5.5. Efectos. 6. Problemas no resueltos por el Proyecto preliminar del Código europeo de contratos.

1. FUENTES Y SENTIDO DE LAS REGLAS SOBRE EL CONTRATO PARA PERSONA A DESIGNAR EN EL PROYECTO PRELIMINAR DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

El contrato para persona que se designará, *contractus pro persona seu personis nominandis* o *emptio pro amico eligendo* consiste propiamente en una cláusula o estipulación contractual por la que las partes (el promitente y el estipulante) acuerdan que una de ellas (normalmente el estipulante) se reserva la facultad de nombrar en un plazo determinado a un tercero que se subrogará en su posición de parte contractual, con carácter retroactivo al momento de la conclusión del contrato, de forma que el sustituido desaparece de la relación jurídica como si nunca hubiese existido. Rasgo esencial de este pacto es que sólo se produce en todo caso una transmisión, tanto en el caso de que el estipulante haga uso de la *electio* —de manera que la transmisión jurídica se

den, den es angeht)⁴, o también de figuras que cubren precisamente esa funcionalidad en el ámbito del *Common Law*, como la *undisclosed agency*. En España, aunque el Código civil no le dedica ningún precepto, la atención doctrinal ha sido escasa hasta el último lustro⁵ y la jurisprudencia no ha tenido muchas ocasiones de examinar la cuestión⁶; no cabe ignorar una larga tradición de su uso en la práctica en algunos sectores, como es el caso, sobre todo, de la cesión del remate en las subastas judiciales o la compraventa concluida en documento privado que se elevará a público en favor de otra persona. Además, el Fuero Nuevo de Navarra es el único cuerpo de Derecho civil sustantivo que dedica un precepto (ley 514 FN) a la institución, bajo el apelativo de “contrato con facultad de subrogación”.

Como contrapunto al AvCEC, cabe mencionar que los “Principios de Derecho Contractual Europeo” de la Comisión Lando (PECL) no dedican una sección específica ni una categoría inde-

⁴ Por todos, MÜLLER, K., “Das Geschäft für den, den es angeht”, *Juristenzeitung*, 19 noviembre 1982, n.º 22, pp. 777-786; DONATO, *op. cit.*, pp. 603-653.

⁵ Salvadas las escasas menciones en la manualística, y con la autorizada excepción de algunos trabajos de mediados del siglo XX, la nómina doctrinal se cifra prácticamente a dos monografías recientes. Así, por orden cronológico, cabe citar a DE CASTRO Y BRANCO, F., “Contrato por persona a designar”, *ADC*, 1952, pp. 1369-1381; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Contrato de compraventa a favor de persona a determinar”, *AAMN*, 8, 1954, pp. 557-569; DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 4.ª ed., Madrid, 1993, I, pp. 416-419; MUÑOZ ESPADA, E., “Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar”, *RCDI*, 654, 1999, pp. 1971-2010 (vuelto a publicar en *RGLJ*, 4, 2001, pp. 117-153, de donde se citará aquí); CECCHINI ROSELL, X., *La cláusula “por sí o por persona que se designará”*, Valencia, 2000; MUÑOZ ESPADA, E., “Contrato con persona a designar”, en VATTIER, C., DE LA CUESTA, J. M., CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código europeo de contratos. Academia de Iuristas europeos (París). Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Madrid, 2003, I, pp. 323-333; NAVARRO MICHEL, M., *El contrato para persona a designar: nuevas perspectivas*, Madrid, 2004.

⁶ Y ante una tal cláusula en diversas ocasiones ha acudido a calificarla como contrato a favor de tercero *ex art.* 1257 Cc.: SSTS 11 noviembre 1950, 1 julio 1977, 13 mayo 1983, 14 abril 1986. Véase también el tratamiento como específico contrato por persona a designar en la STS 21 noviembre 1997 (comentario por CECCHINI ROSELL, X., *RDPat.*, 1, 1998, p. 289 y ss.). Otras sentencias la asimilan a una promesa de venta (STS 18 diciembre 1964). En el ámbito navarro existen diversas sentencias entre las que destaca la STS Navarra de 9 junio 1990.

pendiente para regular el contrato para persona a designar, si bien se ha podido afirmar su aparición en dichas reglas embebido en preceptos dedicados a la representación, como el art. 3:102 (1), que permite que la identidad del representado sea revelada en un momento posterior⁷, o de forma más desarrollada, el art. 3:203 PECL⁸, que regula un auténtico contrato para persona a designar precisamente a partir de la noción anglosajona del *undisclosed principal* y en sede de representación directa (y no de representación indirecta, como suele ser la calificación al uso de la naturaleza de esta figura), bajo la denominación "representado no identificado".

Ante este panorama normativo cabe preguntarse por el sentido de las reglas del AvCEC sobre el contrato para persona a designar. En concreto, ¿tiene sentido regular este instrumento contractual en un eventual Código europeo de contratos? Evidentemente la respuesta se ve condicionada por otra previa de mayor alcance: la decisión acerca de la fisonomía de un tal código, pues [a] si para éste se propugnase una mayor economía de instituciones jurídicas (por ejemplo, menos instituciones, pero más detalladas, como opción *iure condendo*), probablemente la cláusula contractual objeto de este estudio resultaría prescindible; no en vano, sus funciones pueden llegar a cumplirse a través de otras fórmulas contractuales. No es puro accidente que en los códigos que la regulan la ubiquen entre la representación y la cesión del contrato

⁷ Lo califica como contrato para persona a designar GARCÍA RUBIO, M. P., "La representación", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, p. 559.

⁸ Art. 3:203: "Si un representante entra en contacto con otra persona en nombre de un principal cuya identidad sólo ha de ser revelada posteriormente, y deja de revelarla dentro de un período de tiempo razonable después de haber sido requerido para ello por el tercero, el representante queda vinculado por el contrato". La doctrina no duda en calificar esta regla como contrato para persona a designar: DIEZ-PICAZO, I., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p. 205; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 118. Los propios comentarios oficiales a los PECL indican el paralelismo con lo regulado en Italia y Portugal fuera del entorno de la representación (LANDO, O., BEALE, H. [dirs.], *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*, trad. Barres Benfloch, P., Embid Irujo, J. M., Martínez Sanz, F., Madrid, 2003, pp. 288-289).

(Cc. italiano), entre el contrato a favor de tercero y la gestión de negocios ajenos (Cc. portugués) o entre la cesión del contrato y las estipulaciones (Fuero Nuevo de Navarra), siguiendo el AvCEC tales patrones (entre la representación y el contrato a favor de tercero), en tanto que cuerpos normativos como los PECL directamente la subsumen como un supuesto de representación y tal naturaleza jurídica es tradicional asignarle doctrinalmente (*vid. infra*, apartado 3); índice de este carácter prescindible es la jurisprudencia española, que tiende claramente a tratar esta estipulación como un contrato a favor de tercero⁹. Por supuesto, con esta primera hipótesis no se niega ni la autonomía conceptual del contrato para persona a designar (con rasgos y naturaleza distinguibles desde un punto de vista más teórico que práctico de las instituciones jurídicas mencionadas, como luego se verá), ni las ventajas que puede aportar en algunas situaciones, sino su auténtica necesidad desde una perspectiva no sólo jurídica, sino económica en los albores del siglo XXI.

Ahora bien, cabe una segunda respuesta al interrogante planteado, [b] si se entiende que un tal código paneuropeo debería contener el máximo de recursos jurídicos a disposición de los contratantes, en cuyo contexto la regulación del contrato para persona a designar tendría pleno sentido, particularmente si está bien detallado; lo cual no eliminará el problema práctico de encajar el mecanismo contractual en una u otra categoría en función de las circunstancias del caso, con consecuencias jurídicas bien diversas (como la retroactividad o irretroactividad de la subrogación, la existencia de una o varias transmisiones, etc.). En cualquier caso, el éxito en el tráfico jurídico de una institución jurídica armonizada como la que presenta el AvCEC como propuesta normativa para la Unión Europea dependerá esencialmente del tratamiento fiscal de esta estipulación y su consideración como una sola transmisión desde el promitente al tercero designado para convertirse en parte contractual; y este tratamiento fiscal dista mucho de estar

⁹ *Vid. nota 6.*

armonizado e incluso sus posibilidades de futura armonización presentan considerables dificultades.

2. FUNCIONES DE ESTA CLÁUSULA CONTRACTUAL

La doctrina española (y también la foránea) agrupa en dos las funciones que puede cubrir el contrato para persona a designar, a partir de la relación interna¹⁰: por una parte, una *función de gestión o representativa*, en la que el estipulante está previamente ligado con el tercero, en cuyo interés actúa y del que es un gestor, aunque le interese mantener oculta su identidad en esta primera fase contractual (para conseguir un precio más ventajoso, por pudor, etc.). Por otra parte, una *función de mediación*, en los casos en que el estipulante actúa por su propia cuenta e interés y no está ligado a nadie; en un momento posterior espera encontrar a alguien para traspassarle su posición jurídica (normalmente obteniendo una ganancia, pero incluso a título gratuito): es el caso de la compra para revender de inmediato, evitando las consecuencias tributarias de una doble transmisión, y además eximiéndose el estipulante de la responsabilidad por los vicios de la cosa vendida y de los riesgos de insolvencia del designado¹¹. La doctrina francesa incluso llega a usar distintas y gráficas denominaciones para uno y otro supuesto: contrato con *reserve de command* o *vente avec déclaration de command* para el fenómeno representativo, y contrato *avec élection d'ami* en el segundo caso, lo que trasvasado a las categorías de la doctrina clásica sería el *contractus pro amico electo* (cuando el estipulante obró a partir de un mandato o poder anterior al contrato) o el *contractus pro amico eligendo* (cuando el tercero es elegido posteriormente al arbitrio del esti-

¹⁰ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 1378-1379 y 1376; DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, I, p. 417; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONDREAS, P., *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, p. 440; MUÑOZ ESPADA, "Naturaleza...", *cit.*, p. 129 y ss.

¹¹ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1379.

pulante y se beneficia del negocio mediante su declaración de aceptar la vinculación contractual).

Cabría preguntarse si el AvCEC acoge ambas modalidades del contrato para persona a determinar o tan sólo la primera, como hacía la doctrina clásica post-medieval¹². La duda entra en razón al examinar algunas expresiones del Anteproyecto de la Academia de Pavía orientadas hacia la gestión representativa. Así, el art. 70.1 señala que la facultad de *electio* "se excluye para los contratos que no puedan ser celebrados mediante representante o para los que es obligatoria la identificación de las partes contratantes en el momento de la celebración", y el art. 70.4 prescribe que la designación del elegido "no tiene efecto si no se acompaña de la aceptación expresa de la persona nombrada o si no existe apoderamiento anterior al contrato". Si a estas expresiones sumamos que la exigencia de designar al tercero haya de tener lugar en un plazo breve (no lo es tanto el del AvCEC, 8 días *ex art.* 70.2, en comparación con otros sistemas: 5 días Portugal, 3 días Italia, 24 horas Francia), lo cual limitaría el uso de la cláusula a los supuestos en que el estipulante haya "elegido" al tercero a designar antes del contrato¹³, todo ello justifica plantearse la cuestión sobre si el AvCEC sólo admite el *contractus pro amico electo* o con finalidad representativa, lo cual cercenaría el uso que la cláusula viene desplegando en España. A mi juicio, la respuesta debe ser negativa, por varias razones: el propio tenor literal del art. 70.4 AvCEC permite que la designación prospere si el elegido acepta expresamente, sin apoderamiento previo, como ocurrirá en el uso de la cláusula con funciones de mediación (frecuentemente inmo-

¹² Así, OLEA (1699), GUTIÉRREZ (1730) o POTHIER justificaban la fiscalidad de una sola transmisión sólo cuando la designación se hace en ejecución de mandato anterior; o HERMIZELLA (1634), SALGADO DE SOMOZA (1672), CÁNCER (1683) o VOET calificaban como ineficaz la cláusula si al contratar el estipulante no era ya representante del tercero designado, por lo que había doble venta, según explica y cita DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1373, n. 9. Incluso algún autor moderno italiano, como ENRIETTI (*op. cit.*, p. 179) restringe esta cláusula contractual al poder y a la ratificación, lo cual es rechazado por DE CASTRO (*op. cit.*, p. 1375).

¹³ NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 19.

biliaria); además, el plazo para hacer la designación no es tan breve que impida tal uso y, por último, la doctrina y la jurisprudencia italianas y la portuguesas, de cuyos códigos proceden las dos reglas citadas, reconocen sin ninguna dificultad ambos usos y niegan que el mandato o la representación sean requisito esencial para la validez del contrato para persona a designar¹⁴.

Establecidos así los dos grandes haces funcionales del contrato para persona a designar, procede enunciar las *finalidades* para las que se ha empleado y emplea en la práctica este esquema negocial, siguiendo una enumeración de sesgo cronológico-histórico: (1) Desde su origen, con esta cláusula se ha tratado de ocultar la personalidad del auténtico contratante con el objetivo de obtener precios más reducidos, evitar que se especule con su interés en la adquisición o poder pujar en subastas judiciales sin lesión para su prestigio social. (2) En consecuencia, su primitivo y natural ámbito sigue siendo la cesión del remate en las subastas judiciales; y también, en España, en las ejecuciones hipotecarias (antes *ex art.* 228 RH, en la actualidad, *art.* 647.3 LEC 1/2000). (3) Asimismo es un medio empleado para la intermediación inmobiliaria en relación con la especulación de terrenos; en particular, se emplea en la compraventa de pisos en construcción con precio aplazado, para la que se firma un documento privado entre las partes con el pacto de sustitución del comprador por otro al elevar el documento a escritura pública. (4) También se usa esta cláusula, al decir de la STSJ Navarra de 9 junio 1990, en la "compraventa de vehículos, quedándose el vendedor con otro, usado, cuyo

¹⁴ Así, en Italia (*art.* 70.4 AvCEC = *art.* 1402, § 2 Cc. italiano), v. gr., sentencia de Casación de 10 febrero 1993; ALFA, G., *Istituzioni di Diritto privato*, 3ª ed., Torino, 2001, p. 889; TRABUCCO, A., *Istituzioni di Diritto civile*, trad. L. Martínez-Calcerrada, Madrid, 1967, II, p. 191. En Portugal (*art.* 70.4 AvCEC = *art.* 453.2 Cc. portugués), señala GALVÃO TELLES (*Obvigações*, 3ª ed., p. 101, según cita de NETO, A., *Código civil anotado*, 14ª ed., Lisboa, 2004) que el estipulante "age como representante autorizado, se já tem procuração sua, ou como gestor de negócios se lhe falta essa procuração. Caso este último em que, para o contrato produzir efeito em relação à pessoa nomeada, necessário é que ela o ratifique". En Francia, pese al plazo tan breve sigue plenamente vigente en la doctrina la diferencia entre *reserve de command* y *défection d'amis*.

valor apreciado se rebaja en el precio del nuevo, y que el vendedor luego traspasa a un tercero". (5) Otra finalidad que cubre es señalar como designado a una persona jurídica que, en el momento de la perfección del contrato está en formación, de manera que se posibilite que uno de los contratantes definitivos sea un sujeto que no existe al perfeccionarse el contrato que le vincula, en virtud de la eficacia retroactiva¹⁵. (6) Modernamente, se menciona su empleo en "la ordenación de balances entre grupos de empresas, sociedades filial y matriz, la compra de paquetes accionariales y de valores, el mantenimiento de una representación o de un mandato oculto y, en general, cualquier medio de objetivación del intercambio en mercados especulativos"¹⁶. (7) En definitiva y en general, su uso se ha visto favorecido por el fin de evitar una segunda venta, con los gastos de doble titulación y duplicidad en el pago de impuestos correspondientes.

3. NATURALEZA JURÍDICA

3.1. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES (CONTRATO A FAVOR DE TERCERO, CESIÓN DE CONTRATO, REPRESENTACIÓN)

La complejidad de la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar y los interminables debates sobre este tópico tienen su reflejo ya en la propia denominación del instrumento, sobre el que, al menos, existe un relativo consenso en coincidir que se trata más de una cláusula o estipulación contractual (inserto en un contrato de diverso género) que un contrato en sí mismo. Así, algunas de las opciones sobre su naturaleza se traslucen en su designación como "contrato *con/por/para* persona a designar" (o que se designará), "cláusula por sí o por persona que se designará", "contrato con facultad de subrogación" (ley 514 FN), "con-

¹⁵ CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶ BLASCO GASCO, F. P., en el prólogo a CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, p. 17.

trato a calidad de ceder"¹⁷, siendo probablemente la locución castellana más correcta la de contrato (con la cláusula) "para persona que se designará", tal como la califican la STS 21 noviembre 1997 y la STSJ Navarra 9 junio 1990.

Como antes se apuntó, las funciones jurídicas y económicas que cumple esta cláusula contractual pueden alcanzarse en buena medida a través de otros cauces jurídicos con los que en ocasiones ésta ha sido asimilada. En concreto, y marginando ahora otras muchas explicaciones ofrecidas para rotular su naturaleza jurídica, con tres figuras recogidas también en el AvCEC se ha tratado de explicar la estructura y funcionamiento del "contrato para persona a designar" de los arts. 70-71 AvCEC: el "contrato a favor de tercero" (arts. 72-74 AvCEC), la representación (arts. 60-69 AvCEC) y la "cesión de contrato" (arts. 118-120 AvCEC). Analicemos los rasgos diferenciales entre estas instituciones jurídicas.

Respecto al contrato a favor de tercero, con el que las similitudes son tan evidentes que algunos autores italianos identifican ambos esquemas negociales¹⁸ y también una importante tendencia de la jurisprudencia española (*vid. supra*, apartado 1), cabe aducir las siguientes diferencias conceptuales —sobre las que puede profundizarse en el comentario a los arts. 72 a 74—:

¹⁷ Según las notas a la ley 528 de la *Recopilación primada* que sirvió de antecedente al Fuero Nuevo de Navarra (GARCÍA GRANERO, J., *et. al.*, *Derecho foral de Navarra. Derecho privado [Recopilación primada]*, Pamplona, 1971, p. 234: "... de mucho arraigo en el Derecho navarro, especialmente en contratos posteriores a subastas").

¹⁸ De SEMCO, G., *Istituzioni di Diritto privato*, Firenze, 1952, p. 429; *Id.*, *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*, Madrid, 1961, p. 47; PACCHIONI, G., *Los contratos a favor de tercero. Estudio de Derecho romano, civil y mercantil*, Madrid, 1948, p. 216. Por su parte, en España, CECCHINI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 253-255, aunque niega la identificación en general, la admite para algunos supuestos concretos. Un completo elenco de diferencias puede verse en MUÑOZ ESPADA, "Naturaleza...", *cit.*, pp. 120-122; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 98-101. Aparte de algunas de las recogidas en el texto, las dos autoras aducen también como diferencia que el contrato para persona a designar no supone ningún desvío al principio de relatividad de los contratos, porque produce sus efectos entre los contratantes (Muñoz, p. 135; NAVARRO, pp. 45-47).

- (1) En el contrato a favor de tercero éste nunca se convierte en *parte contractual*, sino que tan sólo es el "beneficiario" de una serie de derechos, por lo que deviene acreedor del promitente sin ser parte contractual (con las obligaciones que ello comportaría; cfr. art. 73.1, 74.1 y 59 AvCEC y su explicación en el comentario correspondiente); en cambio, el "elegido" en el contrato para persona a designar sí se convierte en parte contractual, de hecho en *el* cocontratante, sustituyendo al estipulante.
- (2) Por la misma razón, al "beneficiario" (contrato a favor de tercero) no se le exige *capacidad* de obrar, que sí se le exige al "elegido" (contrato para persona a designar).
- (3) El beneficiario sólo recibe las ventajas de la prestación contractual, no cabe imponerle *obligaciones*, en tanto que el elegido asume la entera posición contractual, incluidas todas sus obligaciones.
- (4) El *estipulante* en el contrato para persona a designar desaparece por entero de la relación jurídica tras la designación eficaz del tercero que se sitúa en su posición contractual con efectos retroactivos. En cambio, el estipulante en el contrato a favor de tercero no desaparece incluso tras el nombramiento del beneficiario y la aceptación de éste, pues dicho estipulante conserva el derecho a exigir que el promitente realice la prestación en favor del beneficiario (en virtud de un interés propio), aunque no puede exigirla para sí mismo.
- (5) El papel de la *aceptación* del tercero también es diverso en ambas figuras: en el contrato para persona a designar, la aceptación (previa por poder o posterior) es necesaria para que surja la adquisición o la titularidad del derecho (aunque después produzca efectos retroactivos), mientras que en el contrato a favor de tercero, el derecho ya ha surgido en favor de éste desde la misma perfección del con-

trato entre estipulante y promitente, y su función es tan sólo tornar irrevocable ese derecho (art. 72.3 AvCEC: "el tercero adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la perfección del contrato, sin que su aceptación sea necesaria"; y art. 73.4).

- (6) En su configuración en el AvCEC, la *electio* en el contrato para persona a designar está sujeta a un *plazo* de ocho días desde la conclusión del contrato (art. 70.2), en tanto que la determinación del beneficiario en el contrato a favor de tercero no cuenta con límites legales (art. 72.2). Sin embargo, esta diferencia aparente, a efectos prácticos no supone un criterio de delimitación, pues el propio art. 70.2 AvCEC permite que las partes convengan un plazo distinto, con lo que la autonomía de la voluntad juega en ambos casos.
- (7) El juego de las *excepciones* oponibles entre los tres sujetos implicados en ambos contratos puede ser distinto, debido a las distintas calificaciones jurídicas del estipulante y el tercero vistas (diferencias 1-4) en los dos modelos contractuales (cfr. art. 73 AvCEC).
- (8) En caso de *ausencia de designación del tercero*, en el contrato para persona a designar "el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios" (art. 71.3 AvCEC), en tanto que en el contrato a favor de tercero es menester arbitrar un destino a las prestaciones convenidas, que, a falta de pacto plantea el problema de la resolución del contrato, la realización de la prestación en favor del estipulante (así, art. 72.3 AvCEC) o sus herederos o la liberación del promitente.

Respecto a la cesión de contrato, igualmente regulada de forma unitaria en el AvCEC (arts. 118-120), como también ocurre en el Derecho navarro (ley 513 FNN), a diferencia del Código civil español (que no tiene una regulación global, sin perjuicio de algunas

figuras concretas, sobre todo en leyes especiales), la similitud con el contrato para persona a designar por razón de la subrogación en la posición contractual como conjunto (sustitución subjetiva sin alteración de los elementos objetivos del contrato, salvo en la extinción de la propia facultad de elegir), es tan evidente que no requiere mayor explicación. Las diferencias suelen estructurarse más en el plano de los efectos que en el de la estructura. *En cuanto a los efectos*, en primer lugar, la mayor disparidad estriba en que la cesión de contrato despliega su eficacia *ex nunc*, desde que se produce la cesión ("el cedente queda liberado de sus obligaciones frente al cedido, las cuales son asumidas en el mismo instante por el cesionario", art. 119.1 AvCEC), mientras que en el contrato para persona a designar la eficacia es *ex tunc*, el elegido se coloca en la misma posición contractual con carácter retroactivo (art. 71.1 AvCEC). En segundo lugar, el cesionario adquiere con carácter derivativo, desde el cedente, mientras que en el contrato para persona a designar, el elegido adquiere directamente desde el promitente (no desde el estipulante, que sería el equivalente del cedente), porque sólo se entiende producida una transmisión. Además, en tercer lugar, en la dinámica normal de esta última figura, el estipulante desaparece absolutamente de la escena jurídica tras la aceptación del designado (cfr. art. 71.1 AvCEC), mientras que en la cesión expresamente se contempla en el tipo negocial que el cedido puede "declarar que no quiere liberar al cedente" (art. 120.1 AvCEC). De ahí sería posible indagar ulteriores diferencias en función de los consentimientos requeridos para operar la subrogación respecto a un concreto tercero en el momento posterior al contrato (estipulante *versus* cedente y cedido), o en función de la existencia o no de relaciones pendientes o efectos concluidos o no¹⁹, que harían demasiado prolija esta exposición, por requerir

¹⁹ Cfr. art. 118.1 *in fine* AvCEC luego transcrito, en relación con las teorías que entienden que el contrato para persona a designar también despliega plenos efectos reales entre promitente y estipulante (sometidos a condición resolutoria) antes del nombramiento del tercero.

la explicación de diversas tesis de fondo sobre la naturaleza de ambas figuras.

Tan sólo procede llamar la atención respecto a dos posibles *diferencias estructurales* relacionadas: por un lado, la existencia de un plazo (breve), legal o convenido, para ejercitar la facultad de nombrar al elegido en el contrato para persona a designar, que en principio no tiene por qué existir en la cesión de contrato²⁰, pues aun pactando *ex ante* la posibilidad de cesión, ésta queda abierta mientras los efectos del contrato "no hayan concluido todavía" (art. 118.1 AvCEC). Por otro lado, en Derecho español, suele explicarse la distinción de ambas figuras a partir del dato de que la posibilidad de designar al tercero surge legalmente en la cesión de contrato y convencionalmente en el contrato para persona a designar²¹; es decir, en palabras de la STSJ Navarra de 9 junio 1990, mientras en el contrato con facultad de subrogación "se prevé, o se autoriza, la posible designación de un tercero, en sustitución de uno de los estipulantes iniciales, como parte (...), por el contrario (...) [en la cesión de contrato] no se ha previsto tal transmisión, concertándose el negocio, con carácter inicial de firme, entre los primeros estipulantes, y el tercero, que sustituye a uno de ellos (normalmente el comprador, en el contrato tipo de compraventa), aparece posteriormente, quizá por necesidades económico-fiscales idénticas a las del caso anterior (evitación de una segunda venta, con gastos de doble titulación y de duplicidad en el pago de impuestos que ello pueda suponer)"; distinción esta que podría quedar en entredicho sólo con una interpretación demasiado restrictiva del tenor del art. 118.1 AvCEC ("Cada una de las partes, si la relación lo permite expresamente, puede ceder [...] a un tercero o a más sujetos su propia posición contractual en un contrato

²⁰ Pone énfasis en esta diferencia como la más distintiva de ambas figuras en Derecho navarro SABATER BAYLE, E., "Comentarios a la ley 514 FNN", en RUIZ TORRANO, E. (dir.), ARECO VIEIRA, M. L. (coord.), *Comentarios al Fuero Navar. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 177b.

²¹ NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 104.

cuyos efectos no han concluido todavía”), en cuyo caso siempre se podría tener en cuenta que la facultad de designar al tercero se agota con su propio y único ejercicio, en tanto que la cesión de contrato podría producirse repetidamente si se dan sus requisitos propios.

Respecto a la representación, resulta patente que la transferencia de los resultados del contrato a la persona que se designe, cuando entre ésta y el estipulante existiese un mandato o un apoderamiento previo, encaja bien en el fenómeno representativo. Ahora bien, como pone de manifiesto la doctrina española, siguiendo de cerca a la doctrina italiana en esta calificación, la similitud se produce realmente con la representación indirecta, y no con la *representación directa*²², pues en el momento originario del contrato el estipulante no actúa en nombre del *amico electo* (representado), ni los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona de éste, ni el representante es nunca parte contractual, como sí lo es en inicio el estipulante. En cambio, en la *representación indirecta*, pese a no existir heteroeficacia inmediata ni actuar abiertamente en nombre de otra persona (aunque la cláusula ya revela que puede estar actuándose en interés y por cuenta de otra persona, aún desconocida para el promitente), el representado recibe los efectos del contrato, si bien a través del representante (estipulante). Es cierto que podrían oponerse algunas objeciones al paralelismo, aunque no lo lleguen a eliminar por completo. Así, por ejemplo, cabe argüir en primer lugar, que el esquema representativo no podría explicar los supuestos en que la falta de designación o la designación ineficaz hace que la eficacia contractual se despliegue definitivamente entre los contra-

²² MUÑOZ ESTADA, *op. cit.*, pp. 129-134; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 108-110, 120 y 217-224, ambas más bien proclives, con matices, a la alineación con la representación indirecta, como, más abiertamente, sostiene la doctrina y la jurisprudencia italiana modernas. Bastante más remiso a esta calificación se muestra CECCHINI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 247-252 y 272, aunque la argumentación, cuidada, no es del todo concluyente. Tampoco el instrumento de la ratificación encaja con el contrato para persona a designar (me remito a DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1375; MUÑOZ ESTADA, *op. cit.*, pp. 131-132).

tantes originarios; o, en segundo lugar, que el representado recibe los bienes desde el representante (doble transmisión) y no directamente del contratante (salvo en el caso excepcional del art. 1717 Cc. español: "cosas propias del mandante", que encajaría con mayor exactitud en el contrato para persona a designar: v. gr., mandato para adquirir o mandato para enajenar); y, en tercer lugar, que la asimilación a la representación no explica el contrato para persona a designar cuando ésta tenga fines de mediación (comprar para revender a tercero posteriormente), si, como se admite, este contrato tiene naturaleza unitaria.

Por todo ello, no es de extrañar que en este balance matizado de similitudes y diferencias, los comentarios oficiales al AvCEC reflejen la opinión de varios de sus miembros redactores (como GANDOLFI y ANTUNES VARELA), que encuadran el contrato para persona a designar en la representación por *non manifestam personam*²³. Ni tampoco que ordenamientos como el de los Países Bajos o los propios PECL de la Comisión Lando aborden la figura como una pura variante de la representación, o que los sistemas anglosajones se valgan de un tipo de representación como es la *undisclosed agency* para estos fines. Ni que, finalmente, autores como DE CASTRO señalen que esta cláusula contractual "sirva para facilitar y ampliar la eficacia de la representación indirecta u oculta (mandato no comunicado). La facilita en cuanto que prepara la prueba y la existencia previa del poder; la amplía porque la relación directa entre promitente y designado se extiende de la transmisión de bienes a la relación obligatoria, liberándose el estipulante de la vinculación respecto a al promitente, en que si no se encontraría aún al descubrirse el poder"²⁴.

²³ GANDOLFI, *Codex europæus...*, cit., p. 150.

²⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1377. En esta línea de pensamiento, recientemente, NAVARRO MICHEL (*op. cit.*, pp. 222-224) ha preconizado que la figura del contrato para persona a designar sirve precisamente para resolver los problemas de la actuación del mandatario *proprio nomine* del art. 1717 Cc. español, al evitar así el problema de la doble transmisión, propia del mandato no representativo o representación indirecta y la difícil definición de lo que se entiende por "cosas propias del mandante" en ese precepto.

3.2. OTRAS EXPLICACIONES DE SU NATURALEZA

Aparte de los tres institutos examinados, la naturaleza jurídica del contrato para persona a designar ha tratado de definirse mediante otras explicaciones, principalmente por la doctrina italiana, de la que se ha hecho eco la doctrina española sin encontrar asiento firme ni en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia. Así, se ha repasado y descartado su asimilación a la promesa del hecho ajeno, al contrato por cuenta de quien corresponda, al negocio jurídico *per relationem*, al negocio de formación sucesiva²⁵, al negocio fiduciario, a las teorías de la novación, las obligaciones alternativas y las facultativas, a la duplicidad de contratos, etc.²⁶. Pero quizás la tesis que con más seriedad se ha analizado, junto con la idea de la representación, haya sido la tesis del contrato condicional, debido a la subordinación de los efectos al resultado de la facultad de designación, con su antecedente fase de pendencia. Los obstáculos a esa explicación (pues la incertidumbre de efectos no existe, sino sólo la incertidumbre de quiénes serán los contratantes definitivos, y además, se generan auténticos derechos y no meras expectativas de derecho), llevaron a parte de la doctrina italiana a entender que existe una doble condición, suspensiva para la adquisición por el tercero designado y resolutoria respecto a la posición jurídica del estipulante, de donde algún otro autor²⁷ dio el salto a la calificación del doble contrato realizado por el promitente: uno con el estipulante, sujeto a condición resolutoria potestativa y otro con el designado, que sería un negocio de formación sucesiva perfeccionado con la designación por el estipulante actuando como representante. Esta tesis ha sido absolutamente rechazada por la doctrina española por su artificiosidad e inexactitud, defendiéndose en nuestro país la unidad del contrato²⁸.

²⁵ Vid. el examen de estas tesis, por todos, en MUÑOZ ESPADA, *op. cit.*, pp. 120-125.

²⁶ Vid. el examen de estas tesis, por todos, en CECCHINI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 265-272 y 251-252.

²⁷ ENRIETTI, *op. cit.*, p. 137 y ss.

²⁸ DR. CASTRO (*op. cit.*, *passim*) tempranamente escrutó y descartó la tesis de ENRIETTI. Resaltan la unidad de este contrato, entre otros posteriores, DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 418.

De este sucinto repaso no es posible extraer sino dos corolarios: en primer lugar, que la cláusula para sí o para persona que se designará se inserta en un contrato unitario; unitario tanto por los efectos que se producen antes y después del ejercicio de la facultad de designación, como por los fines (representativos o mediatorios) a que puede atender dicha cláusula en atención a la relación interna entre estipulante y tercero elegido o designado. Por lo tanto, aunque el mandato no representativo, la representación indirecta (*ex art. 1717 in fine*) o incluso el negocio fiduciario despojado de la teoría del doble efecto pueden acercarse la explicación del fenómeno cuando exista un encargo, mandato o poder previo que vincule al estipulante, no sirven para la explicación de su naturaleza *sui generis* (unitaria) al darse otros supuestos no fundados en una relación previa entre el tercero y el estipulante. En segundo lugar, los esfuerzos por explicar esta naturaleza jurídica y su clara proximidad a otros patrones negociales como el contrato a favor de tercero o la cesión de contratos no parecen haber conseguido trasladar ninguna culminación teórica en este terreno a la realidad negocial, pues a la postre habrá de ser la interpretación de cada concreto negocio jurídico la que permita encauzar sus efectos hacia uno u otro régimen legal, sin aproximaciones apriorísticas²⁹, a partir del rasgo esencial de la existencia de contratantes alternativamente determinados.

4. LÍNEAS GENERALES DE SU RÉGIMEN LEGISLATIVO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Aunque no existe un reconocimiento legislativo general del contrato para persona a designar en el Código civil español, sí es posible rastrear en diversas leyes regulación específica de algu-

²⁹ Resulta elocuente constatar cómo los más recientes y completos trabajos doctrinales en la materia en España se ven abocados a reconocer la dificultad de deslindar los supuestos en la práctica —lo que corrobora la idea con la que se iniciaba este comentario sobre la similitud funcional, desde el punto de vista del tráfico económico de estas figuras, confirmada por la citada jurisprudencia del TS—; así, como muestra, *vid. NAVARRO MICHEL, op. cit.*, pp. 106-107, 120 y 224; *CECCONI ROSELL, op. cit.*, pp. 250 y 255.

nos supuestos que, con mayor o menor pureza, admiten esta adscripción dogmática: así sucede tanto en la normativa procesal y registral (la cesión de remate en las subastas judiciales), como en la fiscal, como en alguna ley especial³⁰, amén de un régimen unitario en la ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra.

(a) La *cesión de remate en las subastas públicas*, admitida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha sido calificada por la STS 18 febrero 1994 como un supuesto de contrato para persona a designar (*vid.*, asimismo, la STSJ Navarra 9 junio 1990 y la SAP Navarra 13 noviembre 1996). Esta posibilidad de que el mejor postor consolide su adquisición definitivamente o ceda su posición a un tercero ya se admitía por la LEC de 1881 (art. 1499), para muebles e inmuebles, cuya escueta regla fue modificada por las leyes 34/1984, de 6 de agosto y 10/1992, de 30 de abril, por las que la posibilidad de ceder el remate se restringió sólo al ejecutante para restringir el fenómeno de los "subasteros". El art. 647.3 de la LEC de 2000 en vigor restringe esta posibilidad a la *subasta pública de bienes muebles y sólo por el acreedor ejecutante*, que deberá comparecer ante el secretario judicial con el cesionario aceptante antes o a la vez de procederse al pago del precio³¹. Esta facultad se reconoce en la LEC no sólo en la adjudicación del bien en pública subasta, sino también al solicitar la adjudicación

³⁰ Existe en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles una mención en el art. 7.9 a la "facultad de ceder [el contrato] a favor de persona aún no determinada, cuando así se pacte", que más bien regula una cesión de contrato (con eficacia *ex nunc*) que un auténtico contrato para persona a designar, amén de referirse a la facultad del vendedor (promitente) y no del comprador (estipulante), quien podría ser en pura teoría también el titular de esta facultad; posibilidad que la realidad de los contratos de adhesión hará de difícil plasmación. *Vid. NAVARRO MICHEL, op. cit.*, pp. 75-80, esp. p. 78; CECCHI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 72-73.

³¹ Art. 647.3 LEC: "Sólo el ejecutante podrá hacer postura reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero. La cesión se verificará mediante comparecencia ante el tribunal, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate. La misma facultad tendrá el ejecutante en los casos en que se solicite la adjudicación de los bienes embargados con arreglo a lo previsto en esta ley". Para un examen de este precepto en el contexto del contrato para persona a designar, NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 47 y ss.

de bienes embargados. Por su parte, el artículo 131.14 de la Ley Hipotecaria recogía una regla paralela para el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, que fue derogado por la LEC de 2000 (*vid.* hoy arts. 681-698 LEC).

(b) En cuanto a la *venta extrajudicial de un bien hipotecado* (el antes llamado "procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial"), se encuentra permitida por el art. 129 LH (según la redacción dada tras la LEC de 2000) cuando se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca. El "revivido" art. 236.4 del Reglamento hipotecario (antes de la reforma de la LEC de 2000 derogado por el TC) permite que "la adjudicación a favor del ejecutante o el remate a favor del mismo o de un acreedor posterior podrá hacerse a calidad de ceder a un tercero", en cuyo caso la cesión deberá verificarse ante el notario ante el que se celebró la subasta, "con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del resto del precio del remate".

(c) Desde el *punto de vista fiscal*, el Reglamento del impuesto de transmisiones y actos jurídicos documentados (RD 838/1995, de 29 de mayo) contempla en dos disposiciones sendos casos de contratos para persona a designar estatuyendo la existencia de una única transmisión bajo ciertas condiciones. Así, en primer lugar, precisamente respecto a enajenaciones por subasta judicial, se liquida por una sola transmisión en favor del cesionario si la declaración de haber hecho postura para ceder se formuló antes de celebrarse la subasta, no si se hizo después (art. 20)²². Y, en segundo lugar, desde un punto de vista más general, en relación

²² Art. 20 del Reglamento ITPAJD: "Subastas a condición de ceder: Si la enajenación tuviera lugar en subasta judicial, y el postor a quien se adjudique el remate hubiera hecho uso, en el acto de la subasta, del derecho a cederlo en las condiciones establecidas por la normativa reguladora de la subasta de que se trate, se liquidará una sola transmisión en favor del cesionario. Si la declaración de haber hecho la postura para ceder se formula después de celebrada la subasta, no tendrá aplicación lo dispuesto en este apartado y se liquidarán dos transmisiones distintas: una, al adjudicatario del remate, y otra, al cesionario de aquél".

con el ejercicio de la cláusula por un estipulante en virtud de previo encargo o mandato, la deuda tributaria corresponderá a una sola transmisión sólo si así se acreditase en el momento de producirse la adquisición por el mandante o representado (art. 19)³³.

(d) El *Fuero Nuevo de Navarra* contiene en su ley 514 la única regulación de conjunto en España del contrato para persona a designar bajo el título de "contrato con facultad de subrogación", a cuyo tenor "puede concertarse un contrato con facultad, para cualquiera de las partes, de designar posteriormente la persona que deba subrogarse en sus derechos y obligaciones. El otro contratante, en cualquier momento, podrá requerir a quien esté facultado para que haga la designación dentro del plazo máximo de año y día, a contar del requerimiento, a no ser que en el contrato, o por Ley, se hubiere establecido otro término.— La declaración que designe la persona deberá notificarse a la otra dentro del plazo. Hecha la notificación, la persona designada se subroga en los derechos y asume las obligaciones de la parte que le designó, con efecto desde el momento de la celebración del contrato.— Si dentro del plazo no se notificare la designación de persona, el contrato producirá todos los efectos entre las partes que lo celebraron". Como puede apreciarse, con excepción del plazo, la regulación navarra guarda importantes concomitancias con las reglas del Código civil italiano y, por ende, con la regulación del AvCEC de la Academia de Pavía. El análisis contrastado de estas reglas forales, así como de las normas procesales antes referidas y de las líneas jurisprudenciales y doctrinales españolas con relación a los arts. 70 y 71 AvCEC se hará en el siguiente epígrafe.

³³ Art. 19 del Reglamento ITPAJD: "Reconocimiento de dominio: La declaración o reconocimiento de propiedad u otro derecho, a título de haber obrado en concepto de mandatario o gestor de la persona a cuyo favor se hacen, al verificar la adquisición de los bienes a que dicha declaración o reconocimiento se refieren, se considerará como verdadera transmisión, si en el título o documento acreditativo de la que se supone realizada por poder o encargo, no constaran consignados en legal forma tal carácter y circunstancias y sin perjuicio de que la actuación en concepto de mandatario o gestor pueda acreditarse por otros medios de prueba".

(e) Por último, pese a carecer de regulación legal específica, resulta pertinente la mención de una práctica usual en el *tráfico jurídico inmobiliario* español, que puede calificarse como un contrato para persona a designar, como así lo hace no sólo la doctrina sino el propio Tribunal Supremo en la STS 21 noviembre 1997 (y la STSJ Navarra 9 junio 1990)²⁴. Se trata de la compraventa (o la promesa de compraventa, o la opción de compra) de un inmueble (construido o en construcción) mediante documento privado, en la que el vendedor (promitente) y el comprador (estipulante) acuerdan que la transferencia de la propiedad (y en ocasiones el precio o parte del precio) se producirá con la *elevación posterior a escritura pública, que se realizará con el propio comprador-estipulante o con la persona que éste designará* llegado ese momento. En este caso —dado el carácter obligacional y no traslativo del contrato de compraventa mientras no se produzca la tradición (física o instrumental mediante la escritura pública)—, se producirá una sola transmisión de la propiedad directamente desde el vendedor (promitente) hasta el tercero designado como comprador definitivo.

5. EXPOSICIÓN COMPARATIVA DE LA DINÁMICA NEGOCIAL SEGÚN LAS REGLAS DEL PROYECTO PRELIMINAR Y LAS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Antes de proceder a la comparación de las reglas del AvCEC con la situación legislativa, jurisprudencial y doctrinal española es preciso dejar constancia de dos premisas: en primer lugar, la perspectiva dinámica del contrato para persona a designar está dividida en una fase de pendencia y una fase definitiva mediante el quicio o parteluz que supone la *electio* o designación del tercero que asume finalmente la posición contractual. El AvCEC tan

²⁴ Centra su estudio en los aspectos prácticos de esta compraventa especial VALLET DE GOYISOLO, *op. cit.*, p. 559 y ss., con especial énfasis en la explicación del fenómeno traslativo en relación con la tradición. En cambio, discrepa de su calificación como contrato para persona a designar CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, pp. 23-24.

sólo se ocupa de la fase definitiva (y, por tanto, de la *electio* o facultad de designación) y de algunos de los rasgos del contrato que contiene esta facultad de determinación alternativa de los contratantes, pero no trata de las cuestiones relativas a la fase de pendencia (desde la perfección del contrato hasta la expiración, exitosa, frustrada o por renuncia, de la facultad de designación). En segundo lugar, resulta oportuno tener presentes las diferencias entre los diversos sistemas traslativos de la propiedad y su interacción con esta cláusula contractual, como se acaba de poner de relieve en relación con la compraventa inmobiliaria en documento privado que después se eleva a público; pues, en efecto, pese al rasgo de la retroactividad en la adquisición (art. 71.1 AvCEC), la explicación de la dinámica del fenómeno no será igual en Italia o Francia, donde la propia compraventa opera la transmisión del derecho real, y en España, donde además debe producirse la tradición. Por ello, con prudencia, el art. 70.5 AvCEC, al hilo de la publicidad de los derechos derivados del contrato, hace una remisión al art. 46.3 del propio AvCEC "para los contratos relativos a bienes muebles inscritos o a inmuebles", a los que "las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados en el momento de la adopción de este código continuarán aplicándose"³⁵. De esta forma, mientras siga rehusándose la armonización europea de los sistemas de transmisión de los derechos reales³⁶, se opta por la aplicación de las normas nacionales sobre este aspecto capital.

³⁵ El art. 46.3 continúa estableciendo: "en cualquier caso, para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles los efectos reales no se producen sino en el momento en que se satisfacen las formalidades de publicidad previstas en la zona donde se encuentre el bien inmueble o en la que deba ser entregado al adquirente el bien mueble inscrito".

³⁶ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos", *ADC* (LVII, 3) 2004, III, p. 929 y ss. *passim*.

5.1. MODALIDADES CONTRACTUALES A LAS QUE SE APLICA

En el artículo 70.1, que abre la regulación del AvCEC sobre esta figura, se aprecia bien el carácter de cláusula contractual, más que de contrato en sí, pese a las denominaciones, de la facultad de nombrar a la persona que "ha de adquirir los derechos y contraer las obligaciones que nacen del contrato". Así se aprecia que esta reserva de designación puede hacerse "hasta el momento de la celebración del contrato" y que queda excluida de determinados contratos. En concreto, según el inciso final del art. 70.1, "esta facultad se excluye para los contratos que no puedan ser celebrados mediante representante o para los que es obligatoria la identificación de las partes contratantes en el momento de la celebración". La regla procede no del Cc. italiano, sino del art. 452.2 del Cc. portugués y, como ya se explicó (*vid. supra*, apartado 2) no significa que esta cláusula contractual tenga siempre por base un apoderamiento previo.

Así como la ley 514 FNN no pone ninguna traba o limitación expresa a los contratos que pueden incluir la facultad de subrogar a otra persona, la doctrina española suele distinguir entre los contratos en los que dicha reserva encaja sin problemas y es frecuente y aquéllos otros en que no es posible insertarla³⁷. El contrato paradigmático en el que se inserta la facultad (normalmente del comprador) de designar a otro contratante es la compraventa, si bien también es usual y posible en la promesa de venta y en

³⁷ Los contratos en que es válido son lugar común. Sobre los contratos excluidos, véase, en detalle, CECILIA RESELL, *op. cit.*, p. 219 y ss.; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 58 y ss. Por su parte, DE CASTRO (*op. cit.*, p. 1371), parafraseando la obra de ENRIETI (*op. cit.*, pp. 252-258), se aproxima a la actual dicción del art. 70.1 AvCEC al decir que "se excluyen los negocios no patrimoniales (p. 252); los patrimoniales en los que no se admite la representación, en los que es necesaria la determinación de la persona, sea por la fungibilidad de la persona en sí misma considerada (por ejemplo: la donación) o por el elemento de fiducia que contiene (mandato), y, en fin, en aquellos en que no es conciliable con su mecánica contractual (seguro) (páginas 253-255). También excluye que la reserva pueda ser hecha por el enajenante (pág. 258)". Por su parte, MARTÍNEZ DE AGLARRE (*op. cit.*, II, p. 440) entiende que el pacto "es admisible respecto a cualquier contrato (aunque sea más propio del de compraventa)".

otros precontratos. Su empleo en el derecho de opción (fundamentalmente en la opción de compra) potencia las ventajas de su uso respecto a la compraventa, dado que la opción podrá acceder al Registro de la Propiedad para su plena oponibilidad *erga omnes* (art. 14 RH; no así el contrato privado de venta sin tradición) y además el estipulante, titular del derecho de opción no tiene aún obligación del pago del precio, como acontece en la compraventa. Por el contrario, la doctrina española señala como contratos que no admiten la cláusula "para sí o para persona que se designará" a los contratos concluidos en atención a las características personales e infungibles de los contratantes, es decir, las relaciones *intuitu personae*; los contratos unilaterales (gratuitos u onerosos), porque la cláusula requiere prestaciones recíprocas, así como las donaciones y las liberalidades³⁸; los contratos ya ejecutados en los que los efectos del contrato han quedado ya totalmente agotados; y, para parte de la doctrina, los contratos de tracto sucesivo de eficacia inmediata desde la perfección del contrato³⁹, sin quedar excluidos los contratos sin eficacia traslativa cuyo contenido sean prestaciones de tipo obligacional.

5.2. DESIGNACIÓN DEL ELEGIDO

a) Calificación

La reserva de la facultad de designar a la persona que pasará a erigirse en parte contractual en lugar del contratante originario es la esencia de la cláusula contractual objeto de análisis. El art. 70.1 AvCEC califica con buen criterio esa declaración como una

³⁸ Es una apreciación unánime; v. gr., MUÑIZ ESPADA, "Contrato con persona...", cit. p. 324, quien excluye también los contratos con contenido no patrimonial, como los negocios de familia y los dirigidos a modificar o extinguir una relación preexistente.

³⁹ A favor de su exclusión para los contratos para persona a designar, NAVARRO MICHEL, op. cit., p. 67 y ss.; en contra, CECCHINI ROSELL, op. cit., p. 131 y ss., para quien la cláusula es admisible en ellos, pues los efectos retroactivos son un efecto natural y no esencial de la misma. Ambos autores admiten, con diversos matices, la cláusula en el contrato de permuta (pp. 84-85 y 220-224, respectivamente).

“facultad”, al igual que lo hace la doctrina española, que se mueve entre tal apelativo y el de derecho potestativo⁴⁰. Es cierto que dicha designación puede hacerla el estipulante, en principio, libremente; pero la eventual relación interna que pudiera existir con el tercero designado puede convertir dicha facultad en una auténtica obligación jurídica en los casos de previa existencia de mandato o de apoderamiento⁴¹.

b) Forma

(1) El art. 70.4 establece que “la designación del sujeto que debe sustituir al contratante debe efectuarse mediante una *notificación* a la otra parte en un plazo de ocho días a contar desde la conclusión del contrato, si las partes no convienen un plazo distinto”. Por lo tanto, la designación se basa en una declaración de voluntad recepticia cuyo destinatario, para cobrar eficacia, no es el tercero, sino el promitente o cocontratante (el vendedor, en el contrato de compraventa). Para que la designación despliegue su eficacia y traslade la posición contractual al elegido son precisos por tanto, tres actos jurídicos: la declaración del estipulante, la aceptación del designado (en ese momento o previamente mediante el apoderamiento anterior: art. 70.3 AvCEC, *vid. infra*) y la notificación de la designación al promitente. Este esquema es básicamente el seguido también por la ley 514 FNN, con la particularidad respecto al AvCEC, dada la amplitud del plazo en Derecho navarro (un año y un día) de que el otro contratante o promitente puede requerir al titular de la facultad para que haga la designación y ese requerimiento es el *dies a quo* a partir del que se cuenta el plazo. Aunque la ley navarra no menciona la aceptación del designado como requisito, la doctrina entiende este requisito implícito en la norma⁴². Respecto al contrato para persona a designar

⁴⁰ CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, p. 149; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 131.

⁴¹ Así lo puso de relieve ya DE CASTRO, *op. cit.*, p. 1379 y es seguido por la doctrina posterior.

⁴² SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 1776.

en general, la doctrina española exige para la *electio* los mismos requisitos que el AvCEC, incluida la notificación y la aceptación del designado o la existencia de apoderamiento anterior del estipulante⁴³. Lo mismo vale tanto para la cesión del remate en las subastas judiciales, como para la adjudicación de bienes embargados según las prescripciones especiales del art. 647.3 LEC, a cuyo tenor "la cesión se verificará mediante comparecencia ante el tribunal, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate".

(2) Para evitar dudas sobre el momento en que la notificación se entiende eficaz, el art. 70.1 AvCEC se remite al art. 21 del mismo texto, en el cual el Proyecto opta por la teoría de la recepción, corregida por la teoría de la cognición en los casos en que el destinatario pueda probar que, sin culpa suya le ha sido imposible tener conocimiento de la notificación⁴⁴. El supuesto no planteará conflicto alguno en Derecho español en el caso de la cesión de remate en las subastas judiciales, pues como se acaba de ver, la LEC exige que el estipulante comparezca ante el tribunal con el designado para proceder a la aceptación y el pago del remate. En el resto de los supuestos, no parece que la solución diste demasiado de lo prescrito en el art. 1262.2 del Código civil español, que tras la reforma de 2002 adopta claramente la teoría de la cognición para las declaraciones entre ausentes, adoptando así la corrección jurisprudencial que el Tribunal Supremo venía haciendo a la teoría de la recepción plasmada antes en el Cc. (como hoy, hasta cierto punto, en el AvCEC).

⁴³ Por todos, DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, I, p. 419.

⁴⁴ Según el art. 21.1 AvCEC, las manifestaciones de voluntad "se reputan conocidas por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido". Y según el 21.2, "el destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento".

(3) En cuanto a las formalidades que debe revestir la declaración del estipulante (y asimismo la declaración de aceptación por el designado; nada se dice sobre la forma de la notificación), el art. 70.3 AvCEC impone que "si el contrato ha sido celebrado bajo forma determinada, incluso no prevista por la ley (...) carecen de efecto si no revisten la misma forma". La regla, que procede del art. 1403 del Cc. italiano, carece de correspondiente en la ley 514 del FNN, donde rige el principio de libertad de forma (ley 18 FNN), por lo que existiría aquí una disparidad entre la regla propuesta por el AvCEC y el Derecho navarro. Lo mismo, a mi juicio, sucederá respecto al ámbito del Código civil español, donde no existe regla específica sobre esta cláusula y el principio es, igualmente, el de libertad de forma (art. 1278 Cc.), salvo que la ley prescriba para algún contrato una forma específica o que los contratantes, al pactar la cláusula "para sí o para persona que se designará", hubiesen acordado que la designación, la notificación o la aceptación debiesen articularse a través de una forma determinada⁴⁵. En el ámbito particular de las subastas públicas, en la actualidad, para la inscripción en el Registro de la propiedad es suficiente el testimonio del auto de adjudicación emitido tras la comparecencia ante el Juzgado con el cesionario que acepta en ese acto (acompañado del mandamiento de cancelación de cargas del art. 674 LEC), sin ser precisa una escritura pública *ad hoc* (vid. art. 133 LH)⁴⁶.

c) Plazo

Como ya se indicó, el art. 70.2 AvCEC establece que la *facultas eligendi* debe ejercitarse mediante la notificación en el plazo

⁴⁵ Sostiene una solución parecida CECCHINI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 175-176, quien, no obstante, sugiere forma especial para la aceptación en el caso del contrato de seguro para sí o para persona que se designará. DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, I, p. 419, en cambio, estima que la designación sólo debe llenar una forma especial si así se prescribió en el contrato "o si éste ha revestido una forma solemne exigida por la ley", en línea, por tanto, con el Cc. italiano y el AvCEC.

⁴⁶ Sobre ello, argumentadamente, NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 133-135.

de ocho días desde la conclusión del contrato, salvo que las partes establezcan un pacto distinto. Por lo tanto, lo primero que cabe destacar es la autonomía de la voluntad en este punto y la existencia de un plazo legal suficiente para no hacer ilusorio el uso de la cláusula fuera de los casos de la representación conferida antes del contrato. En este sentido, el AvCEC se separa de los breves plazos del Derecho francés (24 horas), del italiano (tres días) y del portugués (cinco días), para permitir, en palabras de GANDOLFI, al menos "una semana de reflexión o de actividad"⁴⁷.

En contraposición con este plazo breve (pero menos), el Derecho navarro, que también admite la libertad de pacto sobre el plazo, establece por defecto un plazo más amplio de año y día, con la peculiaridad adicional respecto al AvCEC de que dicho plazo comienza a contar no desde la conclusión del contrato, sino desde que el otro contratante le requiriese, en cualquier momento, la designación del elegido. La norma navarra ha recibido una doble crítica por la doctrina, tanto por su amplitud como por la indeterminación y prolongación que supone tal fijación del *dies a quo* (por ejemplo, si no se produjese el requerimiento)⁴⁸, con los consiguientes riesgos de fraude tributario.

Respecto a las subastas judiciales en Derecho español quedan atrás otros plazos establecidos con anterioridad a la LEC de 2000⁴⁹, en la que se fija que la comparecencia para hacer la cesión del remate deberá hacerse en el plazo de diez días establecido para la satisfacción del precio (art. 670 LEC). A falta de norma sobre este plazo para la categoría general del contrato para per-

⁴⁷ GANDOLFI, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁸ CECCHINI ROSELL, *op. cit.*, p. 70; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 136-137 y 140.

⁴⁹ De acuerdo con el derogado art. 1503 de la LEC de 1881 (tras su reforma en 1992), el plazo para la cesión de remate en la adjudicación de bienes muebles era de tres días, mientras que, según el también derogado art. 1511, en la subasta de inmuebles, "al aprobar el remate se mandará al comprador que dentro de un breve término, que no podrá exceder de ocho días, consigne el precio de aquél", con curiosa coincidencia en este punto con el plazo del AvCEC.

sona a designar, la doctrina española realiza algunas precisiones: por una parte, se estima que la fijación de un plazo por las partes es obligatorio y forma parte del tipo contractual³⁰ (así, STS 18 febrero 1994), para evitar la inseguridad jurídica y las posibilidades de defraudación fiscal. Por otra parte, se entiende que ese plazo debe tener una duración "razonable"³¹, expresión ésta que se emplea precisamente en los "Principios de Derecho contractual europeo" de la Comisión Lando (art. 3:203 PECL), que no fijan un número de días. En caso de no fijarse tal plazo la doctrina española propone que el promitente podría solicitar su establecimiento por la autoridad judicial en virtud del art. 1128 Cc.³² Por último, se admite que el estipulante podría llegar a realizar varias designaciones sucesivas dentro del plazo en caso de frustrarse los nombramientos previos y se cuestiona la posibilidad de prorrogar el plazo³³. En todo caso, los plazos que establezca la legislación tributaria (*vid. supra*) condicionarán tanto la autonomía de los contratantes como cualesquiera plazos que fije la legislación sustantiva.

d) Titular de la facultad

Los artículos 70 y 71 AvCEC no asignan la facultad de elegir al contratante definitivo a ninguna de las dos partes, pues el lenguaje que emplean siempre es neutro en este sentido ("una parte puede reservarse la facultad de nombrar...", art. 70.1; "sustituto y contratante", art. 71.1.; "contratantes originarios", art. 71.3).

³⁰ MUÑOZ ESPADA, "Contrato con persona...", cit., p. 325; SABATER BAYLE, *op. cit.*, p. 1775

³¹ DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, I, p. 419; MARTÍNEZ DE ACURRE, *op. cit.*, II, p. 441. En cambio, según M. C. GETE-ALONSO, "Eficacia del contrato", en PUIG FERRER, L., GETE-ALONSO, M. C., GIL RODRÍGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Madrid, 2000, p. 655, cuando no exista plazo determinado, "el estipulante puede hacerlo en cualquier momento, anterior siempre al cumplimiento del contrato, salvo que de la interpretación de la voluntad contractual o de la naturaleza de la obligación se deduzca un tiempo".

³² NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, pp. 135-136 y 140.

³³ *Id. ad ex.*, MUÑOZ ESPADA, "Contrato con persona...", cit., pp. 325-326.

El Derecho navarro se incluye en esta tendencia, pero de manera expresa, al permitir que la facultad se concierte "para cualquiera de las partes" (ley 514 FNN *ab initio*). Sin embargo, la tónica general en la doctrina española es considerar que quien tiene la *facultas eligendi* es el estipulante (el comprador en el contrato-paradigma de la compraventa), si bien no existe otro obstáculo que el propio interés de cada una de las partes, para admitir el reconocimiento de tal facultad al promitente⁵⁴. En cambio, en las subastas judiciales sobre bienes muebles, la cesión de remate sólo se permite para el acreedor ejecutante (art. 647.3 LEC), mientras que en la Ley de venta de bienes muebles a plazos la facultad de ceder se ubica legalmente en el vendedor (art. 7.9 de la Ley 28/1998, *vid. supra*).

5.3. ACEPTACIÓN

El art. 70.3 AvCEC declara que la *electio* "no tiene efecto si no se acompaña de la aceptación expresa de la persona nombrada o si no existe apoderamiento anterior al contrato", en un precepto claramente inspirado por los arts. 1402 §2 del Cc. italiano y 453-454 del Cc. portugués. Como ya se explicó (ver el apartado 2) este inciso no tiene por objeto restringir el contrato para persona a designar a los supuestos de representación acordada previamente, sino que supone un requisito para plasmar el consentimiento de la persona llamada a convertirse en parte contractual, sin el cual nadie puede quedar vinculado por un negocio ni es posible intervenir lícitamente en la esfera jurídica ajena (arts. 1257 y 1259 Cc. español). Diversas cuestiones relativas a la aceptación se han abordado en el epígrafe anterior, como lo relativo a la forma, para la que el AvCEC exige, como para la designación, la misma forma que aquélla bajo la que se celebró el contrato (art. 70.4), solución

⁵⁴ Como excepción en la doctrina (que directamente suele ligar la facultad con el estipulante), MARTÍNEZ DE AGLIAR (op. cit., II, p. 440) expresamente indica que la facultad puede corresponder a cualquiera de las partes o a las dos a la vez.

discutiblemente transferible al Derecho español a tenor del art. 1278 Cc.

El AvCEC no indica quién ha de ser el destinatario de la aceptación del tercero para convertirse en parte contractual. Como indica la doctrina española, para el supuesto usual en que sea el estipulante quien se reservó la facultad de designar, la aceptación debe comunicarse al otro contratante (al promitente: cfr. ley 514 FNN), pues aunque la aceptación comunicada al estipulante es válida, el tercero designado aún no podrá ejercitar sus nuevos derechos, hasta que no sea comunicada (en la notificación examinada) al promitente⁵⁵, aunque no es preciso que éste preste a su vez su consentimiento a la designación, pues tal consentimiento va insito en el pacto por el que se accedió a incluir la cláusula de elección. Por lo tanto, la notificación al otro contratante, que comprende tanto la designación como la aceptación del designado en el misma notificación, despliega los efectos del art. 71 AvCEC (e igual vale para el Derecho español) desde puede ser conocida por dicho contratante (promitente-vendedor en la situación más usual).

Por lo demás, la doctrina española analiza otros puntos de interés sobre la aceptación, que no son abordados por el AvCEC, como la posibilidad de una aceptación parcial o condicionada (que se rechaza, en principio, salvo algunas situaciones especiales) o la capacidad requerida para determinar si el aceptante puede convertirse en parte (que sin duda deberá tener la capacidad de obrar necesaria para el acto jurídico para el que se vincula, si bien el aspecto más polémico es el momento en que debe reunir esa capacidad, esto es, el de la perfección del contrato originario, debido a los efectos retroactivos de la designación, o el momento de la *electio*).

⁵⁵ CECCHINI ROSELLI, *op. cit.*, pp. 105-106; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 144.

5.4. PUBLICIDAD

El art. 70.5 AvCEC contiene —a través de una remisión y con una técnica legislativa mejorable—, tres reglas sobre publicidad en las que se dibujan varias normas de conflicto por las que se hace remisión a las normativas nacionales tanto en materia de publicidad de los contratos como de los derechos reales por ellos transmitidos. Dicho precepto establece: “Si el Derecho nacional del lugar donde el contrato ha sido celebrado o donde se cumplirá prescribe una cierta forma de publicidad, debe igualmente ser adoptada para los actos referidos en el apartado anterior. Para los contratos relativos a bienes muebles inscritos o a inmuebles, se aplica el artículo 46 apartado 3 del presente Código a los efectos que allí se indican”. Y en el art. 46.3 AvCEC se lee: “Para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles, las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados en el momento de la adopción de este código continuarán aplicándose. En cualquier caso, para los bienes muebles inscritos y para los inmuebles los efectos reales no se producen sino en el momento en que se satisfacen las formalidades de publicidad previstas en la zona donde se encuentre el bien inmueble o en la que deba ser entregado al adquirente el bien mueble inscrito”. Sin abundar en el comentario de estas reglas, para el que se remite al lector a la sección correspondiente (“efectos del contrato”), cabe al menos deslindar las tres reglas anunciadas:

- Primera regla (art. 70.5 *ab initio*): tanto la designación del sustituto, como la aceptación de éste (o el poder otorgado por él) deben revestir la misma “forma de publicidad” —según la discutible expresión usada por el precepto— que la requerida por el Derecho nacional. La regla plantea cuando menos dos cuestiones: en primer lugar, cuál será el Derecho nacional que rija para esta publicidad imperativa, pues pese a la apariencia de norma de conflicto, el AvCEC en vez de decantarse por un Derecho nacional estima que será “el del lugar donde el contrato haya sido

celebrado o donde se cumplirá", de manera que cuando el contrato se celebre en un país y deba cumplirse en otro, puede producirse un conflicto normativo que no queda resuelto. En segundo lugar, la "forma de publicidad", según el tenor, parece referirse *prima facie* al contrato mismo, como formalidad propia del contrato, y no a sus efectos reales. Sin embargo, esta interpretación parece desvanecerse indagando las fuentes normativas de las que ha bebido el AvCEC en este punto (de manera que la primera regla puede acabar coincidiendo con las siguientes). En efecto, con mejor redacción, el art. 1403, párrafo segundo del Cc. italiano establece que "si por el contrato es requerida a determinados efectos una forma de publicidad, debe a los mismos efectos ser hecha pública también la declaración de designación, con la indicación del acto de apoderamiento o de la aceptación de la persona nombrada". Y se entiende que este artículo comporta una remisión a los artículos 2643 y ss. del Cc. italiano, en los que se establece qué actos deben ser hechos públicos por medio de la inscripción registral (*trascrizione*) —contratos que transfieran la propiedad de inmuebles, contratos que constituyan, transfieran o modifiquen el derecho de usufructo sobre inmuebles, el derecho de superficie, servidumbres, y así hasta catorce actos enumerados—. Por su parte, el art. 456 del Cc. portugués establece que "Se o contrato estiver sujeito a registo, pode este ser feito em nome do contraente originário, com indicação da cláusula para pessoa a nomear, fazendo-se posteriormente os necessários averbamentos. 2. O disposto do numero anterior é extensivo a qualquer outra forma de publicidade a que o contrato esteja sujeito". Desde el punto de vista español, y sin entrar en la explicación de los contratos sujetos a forma especial (*vid.* art. 1280 Cc.), ni de los derechos reales que requieren la inscripción registral como forma constitutiva (*v. gr.*, art. 1875 Cc.), conviene apuntar que aplicando las reglas

- registrales españolas al caso paradigmático de la compraventa hecha en documento privado con la cláusula de que la posición contractual definitiva será para la persona que se designará en el momento de elevarlo a escritura pública, dicho contrato inicial (y por ende la cláusula) no tendrán acceso al Registro de la Propiedad en virtud del art. 9 RH (no cabe inscribir la pura obligación de transmitir); en cambio, sí podría acceder la cláusula en un derecho de opción constituido en escritura pública (art. 14 RH)⁵⁶.
- Segunda regla (art. 70.5, 2º inciso y art. 46.3): los efectos reales del contrato se rigen por las normas de cada Estado. De manera que las diversas reglas de transmisión de los derechos reales en los estados miembros (por el nudo consenso en Francia; por la entrega de los muebles o la inscripción de los inmuebles en Alemania; por ambos, según la teoría del título y el modo en España) subsistirían pese al AvCEC y serían de aplicación también para el contrato para persona a designar, en el que, no se olvide, se entiende que sólo existe una transmisión (no dos) en favor del contratante finalmente designado o del contratante originario si la designación no se hizo de forma eficaz.
 - Tercera regla (art. 46.3, 2º inciso): el AvCEC trata de establecer otra regla de conflicto respecto a lo anterior, “en todo caso”, para determinar cuál es la legislación nacional aplicable; de manera que los efectos reales respecto a bienes inmuebles no se producen hasta que no se cumplen “las formalidades de publicidad previstas en la zona donde se encuentre el bien inmueble” (aplicando para la publicidad y los efectos reales la regla *lex rei sitae*) y para los bienes muebles inscritos, las reglas de publicidad de la zona “en que deba ser entregado al adquirente”.

⁵⁶ VALLET DE GOYIBOLO, *op. cit.*, p. 657-659.

5.5. EFECTOS

En sustancia, tal y como ha podido constatarse a lo largo de este comentario, los efectos de la *electio* o de su falta coinciden en el diseño del AvCEC y en la normativa y la doctrina española que se ocupa de la materia. Así, el párrafo primero del art. 71 AvCEC señala que "si la designación del sustituto ha sido efectuada válidamente, éste último adquiere con carácter exclusivo los derechos y contrae las obligaciones que se derivan del contrato desde el momento en que ha sido celebrado"; y según el párrafo tercero del mismo artículo, "si la designación del sustituto no ha sido válidamente efectuada en el plazo indicado por la ley o por las partes, el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios". Ambas reglas, fieles al patrón de los Códigos italiano y portugués, encuentran su traslación casi exacta en la transcrita ley 514 FN de Navarra y su correspondencia en el art. 647.3 LEC para las cesiones de remate en las subastas. También la normativa fiscal española que se ocupa de algunos supuestos de contrato para persona a designar (*vid. supra*, apartado 4) coincide en los rasgos de la asunción de la posición contractual por el designado con efectos retroactivos, al considerar que tan sólo existirá una transmisión de derechos en favor del tercero designado (o, en su caso, del propio contratante originario, en caso de que, expirado el plazo, la designación no haya sido realizada de forma eficaz). Por lo tanto, esta sintonía de efectos entre la figura rotulada por el AvCEC y la empleada en Derecho español, exime de ulteriores reflexiones a mayor abundamiento. Al asumir el tercero designado la posición contractual, se verá obligado, por ejemplo, a pagar el precio directamente al promitente (si el pago se aplazó a este momento) o a devolver el precio pagado (en igual cantidad o en cantidad superior, en función de la relación interna entre estipulante y tercero o de los fines para los que la cláusula fue empleada) al estipulante. Y, por supuesto, tendrá frente al promitente todas las obligaciones y derechos propios de la parte contractual en la que dicho tercero se convierte.

Sin embargo, cabe hacer, entre otras muchas, algunas precisiones a las reglas del AvCEC a tenor de aspectos que han sido abordados por la doctrina de nuestro país y que el Proyecto preliminar de la Academia de Pavia no aborda directamente: en primer lugar, ¿podría el promitente negarse a aceptar al designado (v. gr., porque es insolvente o menos fiable que el estipulante)? La respuesta debería ser, en términos generales, negativa, si el promitente al pactar la cláusula de designación no se reservó la facultad de ratificar o limitar las posibilidades de elección del estipulante. En segundo lugar, ¿seguirá el estipulante vinculado al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, a modo de garante o fiador, una vez hecha la designación del tercero? También en este caso la respuesta es negativa, como se infiere del art. 71.1 AvCEC, pues el tercero "adquiere con carácter exclusivo" los derechos y obligaciones derivados del contrato; sin embargo, aunque el AvCEC no contempla la posibilidad, no parece contrario a la autonomía de la voluntad preconizada en otros pasajes de este Proyecto (como se toleraría *ex art.* 1255 Cc. español) el pacto inicial entre promitente y estipulante por el que éste habría de seguir vinculado hasta el pleno cumplimiento de las obligaciones por el designado o durante el término que acordasen. En tercer lugar, en caso de designación fuera de plazo el estipulante quedará como contratante definitivo (art. 71.3), pero nada obsta a que el promitente llegue a aceptar tal designación, que acaso podría calificarse ya más bien como cesión de contrato, con la consiguiente eficacia *ex nunc*, en lugar de la eficacia *ex tunc* de la designación tempestiva⁵⁷. En cuarto lugar, conviene recordar, como ya se expuso, que la designación puede ser realmente una facultad del contratante que se la reservó (en los casos de que el contrato tenga función de mediación o intermediación) o también una auténtica obligación jurídica para él (cuando tiene una función representativa), con las consecuencias sancionatorias que comportará su incum-

⁵⁷ Así lo sostiene NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 147; sobre las cuestiones anteriores, véase su opinión en pp. 189-191.

plimiento, a resultas del cual, según el art. 71.3 el estipulante (contratante originario) quedaría como contratante definitivo. En quinto lugar, el mismo precepto anuda la eficacia definitiva de los efectos del contrato entre las partes originarias a que la designación "no haya sido válidamente efectuada en el plazo" legal o convenido. Sin embargo, cabría entender que fuera de los casos de gestión representativa a través de este contrato, la misma regla se aplicará a la renuncia (expresa o tácita, cuando agote los efectos del contrato para sí) antes de plazo; así, admite por ejemplo la validez de esa renuncia a la *electio* para la cesión del remate la STS 30 abril 1987. Y aún quedaría fuera de la regla del AvCEC el tan debatido problema (desde el *ius commune*) de dilucidar si la facultad de elegir sustituto subsiste en caso de fallecimiento del estipulante o si ésta no resulta transmisible a sus herederos³⁸.

Por último, el art. 71.2 AvCEC consagra, tras explicar los efectos de la designación válida, una regla sobre el error y los vicios de la voluntad aplicable tanto al contratante originario (estipulante) como al "sustituto" nombrado, por remisión a lo dispuesto en el art. 67 AvCEC³⁹, a cuyo comentario específico cabe remitirse.

6. PROBLEMAS NO RESUELTOS POR EL PROYECTO PRELIMINAR DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

Como se puede apreciar de las líneas inmediatamente antecedentes sobre los efectos del contrato para persona a designar, numerosas son las cuestiones que quedan sin abordar directamente por el AvCEC. Además de las reseñadas y del importante flanco que abre la disparidad fiscal de los diversos Estados miembros sobre esta institución (cuyo tratamiento armónico resulta capi-

³⁸ Sobre ello, CECCHINI ROSSELL, *op. cit.*, p. 100 y ss.; NAVARRO MICHEL, *op. cit.*, p. 150 y ss.

³⁹ Según GANDOLFI (*op. cit.*, p. 151) esta remisión se debe "a la importancia de los estados subjetivos en el marco de la representación, teniendo en cuenta igualmente la razón aducida por el grupo español". Sobre los vicios del consentimiento en el contrato para persona a designar y su anulabilidad, *id.* CECCHINI ROSSELL, *op. cit.*, pp. 110-116).

tal para su eventual uso transfronterizo), existen algunas otras como la capacidad exigible tanto a los contratantes como al eventual sustituto (y el momento de exigir esa capacidad, bien con la conclusión del contrato, bien con la designación válida), la hipotética responsabilidad contractual de quien ejerce la facultad de designación en favor de una persona insolvente y otros problemas que tampoco se encuentran resueltos en las legislaciones (portuguesa e italiana) que sirvieron de base a los arts. 70 y 71 AvCEC. Pero quizás la ausencia de tratamiento más notoria (de la que también adolecen los códigos citados) y susceptible de crítica es el régimen durante la fase de pendencia del negocio, es decir, los efectos (¿inmediatos o diferidos?) del contrato antes del ejercicio de la facultad de designación del tercero. Un pronunciamiento legislativo sobre esta cuestión evitaría los numerosos problemas prácticos que quedan reflejados en las profundas divergencias doctrinales (españolas y foráneas) acerca de los efectos que puede producir el contrato en ese intervalo.

2. EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Sergio CÁMARA LAPUENTE

Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de La Rioja

SUMARIO: 1. Fuentes y sentido de las reglas sobre el contrato a favor de tercero en el Proyecto preliminar del Código europeo de contratos. 2. Funciones de la estipulación a favor de tercero. 3. Posición jurídica del tercero beneficiario. 3.1. El beneficiario "protegido": criterios de reconocimiento. 3.2. Aceptación, renuncia y adquisición del derecho por el tercero. 3.3. El derecho del beneficiario y su contenido: ¿es parte contractual? ¿Son sus derechos distintos según la relación de valuta? 3.4 Cargas y obligaciones para el tercero. 4. Facultad de modificar o revocar el contrato. 5. Reclamaciones contra el promitente. 6. Defensas y excepciones oponibles por el promitente. 7. Problemas no resueltos por el Proyecto preliminar del Código europeo de contratos y balance final.

1. FUENTES Y SENTIDO DE LAS REGLAS SOBRE EL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO EN EL PROYECTO PRELIMINAR DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS

El Proyecto preliminar de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía (AvCEC) acoge en sus artículos 72 a 74 varias reglas sobre el contrato a favor de tercero, dentro del contexto de una serie de instituciones jurídicas que permiten que un tercero, ajeno al contrato, devenga titular de derechos derivados de éste, que el AvCEC igualmente regula a partir de la declaración del art. 42: "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos en favor de terceros según lo previsto en las reglas del presente título". Así, el Proyecto preliminar establece el régimen de la representación, la cesión de contrato o el contrato para persona a designar, si bien deja fuera de su articulado otros mecanismos que sirven al mismo propósito, como la gestión de negocios ajenos o el *trust*. Para comprender la distinción entre las tres figuras reguladas en este texto me remito a la explicación ya expuesta

en relación con el contrato para persona a designar en las páginas anteriores (apartado 3.1). La complejidad del contrato a favor de tercero, su insistente estudio por las doctrinas nacionales y comparatistas, su larga evolución histórica y su frecuente uso práctico en la actualidad pueden dar cierta idea de por qué el coordinador del AvCEC, el prof. GANDOLFI, dedica dos páginas a explicar el trasfondo del contrato para persona a designar de los arts. 70 y 71, y siete páginas con la misma finalidad en relación con el contrato a favor de tercero de los arts. 72 a 74¹. El interés por la figura queda reflejado también en el régimen que le dedican tanto el art. 6:110 de los Principios sobre Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión Lando —en adelante, PECL—, como los arts. 5.2.1-6 de la nueva edición de 2004 de los “Principios sobre contratos comerciales internacionales” de UNIDROIT —en adelante, PU—, colmando así lo que en ediciones anteriores se sentía como una laguna².

El principio de relatividad contractual se funda en la fuerza vinculante del contrato entre las partes y en la autonomía contractual, que impide que un tercero, ajeno al contrato, pueda reclamar la titularidad de un derecho otorgado en su favor en dicho convenio o serle impuesta una obligación para la que no prestó su consentimiento. Las dos caras del principio de relatividad (el aspecto beneficiario y el aspecto obligacional) están recogidas, expresa o implícitamente, en todos los códigos civiles o sistemas legales europeos; si bien el primer aspecto sufre una importante excepción con la admisión legislativa expresa del contrato a favor de tercero en *todos* esos sistemas³.

¹ GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats. Avant-projet*, libro primero, ed. revisada por L. Gatt, Milano, 2004, pp. 151-157.

² Así, BLAUDOCK, en GANDOLFI, *op. cit.*, p. 155: “une grosse lacune” en los PU.

³ Así, en Francia, Bélgica y Luxemburgo (art. 1121 de sus respectivos Cc.), Italia (art. 1411 Cc.), España (art. 1257.2 Cc.), Portugal (arts. 443-451), Países Bajos (arts. 6:253-254 NBW), Alemania (§§ 328-338 BGB), Austria (art. 881), Grecia (arts. 410-411 Cc.); también en Inglaterra, mediante su *Contract (Rights of Third Parties) Act 1999* y, además, Escocia, Dinamarca, Finlandia y Suecia [según LANDO, O., BEALE, H., (dirs.), *Principles of European Con-*

A comienzos del siglo XXI cabe preguntarse si tiene sentido preservar en una nueva compilación de reglas de Derecho privado un precepto admitiendo tal categoría contractual, cuando las diversas prácticas negociales que modularon su contenido (entre otras, pero señaladamente, el seguro de vida y su desarrollo a partir del siglo XIX) cuentan con detallada regulación sectorial. Probablemente, la mención de algunos ejemplos de contratos o estipulaciones a favor de tercero ofrecerá por sí misma respuesta a este interrogante: entre los *supuestos tipificados* en la mayoría de los sistemas legales⁴ cabe mencionar —aparte de los casos próximos en que el legislador ha estatuido una acción directa en beneficio de terceros—⁵, los seguros de vida, los depósitos bancarios en beneficio de tercero, la renta vitalicia en favor de persona distinta de los contratantes o de los miembros de una socie-

tract Law. Parts I and II Combined and Revised, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p. 322; y PALMER, V. V., «Contracts in Favour of Third Persons in Europe: First Steps Toward Tomorrow's Harmonization», *ERPL*, 11-1 (2003), p. 10]. Al margen queda Irlanda. Correlativamente, todos los sistemas citados enuncian expresamente el principio de relatividad contractual en su legislación o jurisprudencia. De forma implícita, también en los §§ 241 y 305 BGB. En los Países Bajos, aunque no se recogió en el nuevo BW de 1992 (a diferencia del art. 1376 del antiguo Código), para no impedir el desarrollo de excepciones a tal principio, que, según la doctrina, continúa siendo esencial en su sistema jurídico [ad ex., KORDMANN, B., FABER, D., «Contract and Third Parties», en HARTKAMP, A. S. et al. (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 1ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen/The Hague/London/Boston, 1994, pp. 237-238].

⁴ En España es tónica la cita de los siguientes artículos del Código civil como ejemplos expresamente regulados de contratos a favor de tercero: art. 641 (donación con carga modal), 641 (donación con cláusula de reversión en favor de tercero), 827 (promesa de mejorar en contrato oneroso celebrado con tercero), 1571 (convenio para mantener el arrendamiento en la venta de cosa arrendada), 1766 (depósito con pacto de restitución a la persona designada en el contrato), 1803 (renta vitalicia a favor de terceros distintos del constituyente). Además, el contrato de seguro de vida, regulado en los arts. 83-99 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980.

⁵ Esta acción, fundada en la ley y no en el pacto de las partes, difiere del auténtico contrato en favor de tercero en que es una prerrogativa de su titular que no puede ser modificada o revocada por ninguna de las partes contractuales antes de la aceptación del beneficiario, como, en cambio, sucede en la citada figura contractual (por todos, vid. LÓPEZ RICHART, J., *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 217-224, esp. p. 224; y su explicación del origen contractual de algunas de estas acciones excepcionando el principio de relatividad contractual).

dad, el contrato de alimentos⁶ en favor de tercero, las donaciones modales o las hechas con reversión a tercero, el consignatario en el contrato de transporte (v. gr., el destinatario en el contrato de transporte de bienes concertado por el vendedor o el fabricante). Pero también es posible mencionar *supuestos atípicos* (en la mayoría de los sistemas), al menos en lo que a los derechos del tercero atañe, en los que esta estructura jurídica proteica viene siendo aplicada: así sucede en la satisfacción de una deuda entre estipulante y el tercero a través de la prestación del promitente; en la contratación de tratamiento médico, educación, viajes combinados o cualesquiera otras prestaciones por un miembro de la familia en favor de otros; o más generalmente, en la compraventa (o arrendamiento, préstamo, etc.) con entrega del objeto del contrato a un tercero (v. gr., envío de libros pagados por el estipulante al beneficiario o pago del precio del inmueble vendido en la cuenta corriente de persona distinta del vendedor); en las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad insertas en el contrato alegables por terceros (v. gr., frecuentemente, en contratos de transporte, por estibadores, subcontratantes, etc.); en el caso más dudoso de los contratos concluidos por los municipios en beneficio de sus ciudadanos (v. gr., para el suministro de agua, gas, transporte, etc.); o en el convenio o transacción en favor de los hijos en casos de separación o divorcio⁷.

A la luz de estos ejemplos, es fácil colegir la oportunidad de la oferta de un régimen normativo con las líneas básicas de solución de los problemas derivados de este esquema triangular. Tanto

⁶ Recientemente regulado en España en la nueva redacción dada a los artículos 1791 a 1797 Cc. (precisamente en los numerales que antes ocupaba el régimen del contrato de seguro en el Código civil) por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en cuya exposición de motivos se lee que estos alimentos convencionales tienen una utilidad "especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del art. 1257 del Código civil".

⁷ Tratado desde el prisma del contrato en favor de tercero, por ejemplo, por las SSTS 31 mayo 2001, 8 julio 2002 y 6 junio 2003.

la insuficiencia de las reglas existentes (o inexistentes) para cada una de esas situaciones jurídicas, como el creciente número de las generadas por la complejidad del tráfico jurídico moderno, basado en la cooperación o conexión negocial, avalan esa afirmación. Cuestión distinta es el grado de detalle que tales reglas deberían tener en el contexto de la armonización del Derecho privado europeo. Y aún cabría añadir, como problema adicional de delimitación, un importante número de supuestos que algunas jurisdicciones tratan desde la óptica contractual (unas desde la estipulación en favor de tercero, otras desde otros expedientes contractuales) y otras desde la responsabilidad civil extracontractual⁸: por ejemplo, el dictamen erróneo de un experto contratado por una parte, el cual produce un perjuicio a un tercero, o el caso de redacción negligente de un testamento por profesional contratado al efecto, que ocasiona pérdidas a los beneficiarios realmente queridos por el causante. ¿Sería función de estas nuevas reglas europeas demarcar con claridad si este tipo de casos entran en el contrato en favor de tercero⁹ o ha de quedar al arbitrio de los particulares la elección de éste u otro fundamento para sus pre-

⁸ Con ejemplos de sentencias de Francia, Alemania e Inglaterra sobre ambos supuestos referidos en texto, KÖTZ, H., "Third Party Consequences", en BEALE, H., HARTKAME, A., KÖTZ, H., TALLON, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2002, pp. 893-904. Vid. también VON BAR, C., *The Common European Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1998, I, pp. 498-503 y 520-525; MARKESINIS, "An expanding tort law — The price of a rigid contract law", *The Law Quarterly Review*, 1987, pp. 354-397; WHITTAKER, S., "Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience", *Oxford Journal of Legal Studies*, 15-3 (1995), pp. 328-370.

⁹ El informe de la Law Commission inglesa sobre la *Contract (Rights of Third Parties) Act* de 1999 (así, BURROWS, A., "The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 and its implications for commercial contracts", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2000, p. 541, con cita jurisprudencial), afirma que el llamado "negligent will-drafting" no debe entenderse comprendido en la reforma que concluyó en la Ley de 1999 [a diferencia de lo que sucedió en el célebre caso *White v. Jones* (1995) 1 All ER 691], aunque se aboga por tratarlo dentro del Derecho contractual, mejor que dentro del Derecho de daños (torts): THE LAW COMMISSION, *Privity of contract: contracts for the benefit of third parties*, Report n.º 242, London, 1996, pp. 81-85. El Derecho alemán, por ejemplo, lo trata dentro de la creación jurisprudencial (basada inicialmente en el § 328 BGB sobre el contrato en favor de tercero) del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* o "contrato con eficacia protectora para terceros".

tensiones, en virtud de las aproximaciones jurisprudenciales de cada sistema nacional?

En cualquier caso, encontrar reglas comunes a las regulaciones vigentes del contrato en favor de tercero no es tarea fácil. No sólo el grado de desarrollo normativo es muy dispar entre las legislaciones nacionales, sino que, en ocasiones no es concluyente la respuesta que cada ordenamiento da a cada problema. Mientras que existen reglas positivas sobre la institución con gran nivel de concreción, principalmente entre los códigos de segunda generación o leyes recientes (de mayor a menor número de reglas cabe citar a Portugal, Inglaterra-Gales, Alemania, Italia o los Países Bajos, amén del *Contract Code* de McGregor como patrón muy influyente en el AvCEC en este punto, y el Fuero Nuevo de Navarra), en otros sistemas legales su régimen es sumamente parco, casi en exclusiva centrado en su admisión y en el problema de la revocación (tal es el caso de Francia, Bélgica, Luxemburgo y España); en estos últimos sistemas ha sido capital la labor de la jurisprudencia, complementando las lagunas, pero no siempre con criterios uniformes ni suficientemente definidos en muchos puntos. Además, pese a partir de premisas afines, al no ofrecer los códigos de este segundo grupo de países pautas concretas, cabe detectar en la jurisprudencia de unos (Francia)¹⁰ una inclinación muy generosa a aplicar el esquema del contrato en favor de tercero,

¹⁰ Es de sobra conocida la magnanimidad con la que los tribunales franceses vienen admitiendo la existencia de *stipulations pour autrui* implícitas o tácitas, a partir de la interpretación de la voluntad de las partes como cuestión de hecho (por todos, LÉCIRE, G. "Stipulation pour autrui", en *Juris Classeur Civil*, 1091-1155, *Contrats et Obligations*, Paris 1998, p. 12, núms 62-67; como señalan BELL, J., BOYRON, S., WHITTAKER, S., *Principles of French Law*, OUP, Oxford, 1998, p. 339, estas estipulaciones implícitas tuvieron gran popularidad en la década de 1930, decrecieron en los sesenta y setenta y han resurgido últimamente, sobre todo en el ámbito comercial). También ha expandido la aplicación del contrato en favor de tercero la jurisprudencia alemana, si bien en este caso por algunas deficiencias y restricciones de su Derecho de daños (KÖTZ, KÖTZ, H., *Rights of Third Parties. Third Party Beneficiaries and Assignment*, en "International Encyclopedia of Comparative Law", vol VII, ch. 13, Mohr/Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen/Dordrecht/Boston/Lancaster, 1992, pp. 20, 24 y 26).

mientras que en la de otros (España) la tendencia es precisamente a la contraria, en virtud de la interpretación restrictiva que merece tanto la voluntad de obligarse como su carácter de excepción al principio de relatividad contractual¹¹. La evolución del Derecho inglés es particularmente reveladora en el contexto de la convergencia del Derecho privado en Europa, porque Inglaterra (y Gales e Irlanda del Norte), a diferencia de otras jurisdicciones de *Common Law*¹², estaba notoriamente al margen de los sistemas continentales al rechazar la validez del contrato en favor de tercero, al menos desde la aplicación estricta de la antigua doctrina de la *privity of contract* desde mediados del siglo XIX. Por ello, la regulación de la figura en la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* supone un importante paso, más que simbólico, en la lenta convergencia europea, sobre todo teniendo en cuenta que su moderna regulación es muy detallada¹³ (contra el mito de las puras reglas jurisprudenciales del *Common Law*), más que la establecida en bastantes códigos, aunque no sea exhaustiva ni, por supuesto, suponga una derogación de la regla de la *privity of contract*¹⁴. Con-

¹¹ En tales términos de cautela se pronuncian, por ejemplo, las SSTS 5 febrero 1901, 1 febrero 1941 y 25 abril 1975. Resultan reiteradas las sentencias en que se rechaza que se esté ante un auténtico contrato en favor de tercero: SSTS 13 diciembre 1984, 8 octubre 1984, 8 abril 1985, 8 febrero 1989, 26 abril 1993, 3 julio 1999. Por el contrario, son infrecuentes los casos en que se admite una estipulación tácita (*vis. ad ex.*, STS 7 junio 1971).

¹² Los derechos de los *third party beneficiaries* son admitidos en los Estados Unidos de América desde el caso *Lawrence v. Fox* (Court of Appeals of New York, 1859, 20 N.Y. 268) (y desarrollados tanto en el primer *Restatement of the Law: Contracts*, 1932, § 133 ss., como en el segundo *Restatement*, 1981, § 302 ss.), en varias legislaciones australianas (*Western Australian Property Act 1969*, s. 11; *Queensland Property Law Act 1974*, s. 44) y en Nueva Zelanda [*Contracts (Privity) Act 1982*].

¹³ Opción argumentada por la *LAW COMMISSION (Report 242, cit., pp. 63-65)* y aplaudida por la doctrina en cuanto a su grado de precisión y seguridad jurídica en un tema que ha sido considerado, por sus complejos problemas, no apto para su desarrollo por el *common law* caso por caso sin principios coherentes; así, ANDREWS, N., "Strangers to justice no longer: the reversal of the privity rule under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999", *Cambridge Law Journal*, 60-3 (2001), pp. 356-357; BEATSON, J., "Reforming Privity of Contract", *CLJ*, 45 (1992), p. 18 y ss.

¹⁴ Desarrollando la indicación en este sentido del *Report 242 (cit., § 13.2)* de la *LAW COMMISSION*, la doctrina inglesa resalta que con esta ley tan sólo se establece una nueva

trastar sus soluciones con las propuestas del AvCEC es interesante, no sólo por ese grado de detalle, sino también por su fundamento comparatista y porque es una ley posterior a este texto (y a los PECL); téngase en cuenta, además, que el AvCEC tuvo preferentemente en cuenta para redactar sus reglas sobre el contrato a favor de tercero el llamado *Contract Code* de McGregor¹⁵, en el que premonitoriamente se admitía la figura, pero no exactamente con los mismos rasgos con que actualmente cuenta en la legislación inglesa.

Con estas bases normativas y con la indefinición del grupo de las legislaciones "parcas" en muchos puntos, es posible detectar varias *áreas básicas de confluencia* en todos los sistemas que, sin embargo, a poco que se profundice, se revelan *disparés* en cuanto a concreciones ulteriores. Así, todos los sistemas, en su legislación o en su jurisprudencia, vienen a admitir que: *a)* El beneficiario deriva su derecho de la voluntad de las partes (pero no son idénticos los criterios para determinar esa voluntad ni se admiten por igual elementos distintos de la voluntad para hacer nacer tal derecho). *b)* La estipulación es modificable y revocable (pero hay discrepancias en cuanto a sus efectos y quién puede revocar o ante quién ha de notificarse la aceptación u otros actos que impiden alterar el acuerdo contractual). *c)* El beneficiario tiene acción para reclamar en su propio nombre la prestación debida por el promitente (pero es cismática la cuestión del momento en que adquiere el derecho en que se basa esa acción, así como si el beneficiario deviene parte contractual). *d)* Las defensas y excepciones

excepción (muy amplia) a la *privity of contract* (BURROWS, *op. cit.*, p. 550; MCKENDRICK, E., *Contract Law*, 5ª ed., Palgrave Macmillan, Hampshire/New York, 2003, p. 144; TREITEL, G., *The Law of Contract*, 10ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 538).

¹⁵ Se reconoce esta fuente principal, junto con el Código civil italiano, en GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 124-125. Para la regulación en MCGREGOR, H., *Contract Code, drawn up on behalf of the English Law Commission*, Giuffrè, Milano, 1993, *vid.* secciones 641-649, pp. 285-300. Un resumen del contexto y valor de estos trabajos, en CÁMARA LAPUENTE, S., "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 64 y ss.

derivadas del contrato oponibles entre las partes son esgrimibles por el deudor ante las reclamaciones del tercero (pero quedan más en penumbra las excepciones del promitente derivadas de otras causas). Con este censo de encuentros y desencuentros es preciso examinar las reglas esbozadas por los textos con vocación armonizadora y analizar críticamente no sólo sus opciones, sino también sus omisiones. Este método, sin duda, propicia también la revisión, desde esta óptica, del *status* del contrato a favor de tercero en el Derecho civil español, al que buen servicio harían algunas reformas legislativas.

En la redacción de las vigentes normas positivas tuvieron gran influjo las ideas vertidas por dos célebres juristas al analizar las bases del antiguo Derecho, aún aplicado en su tiempo. Y estas ideas reflejan dos perspectivas sobre la comprensión de los problemas del contrato en favor de tercero. Por una parte, GROCIUS, más centrado en consolidar las excepciones a la regla romana prohibitiva, puso el acento principalmente en el valor de la aceptación del beneficiario, como momento a partir del que surgía su derecho¹⁶. Por otra parte, POTHIER, más centrado en la regla romana, se preocupó sobre todo de delimitar los casos de validez de la estipulación en sí, más que de diseñar las acciones y contornos que atañen a la posición jurídica del tercero¹⁷. Pese a la influencia de estos planteamientos en diversos códigos del XIX, el desarrollo de la institución a través de la experiencia práctica y de la jurisprudencia, los ha refinado, hasta el punto de alejarse bastante de ellos en la actualidad. Hoy predomina, precisamente, la idea de la adquisición automática del derecho del tercero (con pérdida del papel central de la aceptación) y la delineación de la posición jurídica del beneficiario (en lugar del contrato en sí y su implicación para las partes). Una tercera noción nuclear parece subsistir

¹⁶ GROCIUS, H., *De Jure Belli ac Pacis*, Amstelodami, 1625, III.2.11, pp. 18-19.

¹⁷ Cfr. POTHIER, R. J., *Traité des obligations selon les règles tant du fort de la conscience que du fort extérieur*, Letellier, Paris, 1805; sobre este objetivo en el art. 1121 Code, NICHOLAS, *French Contract*, pp. 182-184.

aún hoy, proveniente de WINDSCHEID: el derecho del tercero deriva de la voluntad de las partes contratantes¹⁸.

2. FUNCIONES DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

Aparte del catálogo de relaciones contractuales a las que se aplica el esquema de la estipulación a favor de tercero, que han quedado expuestas en el epígrafe anterior, cabría plantear de forma más general por las funciones o ventajas que cubre esta institución. Si el estipulante tiene por única finalidad hacer llegar una prestación al tercero, ¿por qué no lo hace personalmente, evitándose las consecuencias de erigirse en parte contratante?¹⁹ La respuesta más evidente y sencilla estriba en que, en muchos supuestos, el estipulante trata así de asegurarse contractualmente una prestación que él mismo no podría llevar a efecto, bien por carecer de la habilidad para prestar un servicio específico (por ejemplo, el transporte de la mercancía), bien porque ya no vivirá en el momento en que desea que se consume el beneficio en favor del tercero (seguro de vida, renta vitalicia *post mortem*, etc.). Más específicamente, desde un análisis económico de esta figura contractual y en atención a sus múltiples finalidades, cabe apuntar al menos tres ventajas funcionales²⁰:

- a) Ahorra costes, al evitar al estipulante una transacción adicional²¹; por esta vía única se consigue un efecto patrimonial doble, bien obviando que el promitente primero cumpla la prestación en favor del estipulante y que después éste la transmita al tercero, o bien consiguiendo el estipu-

¹⁸ WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8ª ed., Rütten & Loening, Frankfurt a. M., 1900 (reimpr. Keip, Goldbach, 1997, II), p. 273 y ss.

¹⁹ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, p. 151, en relación con el análisis del "interés" del estipulante.

²⁰ En detalle, PALMER, *op. cit.*, pp. 16-17.

²¹ Es lugar común aducir esta ventaja, también recogida en LANDO/BEALE, *Principles...*, cit., p. 318.

lante con la prestación del promitente liberarse de una deuda preexistente que aquél tenía con el tercero.

- b) También permite al estipulante trasladar al promitente las futuras contingencias relativas a la indeterminación actual de los terceros beneficiarios, acreedores de la prestación (por ejemplo, en los seguros de vida, quienes sean los "herederos" del asegurado, o, en los seguros marítimos, el vendedor asegura los bienes en favor del quien sea el propietario al tiempo de dañarse los bienes).
- c) Asimismo, posibilita la realización de donaciones indirectas sin pasar por los costes y formalidades específicas de las donaciones.

Hechas estas precisiones iniciales, se procederá a continuación al examen de las principales reglas del AvCEC y a su contraste con las delineadas por los PECL y los PU, con especial relación a los códigos nacionales y, en particular, a la situación en el Derecho civil español.

3. POSICIÓN JURÍDICA DEL TERCERO BENEFICIARIO

3.1. EL BENEFICIARIO "PROTEGIDO": CRITERIOS DE RECONOCIMIENTO

Aunque en el esquema básico de los contratos el vínculo jurídico afecta sólo a las partes, de manera que, en principio, los únicos deudores y acreedores son los contratantes, existen numerosas relaciones contractuales en que un tercero, extraño o ajeno al contrato, puede resultar beneficiado por el mismo. Sin embargo, este tercero, normalmente no tendrá un auténtico derecho a reclamar la prestación debida porque no será técnicamente un acreedor, salvo en el supuesto excepcional de la estipulación a favor de tercero. Lo difícil es trazar la frontera entre esas situaciones y, en especial, definir los supuestos en que se tutela, de forma privilegiada, el derecho en su propio nombre del tercero beneficiado.

Así, en función de la tutela que recibe la posición jurídica del tercero, puede hablarse de *tercero beneficiario "protegido"* (el que tiene título propio para accionar contra una de partes contractuales en virtud del acuerdo de éstas)²², *tercero beneficiario no protegido* ("simplemente autorizado para recibir la prestación", pero no para reclamarla) y *tercero beneficiario incidental* (aquel beneficiado indirectamente por la prestación contractual, pero que ni puede reclamarla ni pensaron siquiera las partes en ocasionarle un beneficio jurídico ni económico); aun dentro de esta última categoría el beneficio puede deberse a una prestación positiva (por ejemplo, como consecuencia del acuerdo de las partes de construir un hipermercado o un balneario, los terrenos de los terceros adyacentes suben de valor; pero si la construcción no se lleva a término, los terceros no pueden reclamar el cumplimiento) o a una obligación negativa (los vecinos se beneficiarán del acuerdo entre dos propietarios, por el que uno se compromete a no quemar basura en su jardín, o por el acuerdo de no destinar el local arrendado a determinada actividad; pero los beneficiarios incidentales no pueden reclamar el cumplimiento del pacto)²³.

La distinción entre los beneficiarios "protegidos" y los "no protegidos", con otras designaciones, se encuentra asentada en la mayoría de los sistemas legales que regulan el contrato en favor

²² La protección del tercero deriva de la voluntad de las partes o de la interpretación del contrato, no directamente de la ley, pues en tal caso se trataría de una acción directa (así cabe inferirlo de los comentarios a los PECL, en LANDO/BEALE, *Principles...*, cit., p. 318, letra C: los "legal beneficiaries" no están cubiertos por el art. 6:110, como sucede cuando un ordenamiento extiende la garantía del vendedor a los familiares del comprador). El *Restatement (second) of the Law of Contracts* de 1981 introdujo para los Estados Unidos la distinción entre *intended beneficiary* ("beneficiario querido") e *incidental beneficiary* (§ 302).

²³ En este grupo cabría incluir también a los "cuartos beneficiarios", en un auténtico contrato en favor de tercero, que no resultarán protegidos mediante los remedios contractuales: así, quien confiando en que el promitente cumplirá frente al beneficiario protegido, compra a éste el objeto de la estipulación aún no cumplida, no tendrá derecho a reclamar contra el promitente. Por lo demás, buena parte de los supuestos de beneficiarios incidentales encuentra su acomodo en el Derecho de responsabilidad extracontractual (señaladamente en el concepto del *pure economic loss* o daño puramente patrimonial), más que en la responsabilidad contractual.

de tercero²⁴. En la jurisprudencia española, desde la importante STS 9 diciembre 1940, tal distinción viene estableciéndose, con influencia alemana, apelando a que el tercero sea, bien "titular de un derecho directo hacia él derivado" o bien "esté meramente autorizado a recibir la prestación"²⁵, lo que doctrinalmente se llama "contrato impropio a favor de tercero" o tercero "meramente autorizativo", legitimado para recibir, pero no titular de un derecho. Esta distinción parece haber servido de línea divisoria en los PECL, al aludir al tercero que "tiene derecho a requerir la ejecución de la obligación contractual" [art. 6:110 (1)], "un derecho independiente a reclamar"²⁶.

Trazada esta *summa divisio* la cuestión auténticamente decisiva radica en definir dónde está la frontera entre "derecho" y "puro beneficio", pues las partes perfectamente pueden querer beneficiar al tercero, pero no darle acción para reclamar tal beneficio, cuya exigibilidad seguirá siendo *res inter alios acta*. Y aquí es donde los PECL dan dos resueltos pasos hacia adelante, en tanto que el AvCEC silencia esta cuestión capital. El criterio tradicional en la mayoría de los sistemas jurídicos se sitúa en la voluntad de las partes; pero además de este primer criterio *subjetivo*, que trae consigo tanto el problema de la voluntad implícita como de la identificación o identificabilidad del beneficiario, los PECL acogen en buena medida otro criterio *objetivo*, no tan extendido en las reglas nacionales. Examinémoslos separadamente.

En cuanto al canon subjetivo, se encuentra explícitamente consagrado en los códigos situados en el área de influencia del BGB alemán, en la ley inglesa de 1999 y en el *Contract Code* de

²⁴ Cfr. KÖRZ, H., "Third Party Consequences", p. 880. Muy explícito en este sentido, el art. 644 del *Contract Code* de MCGREGOR (*id. infra*).

²⁵ Así, repitiendo la formulación de la STS de 9 diciembre 1940, las SSTs 10 diciembre 1956, 28 junio 1961, 7 junio 1976, 8 octubre 1984, 13 diciembre 1984, 6 febrero 1989, 26 abril 1993 y 23 octubre 1995.

²⁶ Según lo denomina la letra F de sus comentarios (LANDO/BEALE, *Principles...*, cit., p. 319). En este sentido, también DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES MORENO, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 290.

MCGREGOR (no seguido en este punto por el AvCEC), así como en el *restatement* norteamericano²⁷ y los Principios UNIDROIT; y también puede inducirse de las reglas jurisprudenciales desarrolladas en los sistemas europeos continentales²⁸. Asimismo, en todos estos textos se admite que la voluntad de las partes²⁹ puede ser expresa, lo cual no planteará especiales problemas, o implícita; esta última voluntad no expresada de conceder título accionable al beneficiario protegido es más conflictiva y sujeta a litigiosidad, ya que con frecuencia, las partes, al redactar el contrato sobreentendían que se cumplirá y no piensan en las hipotéticas acciones del tercero reclamando el beneficio al que tienen derecho³⁰. Este problema de la voluntad implícita de los contratantes en estas estipulaciones es abordado de diferente forma por cada sistema jurídico: en Francia, determinar la existencia de tal voluntad se entiende como cuestión de hecho al arbitrio de los tribunales, que se han mostrado favorables a encontrarla (a diferencia de España)³¹. En Inglaterra, el problema se aborda como una cues-

²⁷ § 328.2 BGB, § 881.2 Cc. austríaco, art. 112.2 Código suizo de obligaciones, art. 411 Cc. griego. La secc. 1 (1) y (2) de la *Contract (Rights of the Third Parties) Act* inglesa de 1999 se transcribe *infra*. Según el art. 644 del *Contract Code* de MCGREGOR: "se crean derechos para un tercero cuando las partes de un contrato acuerdan conferirle un beneficio con la intención de darle titularidad para reclamar (*entitling him to claim*) el cumplimiento y también de cumplir la promesa en su beneficio, pero la creación de un derecho para un tercero no debe ser inferida del mero hecho de que éste recibirá beneficio del cumplimiento del contrato".

²⁸ Tal es la conclusión de KÖTZ, *Rights of Third Parties...*, cit., p. 18 y ss. y 38-39 (en especial, tras el estudio de la "familia legal francesa"); *Id.*, *Third Party Consequences...*, cit., p. 887 y ss. También en España, BONEY RAMÓN, F., "Los contratos a favor de tercero", *AAMN*, 1961, p. 215; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, I, p. 436; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 193 y ss.

²⁹ En algunas jurisdicciones (notoriamente en Estados Unidos, también en Francia) se ha discutido si la voluntad que debe quedar patente es sólo la del estipulante o la de ambos, estipulante y promitente (incluso en los tribunales de algún Estado norteamericano se ha defendido que la voluntad relevante era sólo la del promitente; *inf.*, por todos, CALAMARI, J. D., PERULLO, J. M., *The Law of Contracts*, 4ª ed., West Group, St. Paul/Minneapolis, 1998, pp. 643-644).

³⁰ PRINCE, H. G., "Perfecting the Third Party Beneficiary Standing Rule under Section 302 of the Restatement (second) of Contracts", *Boston College Law Review*, 25 (1984), p. 978.

³¹ *Vid. supra*.

ción de derecho, y la Ley de 1999 ha establecido dos elementos para entender existente tal voluntad de conceder un derecho propio al tercero: bien porque el contrato expresamente lo diga, o bien porque la cláusula pretenda o aparente conferirle un beneficio, salvo que con una adecuada interpretación aparezca que las partes no querían que la cláusula fuese ejecutable por el tercero [sección 1 (1) y (2)]³²; este segundo elemento, considerado como una presunción fuerte en favor del derecho del tercero, no destruye salvo cláusula expresa negando tal derecho o por dar lugar a incoherencias³³, ha sido el punto central de la reforma inglesa y el de más difícil interpretación práctica³⁴. En Alemania, el Código civil establece algunas presunciones en favor o en contra de la existencia de la voluntad de conferir derechos al tercero, que sirven de guía a los tribunales (§§ 329 y 330 BGB), principalmente determinando así la carga de la prueba. Por tanto, salvo en los sistemas donde se fijan presunciones (una más general en Inglaterra, varias particulares en Alemania), que predeterminan, rebatiblemente, la existencia o no de un contrato en favor de tercero, en los demás sistemas, incluido el AvCEC o los PECL, la protección del beneficiario a partir de la voluntad de las partes, queda al arbitrio de los tribunales caso por caso sin pautas preestablecidas.

En este criterio o canon subjetivo, puede revestir distinto grado de importancia la *identificación* del beneficiario en el contrato. Con saludable flexibilidad, tanto el AvCEC como los PECL admiten que el tercero pueda no estar identificado al tiempo de celebrarse el contrato [art. 72.3 y art. 6:110 (1), respectivamente]; y el Proyecto preliminar de la Academia de Pavía, que transcribe literalmente la regla del *Contract Code* de McGregor (art. 646), añade

³² Literalmente, lo que se conoce como el *second limb* (segundo miembro) del *test of enforceability* (criterio para exigir el cumplimiento), se encuentra en la secc. 1 (1) (b).

³³ BUNNONS, A., "Reforming Privity of Contract: Law Commission Report No 242", *Lloyd's Maritime and Company Law Quarterly*, 1996, p. 467 y ss.

³⁴ TRITTEL, *op. cit.*, p. 601

que incluso es posible que el tercero ni siquiera exista en ese momento³⁵; lo mismo se consagra en el art. 5.2.2 de los Principios UNIDROIT. De esta forma, se consolida para todo contrato a favor de tercero la regla generalizada en las legislaciones relativas al seguro de vida. Y así queda plasmada, con gran amplitud, la admisión en diversos sistemas legales, como es el caso del español, de que el beneficiario sea una persona futura, o una persona jurídica en formación³⁶, o incluso (como ocurre en la legislación de seguros) que el estipulante se reserve la facultad de designar ulteriormente al beneficiario³⁷. Asimismo, se da cabida a la estipulación en beneficio de un conjunto indeterminado de personas (v. gr., pobres de una localidad, becarios aún sin concretar) o de un interés público³⁸, o de los herederos del estipulante³⁹.

Volviendo a los criterios para determinar cuándo el beneficiario tiene un derecho directo y autónomo, además del canon subjetivo, los PECL, siguiendo en este punto las formulaciones de los códigos alemán, austríaco, suizo y griego (*vid. supra*) han acogido alternativamente el *canon objetivo*, por el que el derecho del tercero no sólo surge cuando hay acuerdo expreso, sino también "cuando tal acuerdo debe ser inferido del propósito del contrato

³⁵ Algún autor [DU PERRON, C., *ad art. 6:110 PECL*, en SCHELHAAS, H. N. (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen/The Hague/London/New York, 2002, p. 284] ha sugerido que tampoco en los PECL es preciso que el beneficiario exista entonces, que es la misma interpretación que se da al silencio del NBW holandés (y, cabe añadir, en la jurisprudencia española, siempre que sea determinable al tiempo de la prestación: SSTS 10 diciembre 1956, 18 diciembre 1964, 29 abril 1970, 30 abril 1971, 1 julio 1977, 13 mayo 1983 y 8 octubre 1984).

³⁶ STS 1 julio 1977.

³⁷ Art. 84 Ley del Contrato de Seguro; SSTS 18 diciembre 1964, 12 mayo 1983, 6 marzo 1989, 6 octubre 1994; así, CARRALLO FIDALGO, M., "El contrato en favor de tercero", *Actualidad Civil*, 47, 18-24 diciembre 2000, p. 1704.

³⁸ Situación específicamente contemplada en el art. 445 del Cc. portugués (tendrán acción en tal caso también las entidades competentes para defender esos intereses).

³⁹ Sobre la distinción entre su título hereditario y su carácter de beneficiarios (si bien con discutible argumentación y consecuencias), *vid.* la STS 8 julio 2002 y su comentario por DELGADO ECHEVERRÍA, J., *CCJC*, 60 (2003), pp. 1205-1222.

o de las circunstancias del caso". A través de esta vía se da cabida a una fuente distinta de la pura voluntad de las partes. El resultado práctico del contrato, es decir, lo que "objetivamente" puede resultar justo según las circunstancias que rodean al contrato, supone una vía adicional, también defendida por parte de la doctrina española⁴⁰, más flexible, para poder sustentar los derechos del tercero, derivados del contrato. El AvCEC, en cambio, no hace referencia a este criterio.

3.2. ACEPTACIÓN, RENUNCIA Y ADQUISICIÓN DEL DERECHO POR EL TERCERO

El análisis comparatista del momento en que el tercero beneficiario protegido adquiere su derecho arroja el resultado de una dicotomía esencial entre sistemas: algunos acogen la tesis de la adquisición inmediata y automática desde la conclusión del contrato (con posibilidad de renuncia de eficacia retroactiva), mientras que otros, por el contrario, sólo estiman surgido el derecho del tercero con su aceptación. La primera tesis tuvo su origen en el pandectismo alemán (GIERKE) y ha gozado de una gran expansión, siendo consagrada en los códigos alemán, portugués, italiano, en el Fuero Nuevo de Navarra y en las jurisprudencias de países como Francia o Bélgica⁴¹; la segunda trae causa de las ideas de GROCIO y su declaración más prominente (y minoritaria) se encuentra en el nuevo Código civil holandés⁴². En el ámbito del Código civil español, y a falta de precepto expreso, puede afir-

⁴⁰ En España, defienden esta solución MARTÍN BERNAL, J. M., *La estipulación a favor de tercero*, Montecurvo, Madrid, 1985, p. 273; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 213. Similarmente, lo argumenta en clave comparatista KÖTZ, *Rights of Third Parties...*, *cit.*, p. 39.

⁴¹ §§ 328 y 333 BGB, art. 881.2 Cc. austríaco, art. 441 Cc. portugués, art. 1411.2 Cc. italiano, ley 523 Fuero Nuevo de Navarra. Respecto a la doctrina y jurisprudencia en Bélgica y Francia me remito para una relación a KORTMANN/FABER, *op. cit.*, p. 246.

⁴² La llamada "doctrina de la declaración de la aceptación" está claramente consagrada en el art. 6:253 NBW (pero cfr. el matiz del art. 6:254.2, donde se establece que "el tercero puede también obtener derechos de la estipulación durante el período anterior a la aceptación si esto es conforme con las necesarias consecuencias de la promesa").

marse que la jurisprudencia ha optado por la tesis de la necesaria aceptación como *conditio iuris* para el surgimiento del derecho del tercero⁴³, de acuerdo con parte de la doctrina clásica en España⁴⁴ (tributaria hasta cierto punto de las hoy abandonadas ideas de la doctrina francesa del XIX); si bien esta opción es duramente criticada por lo que podría considerarse como la opinión dominante entre la doctrina española más reciente⁴⁵, favorable a considerar que el beneficiario adquiere desde el primer momento sin necesidad de su aceptación.

La consecuencia práctica que distancia más notoriamente una y otra tesis es la transmisibilidad o no del derecho a los herederos del beneficiario fallecido sin aceptar o las posibles acciones de los acreedores de éste en relación con lo que puede considerarse como un derecho o como una pura expectativa jurídica, según la tesis que se admita.

En síntesis, en el sistema de la adquisición directa e inmediata del derecho por el tercero, la aceptación cumple funciones distintas de lo que supone la propia adquisición *ex tunc* del derecho: en primer lugar, garantiza que no se impone un derecho en

⁴³ STS 10 diciembre 1956 [“no tratándose pues de una aceptación ni de una ratificación, sino de una adhesión elevada por la ley a verdadero y propio requisito (*conditio iuris*) para que surja el derecho del tercero”], reiterada en las SSTs 28 junio 1961, 9 abril 1985, 6 marzo 1989. Véase también la STS 23 octubre 1995 y, muy claramente en este punto, la STS 8 julio 2002 (“la aceptación es exigible cuando se trate de terceros” para establecer el vínculo obligacional respecto a los promitentes).

⁴⁴ BONET RAMÓN, *op. cit.*, pp. 230 y 240; DE BUEN, D., “La estipulación en provecho de tercero”, *RGLJ*, 1923, pp. 227-229; CASALS COLLECARRERA, “Contrato a favor de tercero”, en *Nuevo Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, 1953, p. 369; ROCA SASTRE, R. M., PUIG BRUTAU, J., “Estipulaciones a favor de tercero” en *Estudios de Derecho privado*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, I, pp. 224-225, entre otros; y, más recientemente, ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, 10ª ed., J. M. Bosch ed., Barcelona, 1997, II.1, pp. 449-453.

⁴⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 1215-1216; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., I, p. 437; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 1257 Cc.”, en ALBALADEJO, M., DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1993, XVII-1.A, pp. 393-398; LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos de Derecho civil. II. Derecho de obligaciones*, 3ª ed. revisada por F. Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2003, II-1, p. 519-520; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 303-325, esp. pp. 323-325; PÉREZ CONTRA, *op. cit.*, p. 235 y ss.

contra de la voluntad del adquirente (pues puede renunciar con eficacia retroactiva, y aceptando renuncia a la facultad de renunciar); en segundo lugar, la aceptación es el presupuesto para consolidar el derecho ya nacido, al impedir su revocación, posible hasta ese momento; en tercer lugar, se dice, la aceptación puede comportar la obligación de cumplir los deberes anejos al beneficio⁴⁶. Con estas ideas trata de darse respuesta a las principales objeciones contra esta teoría: el principio de la imposibilidad de atribuir un derecho sin consentimiento de su titular (*invito beneficium non datur*), la facultad de revocar antes de la aceptación⁴⁷, la más grave consideración de la imposición de gravámenes o cargas a un tercero⁴⁸ o la pregunta de cómo puede el beneficiario reclamar algo en virtud de un derecho cuya existencia desconoce⁴⁹. Por su parte, a la tesis contraria de la aceptación como requisito para el surgimiento del *vinculum iuris* entre el promitente y el beneficiario se ha objetado que atenta contra la esencia de la auténtica *stipulatio alteri*, pues con la ratificación ya no se trataría de un auténtico contrato en favor de tercero, sino de un contrato plurilateral surgido por el consentimiento de cada una de las "tres" partes y, por ende, ninguna excepción comportaría al principio de relatividad contractual, como rasgo definitorio de la institución.

En esta tesitura, el anteproyecto de Código europeo de contratos ha optado decididamente por la tesis de la adquisición automática (art. 72.3 AvCEC), a cuyo tenor, "salvo pacto en contrario,

⁴⁶ Según formula estas tres funciones CARSONIER, J., *Droit civil. A. Les obligations*, 22^a ed., PUF, Paris, 2000, p. 247.

⁴⁷ Sobre ambos argumentos y sus réplicas, en detalle, por todos, LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 309-317.

⁴⁸ Se ha argumentado (CABALLO FIDALGO, *op. cit.*, 1708) que en el caso de existir tales cargas para el tercero, la estipulación no producirá ese efecto automático, siendo precisa su aceptación. Sin embargo, en mi opinión, dentro de esta tesis, la aceptación no aportará un régimen distinto a tales cargas (auténticas cargas), inexigibles en tanto el beneficiario no reclame el beneficio (*vid. infra*).

⁴⁹ PÉREZ CONESA, *op. cit.*, p. 236.

el tercero beneficiario adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la perfección del contrato, sin que su aceptación sea necesaria. Puede, no obstante, renunciar a su derecho. (...)". Lo mismo puede decirse interpretando la más ambigua redacción del art. 6:110 PECL, que no obstante se hace acreedor de crítica por su falta de claridad en este punto. En cualquier caso, quizás fuera de provecho considerar la incorporación tanto en el AvCEC como en los PECL de una técnica propia del Derecho de obligaciones del *Common Law*, aplicada también a este tipo de contratos. Se trata de la *reliance* (o *change of position*, en la terminología norteamericana), que se entiende como una conducta inducida por la creencia de que la promesa será ejecutada o, al menos, de que se está legalmente legitimado para exigir el cumplimiento de la promesa; puede o no ser esta "conducta inducida" perniciosa para el tercero, como ocurre en el caso en que el tercero, confiando en la prestación debida por el estipulante, compra unas acciones cuyo valor se incrementa o disminuye su valor⁵⁰, o, al amparo de una compraventa en favor de tercero, éste sin aceptar expresamente ni recibir los bienes, los revende a otra persona. La sección 2(1) de la Ley inglesa de 1999 lo expresa en estos términos: las partes no pueden resolver o modificar el contrato sin consentimiento del tercero si "a) el tercero ha comunicado al promitente su aceptación de la estipulación, b) el promitente conoce que el tercero se ha comportado confiando en la estipulación (*has relied on the term*), o c) el promitente puede razonablemente haber previsto que el tercero se comportaría confiando en la estipulación y el tercero, de hecho, ha actuado así". Aunque bien pudiera entenderse que este tipo de conductas comportan lo que en los sistemas continentales se entiende por aceptación tácita (y lo mismo puede valer para el AvCEC y los PECL), al menos la previsión de que el tercero confió y se comportó de acuerdo con el contrato, pero no lo hizo saber a una de las partes (*mutatis mutandis*, letra c) introduce

⁵⁰ En estos términos se explica la noción por la *LAW COMMISSION, Report 242*, cit., p. 104, que detalla los problemas que plantea esta técnica en las pp. 105-110.

un factor de flexibilidad digno de consideración⁵¹. Esta previsión de cuño anglosajón sí ha calado en el —por lo demás ambiguo en otros respectos— art. 5.2.5 de los Principios de UNIDROIT.

Por lo demás, quizás hubiera sido conveniente introducir en los textos objeto de examen una previsión específica para los casos en que la prestación para el tercero deba ser efectuada a la muerte del estipulante, en cuyo caso, como reflejan varios códigos civiles expresamente⁵², se presume que el tercero sólo adquiere su derecho desde dicho fallecimiento.

Por último, en cuanto a la *renuncia* del beneficiario protegido al derecho adquirido desde la conclusión del contrato —según la opción asumida tanto por el AvCEC como por los PECL o los PU— cabe destacar su valor teórico dentro del sistema de la adquisición automática, así como sus implicaciones prácticas en lo atinente al fraude de los derechos de los acreedores, que podrían impugnarla de acuerdo con los expedientes generales. Resulta patente que esta renuncia debe tener eficacia retroactiva, si no se quiere que un contrato ajeno haya impuesto hasta ese momento unos resultados (que pueden comportar algunos perjuicios) contra la voluntad de su titular. Pero, al margen de esa premisa, al menos dos cuestiones quedan en relativa penumbra en las propuestas armonizadoras del Derecho europeo: ¿cuáles son los efectos de la renuncia? ¿A quién debe dirigir el tercero su declaración de voluntad? Ante la primera pregunta, cabría, como respuesta hipotética, acudir a la voluntad de las partes y a las circunstancias del contrato para sancionar bien el cumplimiento de la prestación en favor del estipulante, bien el cumplimiento en favor de otro beneficiario designado, bien la liberación del promitente o bien, por último, la resolución contractual con retroacción al

⁵¹ Cfr., similarmente, DU PERRON, E., "Contract and Third Parties", en HARTKAMP, A. S. ET AL. (dirs.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen/The Hague/London/Boston, 1998cit., p. 321.

⁵² § 331 BGB, art. 1412 Cc. italiano, art. 451 Cc. portugués.

momento previo a la estipulación⁵³. La respuesta, según el AvCEC, que sigue fielmente el patrón del Código civil italiano (art. 1411.3) en este punto es que "el promitente queda obligado al cumplimiento, no ya en favor del tercero beneficiario, sino en favor de la parte estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de los sujetos o de la naturaleza de la relación" (art. 72.3 AvCEC). En cambio, los PECL prefieren no dar pautas sobre el destino de la prestación, afirmando tan sólo que "el derecho se trata como si nunca hubiese sido adquirido" por el tercero [art. 6:110 (2)], con formulación próxima a la del Cc. alemán. En cambio, ambos textos callan sobre la segunda pregunta, pese a existir respuesta en algunos códigos nacionales, como el alemán o el portugués; en éstos, la renuncia del tercero debe notificarse al promitente (arts. 333 BGB y 447 Cc. portugués, que añade, con buen criterio, que éste la comunicará a su vez al estipulante). Esta laguna podría colmarse aplicando analógicamente las reglas que tanto los PECL como el AvCEC dan en relación con el destinatario de la declaración de aceptación [arts. 6:110(3) y 72.4, respectivamente]. Por su parte, los PU dejan sin solución todas estas cuestiones al enunciar escuetamente el art. 5.2.6 que "el beneficiario puede renunciar un derecho conferido a él".

3.3. EL DERECHO DEL BENEFICIARIO Y SU CONTENIDO: ¿ES PARTE CONTRACTUAL? ¿SON SUS DERECHOS DISTINTOS SEGÚN LA RELACIÓN DE VALUTA?

En la doctrina civilista continental es entendimiento prácticamente unánime que el tercero beneficiario no es parte contractual, ni siquiera tras su aceptación del beneficio⁵⁴. Este rasgo no

⁵³ Así, para el Derecho español, CARBALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1715; LÓPEZ RICHART (*op. cit.*, p. 324) propone distinguir entre una renuncia liberatoria del promitente y otra no liberatoria, según la voluntad del renunciante.

⁵⁴ Así se afirma en la doctrina y jurisprudencia francesas (LARROUSSE, C., *Droit civil, III, Droit des contrats*, 4ª ed., Économica, Paris, 1998, p. 906; CARRONER, *op. cit.*, p. 246), italianas [*Id. ex.*, Cass. 9 diciembre 1997; LOSCHIAVO, G., MARRESE, A., *Il contratto a favore di*

sólo (a) explica la esencia institucional de esta estipulación como auténtica excepción al principio de relatividad contractual, sino que (b) permite distinguir sus efectos de los producidos por otras figuras como el contrato por persona a designar (donde ésta se regula: arts. 1401-1405 Cc. italiano, arts. 452-452 Cc. portugués, arts. 70-71 AvCEC) o la cesión del contrato, así como (c) delimitar la aplicabilidad al beneficiario de las normas de conflicto sobre competencia judicial internacional [v. gr., art 17 de los Convenios de Bruselas y Lugano, o art. 23 del Reglamento (CE) 44/2001] o sobre arbitraje internacional⁵⁵. Frente a esa forma común de entender la posición jurídica del beneficiario, el nuevo Cc. de los Países Bajos se sitúa decididamente al margen (como también respecto al momento de adquisición del derecho, con la aceptación), al establecer en su art. 6:254.1 que "una vez que el tercero ha aceptado la estipulación es considerado como parte del contrato"; la doctrina de este país no ha dudado en subrayar el cambio de concepción frente al antiguo Código civil y en incardinar la estipulación, a partir de ese momento, en la categoría de los contratos multilaterales, con aplicación de los artículos que disciplinan éstos (arts. 6:213.2 y 6:279 NBW)⁵⁶.

En estas coordenadas, resulta controvertido interpretar el sentido de la regla adoptada por el art. 73.1 del AvCEC (los PECL callan sobre este punto). De acuerdo con dicho precepto, "el tercero beneficiario, cuyo derecho se condicione a que la parte cum-

terzi, Giuffrè, Milano, 2003, p. 96 y ss.; LIVI, M. A., "Del contratto a favore di terzi", en RESCINO, P. (dir.), *Codice civile*, 4ª ed., Giuffrè, Milano 2001, p. 1467, alemanas [MÖLLER, "Die Einführung des Vertrages zugunsten Dritter in das englische Recht, Eine vergleichende Betrachtung aus deutscher und gemeineuropäischer Sicht England: Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999", *RechtsZ* (67.1), 2003, p. 160] o españolas (SSTS 10 diciembre 1956, 28 junio 1961, 8 julio 2002; *ad. ex.*, PÉREZ CONTRA, *op. cit.*, pp. 10, 29, 31, 233 etc.; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 275 y ss., quien llega a afirmar que ésta "es hoy una de las pocas verdades universalmente compartidas por la doctrina").

⁵⁵ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., *El contrato internacional a favor de tercero*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2002, pp. 33 y ss., y 108 y ss.

⁵⁶ Lo subrayan KORTMANN/FABER, *op. cit.*, pp. 239 y 247; DE PERRON, *ad. art. 6:110 PECL*, en SCHILLAGAAS, *op. cit.*, p. 283-284.

pla sus obligaciones contractuales frente al promitente, *puede actuar contra éste último como si fuera él mismo una parte contratante* y ejercitar toda clase de acciones por incumplimiento, cumplimiento tardío o inexacto". Dado que el Proyecto preliminar de la Academia de Pavía no sigue la tesis holandesa de la adquisición del derecho sólo mediante la aceptación y dado que regula el contrato por persona a designar, en el cual el tercero sí deviene parte contractual, cabe cuestionarse si realmente está calificando al beneficiario como parte contractual en toda la extensión de este concepto.

Existen dos vías para negar tal conclusión: una consiste en entender que esa regla establece tan sólo una ficción de ser parte contractual a los sólo efectos de las acciones disponibles para defender su derecho. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la regla transcrita es prácticamente una traducción del art. 642 del *Contract Code* de MCGREGOR; sin embargo, la Ley inglesa de 1999 toma cuidado en deslindar el ámbito restringido de esa ficción (sólo para incorporar por referencia las acciones del tercero y las defensas del promitente frente a él)⁵⁷ de la expresa afirmación general en la sección 7(4) de la Ley de que, salvo para dichos efectos legales, "el tercero no será tratado como parte del contrato para los propósitos de cualquier otra Ley"; en definitiva, que el tercero beneficiario de un contrato en su favor no es considerado parte contractual tampoco en Derecho inglés⁵⁸, aunque se aplica esa ficción para definir las acciones que tiene como acreedor de la prestación, como puede entenderse que también hace el AvCEC.

⁵⁷ Según la secc. 1(5), para ejercitar su derecho, "estarán a disposición del tercero cualquier remedio que hubiera estado a su disposición mediante una acción por incumplimiento contractual si él hubiera sido una parte del contrato"; y, a tenor de la secc. 3(4), el promitente puede alegar excepciones, compensaciones o contrarreclamaciones que hubieran estado disponibles para él "contra el tercero si el tercero hubiera sido parte del contrato".

⁵⁸ BEATSON, J., en ANSON'S *Law of Contract*, 28ª ed., OUP, Oxford, 2002, p. 435. Como señala TREITEL (*op. cit.*, pp. 604 y 611-612), precisamente por no ser parte (ni para esta ley salvo las dos excepciones citadas, ni para otras Leyes, ni para las reglas del *common law*, añade) no se le aplica el requisito de la *consideration*.

Una segunda vía más artificiosa y dogmática para explicar el inciso de este texto podría ser recurrir a la controvertida distinción de GHESTIN entre "partes contratantes" y "partes" en el momento del cumplimiento del contrato ("partes vinculadas" o *parties liées*); los primeros intervinieron en la conclusión del contrato, los segundos serían los titulares activos o pasivos de los efectos obligacionales⁵⁹. Pese a lo atractivo de la distinción, quizás recurrir a la más asentada idea de que el tercero es acreedor, sin ser parte del contrato sea suficiente⁶⁰ y las palabras del AvCEC puedan entenderse como expresión de una ficción legal a efectos de definir las acciones de este acreedor. Hay dos ideas mediante las que tradicionalmente se rechaza que el beneficiario sea parte contractual en la estipulación: no puede modificar ni cancelar el acuerdo de común acuerdo con el promitente (aunque, por supuesto, puede renunciar) y no puede ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento. Al menos la primera sigue siendo cierta en el contexto del AvCEC (cfr. art. 72.4); la segunda, pese a ser claramente regla común en los ordenamientos nacionales⁶¹, sobre la base de que tal resolución podría ser contraria a la voluntad o intereses del estipulante, no se rechaza en el art. 73.1 AvCEC que permite al tercero ejercitar "toda clase de acciones por incumplimiento". Quizás la existencia de una regla común contraria a esto, aunque no en la superficie legislativa nacional, aconseje revisar o matizar la dicción del precepto propuesto.

⁵⁹ GHESTIN, J., "La distinction entre les parties et les tiers", *JCP*, 1992, I, pp. 517-523, corregida en GHESTIN, J., "Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers", *RTDC*, 1994, pp. 777-800; en contra, AUBERT, J. L., "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", *RTDC*, 1993, pp. 263-278.

⁶⁰ Así LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, 278.

⁶¹ Incluido Inglaterra, donde la transcrita secc. 1(5) de la Ley de 1999 se refiere a soluciones judiciales ("acciones"), queriendo excluirse así la resolución contractual (*termination of contract*), que en ese sistema no es un remedio judicial, sino puramente privado de las partes (LAW COMMISSION, *Report* 242, *cit.*, p. 51; MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 150). No queda reflejo de este problema en los debates publicados de la Academia de Pavía, en los que, por el contrario, sí se anota la opinión de ANTUNES VARELA y de BIANCA de que la aceptación no convierte al tercero en parte del contrato (GANDOLFI, *op. cit.*, pp. 155-156).

Resuelta la pregunta acerca de si el beneficiario es o no parte contractual, la siguiente cuestión sobre el contenido de su derecho se sitúa en determinar si en función del beneficio que recibe y de la relación de valuta cabe establecer reglas distintas sobre el alcance de sus derechos. A mi juicio, resulta muy oportuno hacer una *clasificación en tres grupos de beneficiarios* para atender con reglas específicas a los intereses que se crean sobre las bases apuntadas⁶². Ni los PECL ni el AvCEC ni los PU mencionan esta clasificación tripartita y sólo en alguna regla aislada puede encontrarse algún eco de alguno de los tipos, sobre todo en el AvCEC. El beneficiario "immune" es un tercero, que, por la voluntad expresa o implícita de los contratantes, puede invocar un contrato en el que no es parte para conseguir la exoneración o limitación de su responsabilidad o alegar una excepción o defensa ante la reclamación de uno de los contratantes (el promitente). Su beneficio estriba, por tanto, en la inmunidad; su derecho se tutela no con una acción, sino con una excepción. El beneficiario "acreditor" obtiene con el cumplimiento de la estipulación por el promitente la satisfacción de un crédito que aquél tenía frente al estipulante. El beneficiario "donatario" recibe una pura liberalidad establecida por el estipulante en su favor a través del cauce indirecto de la prestación del promitente. En estos dos últimos casos el derecho directo del tercero se traduce en el reconocimiento de una acción para reclamar su derecho.

La extensión de la eficacia contractual al beneficiario *immune*, dentro del marco de la estipulación en favor de tercero, no es moneda corriente en el tratamiento legislativo de esta institución, si bien en la mayoría de los sistemas se llega a similar resultado al tratar la posición jurídica de los empleados o dependientes de un contratante⁶³. En la actualidad, tan sólo el NBW holandés y

⁶² Para un desarrollo más global y argumentado de esta clasificación, me remito a CÁMARA LAPUENTE, S., "El contrato a favor de tercero a la luz de la armonización del Derecho privado europeo", en AA.VV., "Libro Homenaje al prof. Dr. Luis Puig Ferriol", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 643 y ss., esp. p. 668 y ss.

⁶³ Esta es la conclusión de KORTMANN/BAS (op. cit., pp. 247-253, esp. p. 250) tras el análisis de los Derechos holandés, belga, alemán, inglés y francés. Similarmente, KÖTZ, *Rights*

la Ley inglesa de 1999 reconocen expresamente tal aplicación del contrato a favor de tercero⁶⁴. En esta línea, también lo hacen el AvCEC al establecer que el tercero beneficiario "puede igualmente invocar cualquier cláusula de exoneración o de limitación de responsabilidad prevista en el contrato" (art. 73.1, similar al art. 642.b del *Contract Code* de MCGREGOR) y los PU (art. 5.2.3). Los PECL callan sobre este punto. La práctica más habitual de esta estipulación de inmunidad tiene lugar en los contratos de transporte en los que intervienen personas distintas de la prestación (estibadores, depositarios de la mercancía, subcontratistas, etc.). En el contexto presente, la sola mención de este tipo de beneficio es suficiente, sin ser precisa mayor consagración de reglas, si bien puede ser de interés considerar la incidencia de la legislación sobre cláusulas abusivas en relación con este tipo de estipulaciones.

En cambio, de la distinción entre beneficiario-*donatario* y beneficiario-*acreedor* (o entre "estipulación a título gratuito" y "a título oneroso") sí es posible extraer algunas reglas absolutamente necesarias para obtener una buena regulación de la figura⁶⁵. Cabe encontrar cierto fundamento a esta distinción en la usual descripción entre la doctrina española, italiana y francesa de la relación de valuta entre estipulante y tercero según su fundamento sea una

of Third Parties..., cit., p. 36. En Derecho español la doctrina que estudia el contrato en favor de tercero guarda silencio sobre esta posible aplicación del mismo, pese a que en el proyecto de Código civil de 1836 (art. 960) se podía leer que "un contrato puede aprovechar a una tercera persona que no haya intervenido en él, y se trate de libertarla de alguna obligación o de adquirir para ella algún derecho".

⁶⁴ El art. 6:253.1 NBW, al describir el contrato a favor de tercero ya indica que éste puede reclamar una prestación "o invocar el contrato de otra forma contra uno de ellos" (contratantes) y lo desarrolla en el art. 6:257 exclusivamente respecto a los empleados del contratante. El art. 1(5) de la *Contract (Rights of Third Parties) Act 1999* dispone que "cuando una cláusula contractual excluye o limita la responsabilidad en relación con cualquier asunto, las referencias de esta Ley al tercero que exige el cumplimiento de la cláusula serán interpretadas como referencias a la disponibilidad para sí mismo de la exclusión o la limitación".

⁶⁵ Acerca de cuáles podrían ser esas reglas, me remito a CÁMARA LAPUENTE, "El contrato a favor de tercero a la luz de la armonización...", *ibidem*.

causa donandi, en una *causa solvendi* o en una *causa credendi*; sobre todo si se tiene presente que esta última carece de entidad propia o puede reconducirse a la *causa solvendi*⁶⁶, de forma que queda el esquema binario de la *causa donandi/credendi*, como paralelo a la distinción propuesta.

En el AvCEC es posible encontrar algunas reglas específicamente pensadas para estas categorías. Así, el art. 74.1, bajo el influjo en este punto del Código civil portugués (art. 450)⁶⁷, deja a salvo las reglas nacionales sobre "revocación de donaciones por ingratitud del donatario" (inexplicablemente, no hace salvedad de las otras posibles causas nacionales de revocación) y sobre "reducción de donaciones por inoficiosidad". Su regla, como se ve, dista de ser completa, pues probablemente la regla más completa y acorde con la generalizada en la mayoría de los sistemas jurídicos (incluso plasmada expresamente en la normativa sobre seguros, por lo que respecta a las cantidades que computan de cara a la sucesión del asegurado⁶⁸), se extendería a la revoca-

⁶⁶ La *causa credendi*, entendida aquí como fundamento para la actuación del estipulante que espera recibir una contraprestación posterior del beneficiario, que, por esta vía recibiría sólo un préstamo, ha sido negada en el contexto de la estipulación a favor de tercero por argumentos diversos: por la existencia de un acuerdo previo que la equipara a la *causa solvendi* (MAJELLO, *op. cit.*, pp. 102-103; MARTÍN BERNAL, J. M., "La causa, el 'interés' y la equidad en la estipulación a favor de tercero", *RDN*, 1978, p. 186), porque los efectos de esa relación son extraños al ámbito de la estipulación (PÉREZ CONESA, *op. cit.*, p. 178), o por vulnerar la naturaleza esencialmente gratuita del beneficio del tercero (LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 249).

⁶⁷ Esta fuente (sobre la que GANDOLFI, *op. cit.*, p. 156, confiesa que se debió a una sugerencia de ANTUNES VARELA) explica la referencia a la revocación de donaciones por ingratitud (art. 450.2 Cc. portugués), sin mención de otras causas; pero se echa de menos en el AvCEC la mayor precisión del § 1 del art. 450 Cc. portugués, a cuyo tenor, "a la contribución del estipulante para la prestación al tercero se aplican las disposiciones relativas a la colación, imputación y reducción de las donaciones y a la impugnación pauliana".

⁶⁸ Se reputa como donación las primas pagadas por el tomador del seguro, no el capital recibido por el beneficiario: art. 88.1 de la Ley del Contrato de Seguro (así en el resto de legislaciones nacionales sobre seguros: KOTZ, *Rights of Third Parties...*, *cit.*, p. 27). En cuanto a la aplicación de las reglas formales y no las materiales a lo que parte de la doctrina considera como una "donación indirecta", es lugar común en la doctrina española (que cita en el mismo sentido doctrina italiana y francesa): CARRALLO FIDALGO, *op. cit.*, pp. 1702, 1716-1717 y 1725; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 256-257; PÉREZ CONESA, *op. cit.*, pp. 195, 198-201.

ción, límites (reducciones por inoficiosidad), computación y colación respecto a la sucesión del estipulante-donante, capacidad para donar y para recibir una donación, así como a las acciones de los acreedores por donaciones efectuadas para defraudar sus derechos.

En relación con el *beneficiario-creedor*, resultaría conveniente prescribir, al menos, que, salvo pacto en contrario, *el estipulante no queda liberado de su deuda* con la conclusión del contrato, sino tan sólo con la recepción de la prestación del promitente por el tercero. Ni la celebración del contrato, ni tan siquiera la aceptación producirán el efecto solutorio, sino sólo la recepción efectiva de los beneficios estipulados⁶⁹, en la medida en que con ello quede satisfecha la deuda preexistente. Regla ésta que se contiene en el *Contract Code* de MCGREGOR (art. 649), al que el AvCEC, que tan presente lo ha tenido en otros pasajes, no ha seguido en este punto.

3.4 CARGAS Y OBLIGACIONES PARA EL TERCERO

El principio de relatividad contractual impide que un contrato pueda conferir derechos o imponer obligaciones a quien es ajeno al mismo. Si bien resulta palmario que la estipulación en favor de tercero supone una gran excepción al aspecto positivo del principio, queda por dilucidar si su aspecto negativo, imponer obligaciones, puede tener acomodo también por esta vía. En las coordenadas del AvCEC y demás textos armonizadores se ha visto que el tercero no es parte contractual (que es la que asume derechos y obligaciones) y que lo que recibe en el contrato o estipulación "a su favor" es un beneficio. La pregunta más precisa requiere distinguir entre tres conceptos: ¿pueden serle impuestas al tercero cargas, condiciones u obligaciones? Los PECL no abordan esta cuestión central (tampoco los PU). El AvCEC sí permite, en su art. 74.1 *in fine* la imposición de cargas al tercero en las esti-

⁶⁹ Así, CARRALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1727; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 259, con cita de doctrina francesa y alemana en el mismo sentido.

pulaciones a título de liberalidad, por remisión a su art. 59. En este contexto, conviene precisar que la carga impuesta puede ser usada por el promitente como defensa ante la reclamación del tercero de cumplir la prestación en su favor, pero no le permite exigir coactivamente a éste sus deberes; es decir, que el incumplimiento por el tercero tan sólo trae consigo la pérdida del derecho o la falta de adquisición, pero no la exigibilidad del cumplimiento, como ocurriría con el auténtico deudor de una obligación. Las consecuencias del incumplimiento delimitan, por tanto, la diferencia entre obligación y carga. Admitida la posibilidad de imponer cargas o modos, no parece problemático admitir también el establecimiento de condiciones (suspensivas o resolutorias) que definan el derecho del beneficiario. Así, el beneficio puede limitarse para un uso determinado (v. gr., estudiar en una universidad concreta), realizar un acto (puede transitar por los caminos del promitente si los mantiene en buen estado) o incluso se le puede imponer una cláusula de exoneración que elimina sus posibilidades de acción contra alguno de los contratantes⁷⁰, dado que las partes son soberanas en la delimitación del derecho y el beneficio que le otorgan.

El problema radica ahora en saber si en un sistema en el que la adquisición del derecho por el beneficiario es automática, sin requerirse su aceptación (como es el del AvCEC o de los PECL), es posible también imponerle auténticas obligaciones que, en algunos supuestos, en la práctica, estarán tan cercanas a las cargas. Sobre la base del concepto tradicional de la estipulación en favor de tercero, no parece que estos textos hayan pretendido admitir tal conclusión; en caso de imponerle obligaciones, su aceptación será precisa y convertirá a la relación jurídica en algo distinto a un contrato en favor de tercero: un pacto accesorio, un contrato conexo o un negocio multilateral. Estos textos tampoco han aco-

⁷⁰ Son los tres supuestos y ejemplos admitidos por el *Contract Code* de McGREGOR (op. cit., pp. 289-290), que en su art. 643 permite la imposición de *conditions* al disfrute del beneficio, pero no de *duties* (obligaciones).

gido la figura de la "estipulación a cargo de tercero" regulada en la ley 524 del Fuero Nuevo de Navarra⁷¹.

En el entorno comparado, resulta de provecho la mención de algunas aproximaciones dispares. En el Derecho inglés, la reforma de 1999 dejó muy claro que la admisión de contratos en favor de tercero no modificaba la regla prohibitoria de la imposición de obligaciones, aunque sí se admite el establecimiento de cargas para el tercero en el sentido antes indicado⁷². En cambio, en el Derecho holandés, francés y belga sí parece posible imponerle auténticas obligaciones cuando acepta⁷³. En Derecho español, la posibilidad de incorporar cargas al beneficio del tercero resulta admitida por el Tribunal Supremo (STS 11 abril 1995), que, sin embargo, niega que se puedan imponer obligaciones al beneficiario (SSTS 31 enero 1935, 12 noviembre 2001)⁷⁴, si bien con algunas vacilaciones o fallos contradictorios (STS 23 octubre 1995).

⁷¹ En virtud de la cual, "en los contratos puede una de las partes obligarse a que un tercero realice una prestación, y responderá de ella por el incumplimiento del tercero. Cuando el tercero acepte la obligación estipulada a su cargo, quedará personalmente obligado en concepto de promitente". En un sistema, no se olvide, también de adquisición automática de derechos por el beneficiario (cfr. ley 523-2 FNN).

⁷² Así, expresamente, LAW COMMISSION, *Report* 242, cit., pp. 124-127. Lo refrenda toda la doctrina: por todos, MCKENDRICK, E., *Contract Law. Cases, Text and Materials*, OUP, Oxford, 2003, p. 1222 y ss.

⁷³ Según Du PÉSSON, "Contract...", cit., p. 322; *Id.*, *ad art. 6:110 PECL*, cit., p. 284. En la jurisprudencia francesa admitieron esta nueva categoría de estipulación a favor de tercero con obligaciones a su cargo las dos importantes sentencias de casación de 21 noviembre 1978 y 8 diciembre 1987, si bien el fundamento de la "nueva" figura es controvertido (pacto accesorio, carga real, contrato distinto con novación por la aceptación, cesión de contrato⁷, se plantea CARBONIER, *op. cit.*, p. 252; con más detalles, LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 327 y ss., quien rechaza la posibilidad para el Derecho español).

⁷⁴ En la STS 11 abril 1995 el beneficiario de un seguro de vida no obtuvo el recargo por demora en el pago de la indemnización porque él no presentó la liquidación del impuesto de sucesiones que figuraba como obligación en la póliza. Respecto a la imposición de obligaciones, la STS 12 noviembre 2001 estableció que "si en un contrato se introduce una estipulación en favor de tercero —art. 1257 Cc.—, el tercero obviamente no contrae ninguna obligación frente al promitente. (...) (éste) ha de cumplir la prestación prometida frente a aquel tercero, sin exigir el cumplimiento de ninguna prestación por parte de ese tercero frente a él".

4. FACULTAD DE MODIFICAR O REVOCAR EL CONTRATO

Examinado ya el objeto central de este comentario, tan sólo resta elaborar un breve resumen de las reglas y problemas no del todo resueltos en el Proyecto Preliminar de Código europeo de Contratos de la Academia de Pavía y en otros textos de finalidad armonizadora en torno en otras tres cuestiones clásicas que plantea esta institución. En cuanto a la *facultad de modificar o revocar el contrato*, cinco son los interrogantes planteables en relación con estos textos:

1. *Quién puede revocar.* Existe una respuesta casi unánime en los sistemas europeos continentales, probablemente influida por las concepciones de GROCIO y de POTHIER, reconociendo esta facultad al estipulante⁷⁵. También existe consenso en que esa facultad no puede pertenecer en exclusiva al promitente, pues sin causa digna de protección jurídica, podría querer revocar simplemente para liberarse de su deuda. En cambio, en Inglaterra (y en el *Restatement* estadounidense)⁷⁶ el poder de modificar o revocar el contrato reside en ambas partes. Esta opción se basa en la idea de que la revocación o modificación del contenido contractual sólo puede realizarse por un nuevo acuerdo de los contratantes que corrija lo que nació de un acuerdo anterior, frente a la idea de que en la estructura de esta estipulación es el estipulante quien está interesado en el beneficio del tercero y quien realiza el acto de

⁷⁵ Art. 1411 Cc. italiano, art. 6253.2 NBW, art. 448 Cc. portugués, art. 1121.2 Cc. francés, art. 412 Cc. griego, ley 523.2 FNN. Según el § 332 BGB, el estipulante puede reservarse esa facultad; de no existir reserva, depende de la voluntad de las partes y de las circunstancias del contrato. En España, la mayoría de la doctrina sostiene que es una facultad del estipulante: entre otros, DE BUEN, *op. cit.*, p. 231; CARRALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1709; LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 520-521; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 335-337; PÉREZ CONESA, *op. cit.*, pp. 262-263; ROCA SASTRE/PUG BRUTAU, *op. cit.*, p. 231. También la jurisprudencia (SSTS 11 noviembre 1950, 8 mayo 9157, 15 noviembre 1986, 6 mayo 1989).

⁷⁶ Secc. 2 de la Ley inglesa de 1999 (transcrita *supra*); § 311 del *Restatement*. Es la posición minoritariamente defendida en España por Díez PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, p. 215 y por los primeros comentaristas del Cc., siguiendo el comentario en tal sentido de GARCÍA GÓYENA.

disposición. Los PECL siguen la regla continental, con la oportuna corrección de que es el estipulante quien puede privar al tercero de su derecho, pero mediante notificación al promitente [art. 6:110(3)]. En cambio, el art. 72.4 del AvCEC (y el art. 5.2.5 PU) se alinea con la posición anglosajona (no recogida en el código de MCGREGOR) al ubicar tal facultad en "las partes contratantes, de común acuerdo"⁷⁷. En el punto medio entre ambas soluciones, cabe pensar que incluso aunque se radicara tal poder en el estipulante, existirán casos en los que el promitente tenga interés en que la ejecución de la obligación se haga conforme a lo acordado, por lo que su consentimiento en tales casos parece necesario⁷⁸.

2. *Momento en que deviene irrevocable la estipulación: la notificación de la aceptación por el beneficiario.* Sí existe consenso en este punto, y tanto los PECL como el AvCEC lo establecen así (*loc. cit.*). Sin embargo, podría ser de interés considerar, como se vio con antelación, la regla inglesa sobre la irrevocabilidad también en el caso de conducta razonable confiando en su derecho (*reliance*), incluso sin notificación, como expresamente asume el art. 5.2.5 PU. Por lo demás, la necesidad de comunicación restringe quizás en exceso la posibilidad de la aceptación tácita y el conocimiento de las partes de ese hecho por otros medios. Otra cuestión planteable es si sería lícito el pacto de modificar el contenido de la estipulación en todo caso, pese a la aceptación notificada por el tercero⁷⁹.

3. *Destinatario de la notificación.* En este punto, la falta de consenso entre los diversos sistemas se refleja también en las diversas soluciones adoptadas por la Comisión Lando y la Academia de Gandolfi; según el texto de la primera, basta con que el bene-

⁷⁷ La solución ha sido criticada por PALMER ("Contracts in favour...", *cit.*, p. 25), a cuyo entender tal revocación implica novación y otorga, *de facto*, un derecho de veto al promitente, que podría ejercerlo arbitrariamente. Por su parte los PU sólo se refieren a "los contratantes", sin mencionar expresamente el requisito del común acuerdo.

⁷⁸ Tal es el matiz introducido en el art. 448 del Cc. portugués y es la solución de la doctrina y la jurisprudencia francesa, y por parte de la doctrina española (*vid.* CARRALLO FIALCO, *op. cit.*, p. 1710).

⁷⁹ *Id.* los comentarios oficiales a los PECL, (*op. cit.*, p. 321, com. G).

ficiario notifique su aceptación a una de las dos partes (como prescribe el art. 6:253.2 NBW), mientras que en el AvCEC es preciso notificar a ambas. Sin duda, esta solución (también adoptada por el art. 1411 Cc. italiano y por el art. 447.3 Cc. portugués) cuenta con la ventaja de dirigir la aceptación a quien está obligado a cumplirla, el promitente (como exclusivamente exigen, en una tercera vía, los Derechos español, inglés, griego y suizo)⁸⁰, y además hacer saber también el hecho impeditivo de la revocación a la persona que, en la mayoría de los sistemas, tendrá un hipotético interés y facultades para el ejercicio de la revocación o modificación de la estipulación.

4. *¿Pactos de irrevocabilidad?* Mientras el AvCEC no se pronuncia, el art. 6:110.3.b PECL establece que la estipulación será irrevocable cuando el tercero haya recibido notificación del estipulante de tal carácter; es decir, es la promesa expresa del estipulante al beneficiario lo que hace irrevocable la estipulación⁸¹, no el pacto entre las partes al respecto. Otra vía para llegar al mismo resultado, si alguna de las partes quisiera conseguirlo, podría ser solicitar al tercero la aceptación del beneficio. En todo caso, no existe una pauta absolutamente común en las legislaciones nacionales⁸² (salvo en el caso de la irrevocabilidad tras la muerte del estipulante en el seguro de vida).

5. *Efectos de la revocación.* Este punto no es tratado por los PECL ni por el AvCEC (ni por los PU), y tampoco es usual abor-

⁸⁰ Art. 1257.2 Cc. español, secc. 2.1.a de la Ley inglesa de 1999, art. 412 Cc. griego, art. 112.3 del Código suizo de obligaciones.

⁸¹ Comentarios oficiales a los PECL, LANDO/BEALE, *op. cit.*, p. 321.

⁸² El problema no es reflejado normalmente en la normativa existente. Excepcionalmente, en el art. 448 Cc. portugués se contempla de forma expresa la posibilidad de pactarlo. El art. 6:253.4 NBW estima que la estipulación irrevocable a título gratuito se entiende aceptada si fue conocida por el tercero y no la rechazó sin retraso. En España se entienden lícitos y eficaces esos pactos de irrevocabilidad (DE BUEN, *op. cit.*, p. 232; CARRALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1710; PÉREZ CONESA, *op. cit.*, p. 260; en contra, MARTÍN BERNAL, *La estipulación...*, *cit.*, p. 384). En el Derecho inglés, la Ley omite la referencia a esta cuestión, que se entiende sujeta a las reglas generales del *common law*.

darlo en las legislaciones nacionales. El estipulante podrá designarse a sí mismo como beneficiario o nombrar a otro tercero⁸³. En caso de que nada se disponga, en la alternativa entre la liberación del promitente (pudiendo retener lo entregado por el estipulante) y la devolución al estipulante o a sus herederos, parece más razonable con la estructura de la estipulación esta última solución⁸⁴.

5. RECLAMACIONES CONTRA EL PROMITENTE

En cuanto a las reclamaciones posibles contra el promitente incumplidor, desde el momento en que se reconoce el derecho directo e independiente del *beneficiario* protegido, es evidente que él tiene las acciones propias de un acreedor para reclamar el cumplimiento de la obligación en su favor, tanto en forma específica, como a través de la indemnización de daños y perjuicios; así se expresa el art. 73.1 AvCEC ("toda clase de acciones por incumplimiento, cumplimiento tardío o inexacto"). Pero, además, también el *estipulante* puede reclamar el cumplimiento de la prestación en favor de tercero. Ninguno de los dos textos en examen refiere esa posibilidad (tampoco los PU), posiblemente porque "va de suyo", según los comentarios oficiales a los PECL⁸⁵. Y, aunque ciertamente, hoy los sistemas legales que admiten la estipulación en favor de tercero consagran ese derecho del estipulante⁸⁶, que no deja de ser parte, y, por tanto, acreedor, hubo momentos en que tal posibilidad fue puesta en entredicho⁸⁷. Quizás el mayor inte-

⁸³ Así, art. 6:255.2 NBW.

⁸⁴ Cabe defenderlo así en el AvCEC por analogía con lo prescrito para la renuncia del beneficiario (art. 72.3).

⁸⁵ LANDO/BEALE, *op. cit.*, comentario E, p. 319.

⁸⁶ Art. 444.2 Cc. portugués, art. 6:256 NBW, seccs. 1.7, 4 y 5 de la Ley inglesa de 1999; § 335 BGB, § 881.1 Cc. austríaco, art. 112, Código suizo de obligaciones, ley 532.2 FNN; también la jurisprudencia francesa (sentencias de casación de 12 julio 1956 y 14 mayo 1979) y la española (véase nota siguiente). Asimismo, lo admitía el art. 648 del *Contract Code* de McGeecon y lo hace el *Restatement* estadounidense (§§ 305 y 307).

⁸⁷ En España, por ejemplo, los primeros comentaristas al Código civil negaron ese derecho; tanto la doctrina moderna como la jurisprudencia admiten la legitimación del esti-

rés en concretar las posibles acciones del estipulante estribe en definir las controvertidas cuestiones de si éste puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios para el tercero (sobre lo cual no hay una respuesta uniforme en las legislaciones nacionales) y si puede reclamar los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya podido ocasionar al estipulante mismo (a lo cual la respuesta positiva está más extendida). En caso de que tanto el estipulante como el beneficiario protegido reclamen una indemnización contra el promitente incumplidor, quizás fuera preciso estatuir una regla que sirviese para guiar a los tribunales en el ajuste de esa indemnización⁸⁸. Finalmente, parece oportuno tratar específicamente de la titularidad de la acción de resolución, pues si bien está extendida la concepción de que es el estipulante su único titular, sin que pueda ejercitarla el beneficiario⁸⁹, el tenor del art. 73.1 AvCEC ("toda clase de acciones por incumplimiento") parece llevar a la solución contraria, en tanto que los PECL (ni los PU) nada aportan al respecto.

6. DEFENSAS Y EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL PROMITENTE

Posiblemente como reflejo del régimen incompleto de las legislaciones nacionales en Europa, el problema de las defensas y excepciones oponibles por el promitente también ha sido abordado sólo parcialmente por los textos que pueden servir de base a la armo-

plante para la acción de cumplimiento: v. gr., SSTs 8 octubre 1984, 13 diciembre 1984, 14 abril 1986, 17 diciembre 1994.

⁸⁸ En este sentido, la secc. 4 de la Ley inglesa de 1999 establece que el tribunal o corte arbitral reducirá la compensación al tercero en la medida en que sea apropiado tener en cuenta la suma recobrada por el estipulante (por los gastos de éste en garantizar la prestación al tercero ante el incumplimiento del promitente).

⁸⁹ Así se sostiene, por ejemplo, en Francia (CARBONIER, *op. cit.*, p. 247), Inglaterra (LAW COMMISSION, *Report* 242, *cit.*, p. 51; MCKENDRICK, *Contract Law*, *cit.*, pp. 150-151) o España (CARRALLO FIDALGO, *op. cit.*, p. 1721; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, pp. 388-389; PÉREZ CONESA, *op. cit.*, p. 214). Y aún quedaría por resolver la debatida cuestión de si la acción de resolución sería ejercitable por el estipulante después de la aceptación del tercero.

nización. En contraste con el silencio absoluto de los PECL, el AvCEC se ocupa expresamente de dos de las cuatro posibles situaciones identificables. Según el art. 73.2 AvCEC, claramente tributario del art. 1413 Cc. italiano, "el promitente puede oponer al tercero las excepciones relativas a la invalidez o a la ineficacia del contrato, así como al incumplimiento, cumplimiento tardío o inexacto, pero no las excepciones que deriven de otras relaciones existentes entre él y el estipulante". Por su parte, de forma divergente, el art. 5.2.4 PU establece que "el promitente puede alegar contra el beneficiario todas las defensas que el promitente podía alegar contra el estipulante". Así, respecto a los cuatro grupos de hipotéticas defensas del promitente ante la reclamación del tercero, dejando siempre a salvo la libertad de pacto de los contratantes, cabe decir:

1. *Excepciones derivadas de las relaciones personales (fuera del contrato) entre promitente y estipulante:* no son oponibles por el promitente, como señala el AvCEC y se establece usualmente en los sistemas nacionales⁹⁰. En cambio, a falta de mayor matización en su tenor literal, los PU se sitúan al margen de esta regla extendida, al incluir todas las excepciones entre promitente y estipulante.

2. *Excepciones derivadas del contrato y de la relación contractual entre promitente y estipulante:* sí son oponibles por el promitente, igual que si la reclamación hubiese sido hecha por el propio estipulante, en vez de por el tercero. Este principio, que el AvCEC viene a desglosar en dos corolarios, está generalizadamente reconocido⁹¹. Esos corolarios se refieren tanto a la ineficacia o invalidez del contrato, como a las patologías posteriores a su conclusión (revocación, mutuo disenso y, muy especialmente, resolución

⁹⁰ Expresamente, art. 1413 Cc. italiano, art. 449 Cc. portugués, art. 122 Código suizo de obligaciones. En España, tampoco: LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 368.

⁹¹ Art. 1413 Cc. italiano, art. 449 Cc. portugués, § 334 BGB, al que siguen el § 882.3 Cc. austríaco y el art. 414 Cc. griego. También, desglosando los dos corolarios, *sec. 3.2 a-b* de la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*. Asimismo, aunque sin concreción de corolarios o consecuencias, *cf.* art. 5.2.1 PU en relación con art. 5.2.4.

por incumplimiento de las obligaciones del estipulante⁹²), como a la aplicación de otras cláusulas contenidas en el contrato (condiciones suspensivas o resolutorias, términos) o de excepciones legales (prescripción, etc.).

3. *Excepciones derivadas de las relaciones personales entre el promitente y el tercero*: sí deberían ser oponibles al tercero (v. gr.: compensación por créditos contra el beneficiario), como expresamente establece la sec. 3(4) de la Ley inglesa de 1999.

4. *Excepciones derivadas de las relaciones personales entre el estipulante y el tercero*: no deberían ser oponibles al tercero, pues la obligación del promitente tiene su causa en el contrato principal, siéndole indiferente (y en muchos casos desconocida) la relación de valuta y sus incidencias; a lo sumo, la ineficacia o ilicitud de ésta podrán dar lugar a una acción de enriquecimiento injusto contra el beneficiario, pero no enervarán la obligación del promitente⁹³.

7. PROBLEMAS NO RESUELTOS POR EL PROYECTO PRELIMINAR DEL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS Y BALANCE FINAL

A modo de resumen, es posible resaltar dos hechos positivos que se dan tanto en el texto del AvCEC como en los PECL: por un lado, el *reconocimiento al tercero* que las partes quisieron como beneficiario de derecho a reclamar la prestación en lo que los PECL denominan como "estipulación en favor de una tercera parte" (art. 6:110) y el AvCEC como "contrato en favor de tercero" (art. 72)⁹⁴.

⁹² Se admite el derecho de resolución por el promitente en la doctrina española (CABALLO FIDALGO, *op. cit.*, pp. 1720 y 1724; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, p. 419; LACRUZ BERRIDO, *op. cit.*, p. 521; MARTÍN BERNAL, *op. cit.*, p. 316; PÉREZ CONESA, *op. cit.*, p. 252; LÓPEZ RICHART, *op. cit.*, p. 365), así como en la de otros países europeos (KÖTZ, *Rights of Third Parties...*, *cit.*, p. 48).

⁹³ Así, v. gr., CABALLO FIDALGO, *op. cit.*, pp. 1702 y 1722; KÖTZ, *ibid.*, p. 49.

⁹⁴ La evidencia de la designación dispar no entraña, a mi modo de ver, una diferente aproximación de principio a la figura, pues tanto en los PECL parece perfectamente posi-

Por otro lado, la omisión deliberada del *interés del estipulante* como requisito de validez de la *stipulatio alteri*⁹⁵. Este rasgo supone hoy en día una reminiscencia innecesaria del régimen romano de la figura en algunos Códigos civiles (Francia, Italia, Portugal), cuya jurisprudencia lo ha matizado hasta el punto de hacer de él un requisito inocuo con la proclamación de que basta un "interés moral"⁹⁶. Supone un acierto prescindir del requisito del interés, una vez admitido legislativamente el contrato a favor de tercero, pues la exigencia desde el Derecho romano justiniano de un interés patrimonial del estipulante —o, también, la fijación de una cláusula penal para caso de incumplimiento del promitente, la *stipulatio poena*— fueron sólo expedientes necesarios para consagrar excepciones a una regla claramente prohibitiva; justamente lo contrario a las modernas codificaciones y a la pretendida regulación armonizadora. También la segunda edición de los Principios de UNIDROIT de 2004 ha incorporado una nueva regulación del "contrato en favor de terceros" (art. 5.2.1) en su nuevo capítulo 5, sección 2, titulado "derechos de terceros" (*third party rights*), donde se prescinde asimismo del interés del estipulante.

El contraste entre los PECL y el AvCEC arroja un déficit del primero respecto a ciertas cuestiones de enjundia que el segundo

ble que el contrato en su conjunto se agote en la prestación a favor del tercero, como en el AvCEC parece resultar lícito que el contrato contenga otras estipulaciones o cláusulas de exclusiva eficacia entre las partes, sin incidencia en el tercero.

⁹⁵ En los comentarios de GANDOLFI a las reglas del AvCEC se hace mención expresa y escueta a la conciencia de prescindir de este requisito (*Code Européen...*, cit., p. 157); y se reflejan los diferentes puntos de vista al respecto (BIANCA y BLAUROCK, por ejemplo, partidarios de omitirlo, ANTUNES VARELA, favorable a su inclusión: *ibid.*, pp. 155-157).

⁹⁶ Así, en Francia, la neutralización del requisito (art. 1121 Cc.) con la exigencia de un puro *profit moral* se consolidó desde la sentencia de Cass. Civ. 16 enero 1888 (sobre un seguro de vida). Igualmente, en Italia (art. 1411.1 Cc.) los tribunales han añadido que el interés puede ser *di natura morale* (sentencias de casación de 24 octubre 1956, 14 noviembre 1986), aunque la doctrina italiana se ha ocupado del problema del interés en numerosas monografías *ad hoc* (por citar una clásica, MAJELLO, U., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, ed. Jovene, Napoli, 1962). El Cc. portugués (art. 443) ha matizado el requisito, al señalar que el estipulante debe tener en la promesa un "interés digno de protección legal".

aborda, y que los *Principios* de la Comisión Lando, o bien omiten, o bien tratan con una criticable ambigüedad. Así, cabe mencionar *a)* la cuestión de si el tercero es parte del contrato o deviene parte en algún momento, *b)* desde cuándo adquiere su derecho, *c)* cuáles es el contenido de tal derecho, especialmente, en términos de acciones disponibles y de admisión o no de que el tercero pueda hacer uso de cláusulas de exención o limitación de responsabilidad frente al promitente que reclama frente a él, *d)* la validez de imponer cargas, condiciones u obligaciones al tercero, y *e)* el problema de las defensas del promitente. Si bien estas cuestiones son abordadas por el AvCEC de la Academia de Pavía, este texto tiene como importante carencia el no fijar con claridad el criterio que marque la línea divisoria entre terceros beneficiarios que pueden reclamar el cumplimiento de la prestación y otros beneficiarios que carecen de tal derecho (lo que la doctrina inglesa llama *test of enforceability*), a lo que sí dan respuesta los PECL [art. 6:110 (1)].

Y, en este balance somero de reglas que hubiese sido oportuno ofrecer a la luz de los fines de tales textos, *ambos* cuentan, a mi juicio, con dos *insuficiencias* (de las que también adolecen los PU): *a)* La solución a la cuestión práctica de si el estipulante también puede reclamar el cumplimiento de la prestación debida al tercero, la procedencia y delimitación de la indemnización pertinente para aquél en caso de incumplimiento y los casos de concurrencia de reclamaciones por el estipulante y el tercero, así como *b)* incluir reglas específicas, dado su dispar funcionamiento práctico, para los casos en que la relación de valuta entre el estipulante y el tercero, que da vida a la estipulación, tenga como objeto la satisfacción de una deuda previa o la realización de una liberalidad (cfr., parcialmente, art. 74.1 AvCEC).

En definitiva, y como conclusión global planea la duda acerca del mayor grado de detalle que hubiera sido necesario en las reglas del AvCEC (y de los PECL y los PU) sobre la *stipulatio alteri* si con este texto se quieren ofrecer reglas de carácter dispositivo que sirvan a los hipotéticos contratantes que se rigiesen por este texto

para dilucidar sus conflictos. Así cabe apreciar ese mayor grado de concreción y desarrollo normativo sobre esta institución en los Códigos civiles de segunda generación o en la Ley inglesa sobre el contrato a favor de tercero. En este sentido, la aprobación de reglas particulares que distingan entre los beneficiarios-donatarios, los beneficiarios-acreedores y los beneficiarios-inmunes (más allá de las escuetas remisiones que hace el art. 74 AvCEC), o una adecuada formulación de los criterios para deslindar cuándo un tercero se encuentra asistido por una acción directa contra el promitente son dos muestras del camino que aún podría recorrerse.

CAPÍTULO X
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Sofía DE SALAS MURILLO
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS: A. GENERALIDADES Y CARACTERÍSTICAS DEL CUMPLIMIENTO; B. LA INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR O DE LOS TERCEROS EN EL CUMPLIMIENTO; C. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL; D. MÁS SOBRE EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD; E. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SUJETOS DEL PAGO; 1. El poder de disposición del deudor; 2. El pago por tercero; 3. La incapacidad del deudor o del acreedor; 4. El destinatario del pago; F. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CUMPLIMIENTO; 1. El lugar de cumplimiento; 2. El tiempo del cumplimiento; G. LA IMPUTACIÓN DEL PAGO; H. LA PRUEBA DEL PAGO Y LIBERACIÓN DE LAS GARANTÍAS; II. EL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES: A. LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS: 1. Los intereses retributivos o *compensatorios*; 2. La revalorización de la *deuda*; B. LAS OBLIGACIONES CUMULATIVAS Y ALTERNATIVAS; C. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS E INDIVISIBLES.

Como consideración general preliminar conviene recordar que el Anteproyecto de Libro primero de *Código europeo de contratos* se circunscribe a los contratos y no a las obligaciones, cuestión ésta que quedó fijada desde los inicios del trabajo del Grupo, con la idea clara de no excluir el Derecho inglés —que no utiliza el concepto de obligación—, dado que se perseguía la redacción de un texto *europeo* y no *continental*¹. Esto supone una primera diferencia de fondo con nuestro Código civil, que como es sabido, regula conjuntamente las obligaciones y los contratos en su Libro

¹ Así se refleja en *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI) Giuffrè Editore, Milano, 2002, pág. 111. Sobre el tema, cfr. también la bibliografía citada por el prof. GARCÍA CANTERO en «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», *Revista Jurídica del Notariado*, vol. 44, octubre-diciembre 2002, pág. 300, nota (3). He de advertir que me referiré al Anteproyecto de diversas formas, todas equivalentes: Anteproyecto, Código europeo, texto de Pavía, texto europeo, etc.

IV. En el mismo, los contratos aparecen como fuente fundamental de las obligaciones, pero no única, pues tal y como se desprende del art. 1089, aquéllas pueden derivar también de la ley, de los llamados cuasicontratos, o de los *actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia* (esto es, la responsabilidad civil derivada del daño, tenga éste su origen en un acto delictivo o no). Siendo muy conveniente la armonización en el ámbito de esta última fuente de obligaciones, dicha labor se está haciendo por su propio cauce, distinto del de la armonización en materia de contratos². Pero quizá lo más relevante sea que nuestro Código recoge una regulación general de las obligaciones, que lógicamente no aparece en el texto de Pavía. Pues bien, ello determina una notable diferencia en el emplazamiento de la materia que nos ocupa, que sin embargo, no parece tener decisivas consecuencias prácticas. En efecto, con las matizaciones que iremos haciendo a lo largo de estas páginas, gran parte del contenido del Título VII del que vamos a tratar ahora, aparece recogido en el texto español en la parte referida a la Teoría general de las obligaciones (Título Primero del Libro Cuarto, arts. 1088 a

² De hecho, su estudio quedó fuera del ámbito de la Comunicación de la Comisión europea a las demás instituciones comunitarias y al público, de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final], cuyo objetivo era entablar una discusión en profundidad sobre dos ámbitos: los posibles problemas que puedan plantear las divergencias entre los Derechos contractuales nacionales y las opciones para el futuro del Derecho contractual en la Unión Europea.

No obstante, a nivel académico, deben destacarse los esfuerzos del *European Group on Tort Law*, integrado por eminentes juristas europeos y norteamericanos (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł), que estudian sugerentes propuestas de armonización y reforma legislativa del Derecho de la responsabilidad civil en Europa, con la aspiración de armonizar el sistema continental con el del *Common law*. Por el momento, este grupo trabaja más en la elaboración de principios generales —extraídos del estudio de multitud de casos específicos— que podrían ser fuente de inspiración para las legislaciones nacionales, objeto de estudio en las Universidades, que en la elaboración de un código uniforme, aunque no se descarta su redacción a largo plazo. Así lo manifestó el prof. de la Universidad de Maastrich y abogado general del Tribunal Supremo holandés, Dr. Jaap SPIER, que es miembro fundador del *European Group*, en las *Jornadas sobre Armonización europea y responsabilidad civil*, celebradas en la Universitat de Girona, mayo de 2001. Estos principios sobre responsabilidad civil, en proceso de elaboración, se pueden consultar en <http://civil.udg.es/tort>.

1230), y no en la de los contratos (Título Segundo del Libro Cuarto, arts. 1254 a 1314). Ello supone su aplicabilidad teórica a las obligaciones resultantes de cualquiera de las fuentes aludidas en el art. 1089.

¿Qué supondría en este punto la adopción del texto de Pavía en nuestro sistema? Sin entrar a valorar ahora la conveniencia doctrinal y práctica del mantenimiento de una teoría general de las obligaciones, la primera respuesta que acude a la mente del jurista español es la disgregación en distintos textos legales de una materia que desde hace más de un siglo aparece unificada en nuestro Código. En concreto, la adopción del texto que comentamos, requeriría la de un correspondiente texto en materia de responsabilidad extracontractual, así como en las otras fuentes de obligaciones. Lo que sucede es que muy posiblemente los principios reguladores de las obligaciones resultantes serían muy similares. Así, si la doctrina viene hablando de una progresiva difuminación de los criterios de distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual a efectos, por ejemplo, de los presupuestos de surgimiento de la misma, ello se dará con más fuerza en la *obligación* derivada de ambos tipos de responsabilidad, que en muchos casos será simplemente el pago de una suma de dinero³.

Decía antes que gran parte del contenido del Título VII del texto de Pavía se encuentra en el Título Primero del Libro Cuarto del Código civil. Ahora bien, la correspondencia entre ambos textos, como no podía ser de otro modo, es sólo aproximada, y a ella iremos haciendo referencia a lo largo de las líneas que siguen. Por otra parte, puede adelantarse que quien hasta ahora ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, considera que la materia de cumplimiento del contrato "probablemente sea una de las

³ Una interesante reflexión crítica a este respecto puede encontrarse en RAMS ALBISA, en VV. AA., *Código europeo de contratos. Academia de inspiritistas europeos (Paola)*, II, *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por VATTIER, DE LA CUESTA y CABALLERO), Dykinson-Universidad de Burgos, págs 355 y 356.

menos polémicas y más armonizada *de facto*”, sin que haya grandes diferencias de planteamiento en el modo en que la doctrina entiende las legislaciones nacionales⁴.

Por otra parte, los dos esquemas de base seguidos en este capítulo son el *Contract code* y el *Codice civile* italiano. El *Contract code* (arts 201 a 208) regula el cumplimiento de manera más sintética que el *Codice civile* (Título 1 —dedicado a las obligaciones en general, que precede al de los contratos en general— del Libro IV) explayándose más este último en algunas cuestiones importantes como el pago por tercero, la incapacidad del deudor o del acreedor.

Veamos todo ello con mayor detenimiento.

I. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS

El Título VII está dividido en dos secciones, la primera de ellas dedicada a disposiciones generales sobre cumplimiento y la segunda al cumplimiento de determinadas obligaciones contractuales.

Como observación general, puede verse que hemos traducido *execution* como “cumplimiento”, por ser este término más fiel a la tradición jurídica española que el literal “ejecución” y porque se identifica claramente con ese concepto⁵.

⁴ FAJARDO FERNÁNDEZ, “Cumplimiento y extinción del contrato”, en VV. AA., *Derecho privado europeo* (CÁMARA LAPUENTE coord.), Colex, Madrid, 2003, págs. 501 y 502. Le parece indicativo el hecho de que sea una materia poco atendida por el análisis comparado, así como el que, entre los trabajos sobre armonización del Derecho privado europeo, no exista ninguno específico sobre cumplimiento del contrato.

⁵ En la versión en lengua española realizada bajo la supervisión de los profs. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS y LINA SERRANO, publicada en el *Code européen des Contrats, Livre premier*, 1, Giuffrè Editore, Milano, 2002, se ha optado en este punto concreto por el literal “ejecución”. En la versión italiana recogida en este mismo volumen, también se habla de “esecuzione” para el título y para este art. 75; sin embargo, a partir del art. 77 se comienza a emplear (para referirse a lo mismo) el término “adempimento”.

El cumplimiento a que en este capítulo se hace referencia se identifica con el término estricto, esto es: con el voluntario. Y es que, si bien la doctrina española habla de "cumplimiento forzoso", en realidad éste tiene una mecánica distinta y surge precisamente a partir del incumplimiento voluntario del obligado⁶. El texto de Pavía regula las consecuencias del incumplimiento en el capítulo dedicado al mismo y no al cumplimiento, pero sin embargo, sí que emplea el término "*execution*" —que hemos dicho, equivalía al cumplimiento— para referirse al forzoso (cfr. art. 111).

El cumplimiento (de la obligación) se ubica en nuestro Código en el capítulo "*De la extinción de las obligaciones*". La adopción del texto armonizado contribuiría a dotarle de un tratamiento autónomo y completo, superador de esa visión parcial que pivota en torno a uno de los efectos del cumplimiento (la extinción), pero que, de una parte, no es el único, y de otra, parece olvidar que no todo pago comporta ese efecto: *v.gr.*, cuando un tercero paga por cuenta del deudor, la deuda de éste subsiste, ocupando un tercero la posición del acreedor.

A. GENERALIDADES Y CARACTERÍSTICAS DEL CUMPLIMIENTO

Comienza el Título VII del Código europeo con un artículo dedicado a lo que denomina *modalidades del cumplimiento*, en el que se alude a algunos de los tradicionales requisitos objetivos del pago y a la interesante cuestión del grado de diligencia a prestar en el cumplimiento de los contratos, así como a la cuestión de sobre quién pesan los gastos del cumplimiento⁷.

Entrando ya en el contenido de este art. 75, al igual que sucede en Derecho español, se entiende que sólo hay verdadero cumpli-

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ BERDEJO *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, II-1^o, 3^o ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 128.

⁷ A la vista de la heterogeneidad del contenido, no se explica muy bien la rúbrica elegida para este artículo —"Modalidades del cumplimiento"—, pues verdaderamente no se recoge una clasificación como tal, sino diversas cuestiones sobre el mismo.

miento de las obligaciones derivadas del contrato, cuando aquél es *exacto e íntegro* —“Cada parte está obligada a cumplir exacta e íntegramente todas las obligaciones derivadas del contrato que le son atribuidas, sin que sea necesaria petición del titular del derecho”⁸— tanto porque se cumplen *todas* las obligaciones derivadas del contrato, cuanto porque se cumple íntegramente cada una de ellas. Esto es: cuando la actividad del *solvens* se ajusta —como ha proclamado reiteradamente nuestro Tribunal Supremo— “al programa de prestación previsto al constituirse la obligación” (cfr. por todas, STS 2 noviembre 1994).

En esta línea de la exactitud de la prestación, la doctrina española distingue tres requisitos: identidad (art. 1166 CC), integridad (art. 1157) e indivisibilidad (art. 1169 CC)⁹. Estos requisitos objetivos de carácter general habrán de concurrir para que el pago produzca efectos liberatorios; su falta faculta al acreedor para negarse a aceptar el cumplimiento que el deudor le ofrece.

El requisito de la identidad, al que también se alude en el art. 78.1 del texto europeo, impone la coincidencia entre lo que en su momento fue objeto de la obligación y lo que después constituye el objeto del cumplimiento. El Código civil español proclama al respecto en su art. 1157 que sólo se entiende pagada la deuda “cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”. Este artículo, en una interpretación amplia puede ser identificado con el principio de exactitud de la prestación, tanto en lo referido a la integridad e identidad de la misma, cuanto al cumplimiento en el tiempo y lugar debidos, y

⁸ El académico ANTUNES VARELA, insistió en la discusión sobre el artículo en la necesidad “d’une exécution ponctuelle”, en el sentido más amplio de la palabra, siempre a la luz de la buena fe; GANDOLFI, *Code européen des Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur, G. GANDOLFI) Giuffrè Editore, Milano, 1998 págs. 277 y 284. A partir de ahora, haré referencia a esta edición de 1998 —por considerarla más completa en algunos aspectos— aludiendo únicamente al nombre del coordinador general, GANDOLFI.

⁹ Por todos, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1956, págs. 210 a 215.

al modo de realización de la prestación¹⁰. En aplicación del criterio de la identidad, el art. 1166 CC dice que *"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. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor"*¹¹. Aclaración ésta que se echa de menos en el texto europeo pero que a buen seguro puede entenderse incluida en el concepto de exactitud al que sí alude.

El requisito de la integridad se da cuando el objeto del cumplimiento se identifica con todo aquello que constituyó el objeto de la obligación. En este sentido, el art. 1157 CC sólo da por pagada la deuda, cuando *"completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía"*. Se ha dicho que, en rigor, si no se realiza íntegramente la prestación, faltará también el requisito de la identidad. Pero conviene servirse de ambos conceptos, ya que el de integridad hace referencia específica a una relación de cantidad: ha de desarrollarse totalmente la actividad o realizarse por completo el acto de entrega que requiera el cumplimiento¹². El Código europeo hace esta distinción y emplea ambos conceptos.

¹⁰ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en "Artículo 1157", *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, dirigido por PAZ-AÑES, DIEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH, tomo II, Madrid, 1993, pág. 164. Esta interpretación transformaría los arts. 1166 a 1171 en un mero desarrollo de la idea de exactitud a la que se refiere este artículo.

¹¹ En todo caso el requisito de identidad del pago parece cumplirse en los supuestos en que las divergencias entre el objeto de la obligación y el del cumplimiento no tuvieren entidad ("límite de tolerancia"). La determinación de cuándo se sobrepasa el límite de tolerancia con el consiguiente incumplimiento del requisito de la identidad del pago deberá ser valorado en cada caso —tomando en consideración el llamado "límite de tolerancia", vid. STS 29 noviembre 1996—. Respecto al cumplimiento de este requisito de la identidad en los casos de falta de determinación de la prestación cuando se constituyó la obligación, cfr. el art. 1167 CC —*"Cuando la obligación consista en entregar cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirle de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior"*— que opta por el criterio de la "calidad media".

¹² HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ed. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1983, págs. 332 a 334.

No se alude en este artículo al tercero de los requisitos: el de la integridad. Es el art. 77 el que se refiere al cumplimiento parcial para proclamar la regla de la indivisibilidad, como veremos.

Novedosa resulta para el Derecho español la referencia explícita a la falta de necesidad de interpelación del acreedor para el cumplimiento ordinario; referencia que sí aparece en el *Contract code* (art. 204). La interpelación sí que es necesaria para constituir al deudor en mora a los efectos del art.96 del Anteproyecto, que entre otras consecuencias, conlleva la no liberación del deudor moroso en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación¹³.

Por otra parte, los términos imperativos del precepto de Pavía nos anuncian que en caso de incumplimiento se optará, en consecuencia, por la ejecución *in natura* cuando ésta sea posible, y no por un rápido recurso al cumplimiento por equivalente pecuniario. Me remito al análisis de los arts. 111 y ss., donde se plasma esta realidad.

A la llamada "regulación o reglamentación contractual", o mejor dicho, a algunas de sus fuentes, se refiere en su segundo inciso el art. 75.1 como marco de comportamiento del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. La dicción gramatical —"*...el deudor debe comportarse conforme a lo convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigible en cada caso específico, teniendo como base los acuerdos, las circunstancias y la práctica corriente*"— suscita alguna duda, pues puede entenderse de dos formas: como división en dos grupos de dichas fuentes, considerando a las tres últimas como base del comportamiento del deudor, pero sin establecer un orden claro de prelación entre dichas fuentes¹⁴; también cabe entender que esas tres últimas menciones son la base para fijar el grado de diligencia exigible. Sin perjui-

¹³ En la misma línea, el *Código civil* prevé en el art. 1219 la intimación o el requerimiento hecho por escrito a efectos de su constitución en mora.

¹⁴ Entenderíamos en ese caso que el "*teniendo como base*" se predica del comportamiento del deudor.

cio de una llamada a una eventual clarificación cuando se apruebe el texto definitivo, parece que debe optarse por esta segunda interpretación, como ahora precisaré. Por lo demás, y a efectos del grado de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones, en el marco de ese principio de exactitud que preside el cumplimiento, se establece la distinción entre las obligaciones corrientes y las derivadas de una actividad profesional, y dentro de éstas, entre las de hacer o no. Veamos con mayor detenimiento estas cuestiones.

La mención por dos veces a *lo convenido por las partes* —como primera fuente además—, coincide con la primacía global que a la voluntad otorga nuestro art. 1258 CC¹⁵, en el que también se halla la mención a la *buena fe*, principio general del Derecho español¹⁶.

A partir de aquí comienzan las diferencias, pues mientras el Código español formula el concepto de diligencia de forma negativa —su ausencia determina la negligencia causante de la correspondiente responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss.)—, en el art. 75 que comentamos, con ubicación que encuentro más acer-

¹⁵ Precepto cuya función, como advierte DIEZ-PICAZO, no es interpretativa del contrato, sino integradora de su contenido y reglamentadora u ordenadora; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1996, págs. 358 y 359. Por lo demás, la mención en el texto europeo es fruto de la intervención de José Luis DE LOS MOZOS, que estima absolutamente necesario que se diga claramente que la voluntad de las partes es la suprema ley del contrato; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 277 y 284.

¹⁶ Los académicos parecían plenamente de acuerdo en la oportunidad de enunciar con carácter general el deber de actuar de buena fe. Se dudaba entre la opción por términos equivalentes a la *correctezza* del art. 1175 del *Codice civile*, frente a los *standards of fair dealing reasonably to be expected* del art. 201 *Contract Code* o la *Treu und Glauben* del §242 BGB; véase intervenciones de STURM y DE LOS MOZOS; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 278 y 279. Finalmente se optó por la tradicional *bonne foi*, tradicionalmente contenida en el art. 1134.3 del *Code français*, y como hemos visto, pilar fundamental del sistema español. En nuestra doctrina, la buena fe se entiende tanto fuente de normas obligatorias para las partes a deducir del principio que impone la obligación de comportarse leal y honestamente en el tráfico, como módulo del ejercicio de los derechos y facultades que nacen del contrato; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 87; idea que en definitiva es la que late en los diferentes términos expuestos.

tada, se aborda ya desde el principio el tema de la *diligencia* como regla del cumplimiento¹⁷.

En segundo lugar, en el Proyecto de Pavia se echa de menos la referencia a la *ley*, al *uso* y a la *naturaleza de las obligaciones* que sí aparecen en el Código español, en el citado art. 1258 CC. Sin embargo, aunque no se diga expresamente, se entiende que en todo caso, la fuente primaria estará constituida por las leyes imperativas existentes en cada país y que incidan en el contrato en cuestión. Por su parte, la mención a la *naturaleza* de las obligaciones además de estar incluida en el espíritu del artículo, aparece más adelante, si bien referida a las obligaciones de carácter profesional, y la referencia al *uso* cabe identificarla con la mención a la *práctica corriente* que es base de la diligencia exigible, pero que en todo caso preside el comportamiento del deudor.

Si como ya he dicho, entendemos que la mención "*teniendo como base los acuerdos, las circunstancias y la práctica corriente*" se refiere a la *diligencia exigible en cada caso específico*, cabe seguir estableciendo equivalencias con el texto español. En efecto, la mención del texto europeo a las *circunstancias* del contrato, que como tal, no aparece en el art. 1258 CC, sí se halla en el art. 1104 —explicitada además como *circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*— regulador de los conceptos de negligencia y diligencia en el cumplimiento de las obligaciones¹⁸. Asimismo en dicho artículo se contempla el hecho de que *la obligación ... exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento*, lo cual se coordina perfectamente con el hecho de que *los acuerdos sean*, según el texto europeo en proyecto, medida del grado de diligencia exigible.

¹⁷ Cfr. intervención de FERRE y de BIANCA, que propugnaban la clara enunciación del deber general de diligencia, tal y como está formulado en el *Code civil*, arts. 1176.1; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 280.

¹⁸ Este artículo, junto con el 1103, fue tomado en consideración en la redacción del art. 75 del texto europeo, a instancias de GARCÍA CANTERO; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 277 y 278.

La mención a la *naturaleza de la obligación* (que también aparece en este art. 1104, además de en el art. 1258, ambos del Código civil) no aparece como parámetro del grado de diligencia en general —lo cual no es problema, pues su ausencia puede entenderse compensada a la circunscripción de la diligencia a *cada caso específico*— pero sí en el párrafo siguiente, para cuantificar el grado de diligencia exigible en las *obligaciones derivadas de una actividad profesional o empresarial* que depende igualmente de la *naturaleza de la prestación debida*.

El grado de diligencia *standard* del Código español es el romano del *bonus pater familias*: “Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. No recoge tal mención el texto europeo, sin que ello suponga problema alguno, ya que todo lo que el secular concepto pueda incluir lo encontraremos en el texto que estamos considerando¹⁹.

Es más, en este punto puede apreciarse uno de los importantes avances que supondría la aprobación del texto de Pavía, pues aportaría un pronunciamiento expreso sobre el grado de diligencia necesario en la obligación de hacer de naturaleza profesional. Se trata del art. 75, que dispone: “2. En el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una actividad profesional o empresarial, el grado de diligencia exigible depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida”²⁰. Para estos casos, el Anteproyecto acoge, a instancias del grupo inglés, la distinción relativamente moderna entre obligaciones de medios —o de actividad— y obligaciones de resultado: “3. Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza pro-

¹⁹ Así lo propuso DE LOS MOZOS; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 277 y 284.

²⁰ Artículo redactado teniendo en cuenta la propuesta de GARCÍA CANTERO, y es conforme sustancialmente, salvo un pequeño añadido, al art. 1176.2 Codice civile: “Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”. También DASKAROLIS entendía que la diligencia ha de evaluarse a la vista de la naturaleza de la obligación profesional; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 277 y 284.

fesional, ésta se considera cumplida cuando el deudor ha puesto con la diligencia debida, los medios que sean necesarios para obtener el resultado previsto, salvo que conforme a lo pactado, las circunstancias, o al uso, haya que entender que el cumplimiento solamente tiene lugar si el resultado se ha alcanzado plenamente”.

Es obligación de medios, por tanto, aquélla en la que el deber de prestación consiste en la realización por el deudor de una cierta actividad en sí misma considerada, de forma que queda cumplida cuando se lleva a cabo la actividad de que se trata, empleando la diligencia debida. Y existe obligación de resultado cuando el deber de prestación supone la necesaria consecución de un determinado efecto, de forma que únicamente existe cumplimiento al conseguirse el efecto previsto²¹. Nuestra jurisprudencia considera, por ej., obligación de medios, la que incumbe a los facultativos en relación con sus pacientes (cfr. STS 25 abril 1994) y obligación de resultado, la asumida por un arquitecto en orden a la realización de un proyecto de edificio plurifamiliar (STS 3 noviembre 1983). Como es de imaginar, tal distinción no se halla exenta de problemas, pues una determinada actividad profesional puede en ciertos supuestos acogerse en una obligación de medios y en otros, de resultado (sobre médicos, *vid.* STS 31 julio 1996; arquitectos, *vid.* STS 29 junio 1984). Así, se ha dicho que como regla general, la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios, de modo que el facultativo no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica (STS 6 noviembre 1990). Sin embargo, como excepción, existen casos de actuaciones médicas que llevan aparejada una obligación de resultado —cirugía estética, odontología— (entre otras, STS 31 julio 1996 y 26 junio 1999)²².

²¹ Según la proposición del grupo inglés conviene distinguir entre cumplimiento que exige del deudor un comportamiento orientado hacia la obtención de un máximo de eficacia y *reasonableness* y el cumplimiento que sólo se entiende hecho mediante la obtención de un resultado; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 278 y 284.

²² Quizá en aras a una posible agravación de la responsabilidad cabe apreciar, con referencia a ciertas actividades profesionales que como certeramente ha señalado el prof.

Esta misma idea preside la regulación de Pavía en la que las obligaciones de hacer profesionales se presumen de medios y no de resultado, y en ellas el nivel de diligencia exigible depende de la naturaleza de la prestación debida. Ahora bien, queda por aclarar el punto concreto del nivel de diligencia a prestar en cada tipo de obligación. El académico Sace entendía que tal y como está redactado el artículo —que acabaría siendo la versión final que acabamos de ver—, parece que la diligencia sólo se tiene en cuenta respecto a las obligaciones de medios y no las de resultado. Tunc, especialista en esta materia por ser objeto de su tesis doctoral, defiende que en las de resultado ciertamente hay una diligencia: por una parte, no se puede obtener el resultado sin prestarla, y por otra, el deudor queda liberado de hecho en casos de fuerza mayor. Así entendido puede mantenerse el texto tal y como se había propuesto²³.

Por último, este artículo regula una cuestión de indudable trascendencia práctica: lo referente a los gastos del cumplimiento. Se dispone en el párrafo 4 que *“Los gastos del cumplimiento y de la expedición del recibo quedan a cargo del deudor”*, lo que ha de ponerse en relación con el art. 85, que contiene la regulación sustantiva de la emisión del recibo. Como advierte Fajardo Fernández el fundamento de esta regla —que por otra parte coincide sustancialmente con lo que resulta de los arts 1168, 1455 y 1465 CC²⁴— está

PÉREZ ÁLVAREZ, en sede jurisprudencial se está produciendo un paulatino desplazamiento de la obligación de medios con la consiguiente expansión de la obligación de resultado. En un ámbito más general, a las categorías que examinamos se las hace jugar al distinguir entre el arrendamiento de obras y el de servicios. Sobre este particular es criterio jurisprudencial el que consiste en entender que el objeto inmediato del arrendamiento de servicios está constituido por la obligación de prestar una actividad en sí misma y no por el resultado que dicha prestación produce —por ejemplo, la relación jurídica que liga al notario con la persona que requiere su actuación: STS 6 mayo 1994—, mientras que si existe obligación de prestar un resultado, sin consideración al trabajo que lo produce, el arrendamiento es de obra —por ejemplo, contrato de obra: STS 13 marzo 1997— (entre muchas, SSTs 10 junio 1975 y 6 junio 1983); en *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones* (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, coord.), Colex, Madrid, 2000, pág. 76.

²³ GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 393, 394 y 395.

²⁴ Y entre otros, con el art. 1196 del *Código civil*.

en la integridad del pago, pues el acreedor no estaría recibiendo íntegramente lo debido si se pudieran descontar los costes del cumplimiento. Además y desde un punto de vista de análisis económico del Derecho, el deudor es quien mejor puede controlar procedimiento y costes de dicho cumplimiento²⁵. Por estas razones, la imputación legal de los gastos del cumplimiento al deudor es incompatible con su repercusión posterior al acreedor.

En contraste con la regulación indiferenciada del texto de Pavía, nuestro Código distingue entre "gastos extrajudiciales que ocasione el pago" que efectivamente, "serán de cuenta del deudor"²⁶ y gastos judiciales, respecto de los que "decidirá el Tribunal con arreglo a la ley de Enjuiciamiento Civil", concretamente, conforme a lo dispuesto en los arts. 241 y ss. Lec.

No aclara el Anteproyecto la posibilidad de que las partes puedan pactar en contrario sobre los gastos extrajudiciales. El Derecho español sí que parece admitir dicha posibilidad, si bien considerablemente limitada en el ámbito del Derecho del consumo, por lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU), que en su DA 1ª, V, 22, considera cláusula abusiva "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza corresponda al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)".

²⁵ FAJARDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 511.

²⁶ Se incluirían aquí gastos como los derivados del transporte de la mercancía hasta el lugar de cumplimiento; de la puesta en circulación de las letras de cambio cuando éstas se hubieran utilizado como medio de pago, su protesto si el mismo se realizase, y en general, los gastos "necesarios para llevar a buen término el pleno cumplimiento de la prestación debida" (STS 14 febrero 1986). No se incluirían, en opinión de FAJARDO FERNÁNDEZ, los viajes del acreedor para recibir las mercancías o transportarlas a su establecimiento, ni aquellos gastos debidos al error o negligencia del acreedor (multas, recargos, consignación, etc.); *op. cit.*, pág. 512.

B. LA INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR O DE LOS TERCEROS EN EL CUMPLIMIENTO

Tras regular cuestiones variadas referidas al cumplimiento, el segundo de los artículos que aparece en el título VII regula, de forma novedosa respecto al Derecho español, lo referente a la colaboración o disponibilidad del acreedor o de terceros en el cumplimiento de la obligación y sus consecuencias. Digo novedosa en cuanto a lo forma, puesto que en el conjunto de nuestro sistema se llega a la misma solución, si bien el texto del Anteproyecto ofrece una regulación que pretende ser orgánica.

En realidad lo que impone el art. 76 son deberes del deudor o cargas que debe cumplir para lograr lo que también es su *derecho al cumplimiento* en aras a la pertinente liberación. Reza el artículo "1. Cuando el cumplimiento de la obligación requiera la disponibilidad, la presencia o la cooperación del acreedor, el deudor debe comunicarle previamente que está preparado para cumplir, y debe convenir con él las condiciones de cumplimiento conforme a lo pactado. Si el acreedor no da a conocer su disponibilidad en un término razonable, o si las partes no llegan a un acuerdo sobre este particular, el deudor puede efectuar un ofrecimiento formal de su prestación conforme al art. 105"²⁷. Tales deberes o cargas son la comunicación anticipada al acreedor de que está dispuesto a cumplir, para poder convenir con él las condiciones de cumplimiento²⁸ conforme a lo pactado, así como la realización de las gestiones necesarias para contactar con los terceros, cuya disponibilidad, presencia o cooperación fuera necesaria, así como la obtención de la autorización pública pertinente.

²⁷ Este artículo fue redactado conforme al art. 207 del *Contract Code*, referido al caso en que el cumplimiento sólo pueda efectuarse en presencia del acreedor o sus empleados, o en momentos en que la empresa funcione, etc. Señaladamente se refiere al ofrecimiento de pago del deudor al acreedor en el caso de que "where one party's performance requires the concurrence [acceptance or assistance] of the other party for its completion" (art. 207); ofrecimiento que en su caso, supondría la liberación del deudor.

²⁸ En la traducción de DE LOS MOZOS-LUNA, se traduce literalmente *modalidades de ejecución*.

Comencemos por lo primero. Como ha quedado dicho, cuando el cumplimiento de las obligaciones requiera la presencia o colaboración del acreedor, el deudor debe comunicar su disposición de cumplir y seguidamente ponerse de acuerdo con él sobre las circunstancias concretas del cumplimiento. Parece que se trata de situaciones en las que en el momento de celebrar el contrato se fijaron las líneas generales, pero quedaron pendientes de matización en algunos aspectos. Obsérvese que se imponen obligaciones a cargo de ambas partes. De una parte, el citado deber del deudor, que es doble: avisar al acreedor de su disposición de cumplir y llegar a un acuerdo con él sobre las circunstancias concretas. El incumplimiento del primero de estos deberes supondría en definitiva el incumplimiento del contrato, salvo que se encontrara otra vía para lograr el cumplimiento pertinente: por ej., si el acreedor, sin haber sido avisado, se presentara o colaborara igualmente, o si las circunstancias del contrato variaran, y la prestación pudiera ser cumplida sin la colaboración o disposición del acreedor, si bien este caso quedaría fuera del supuesto de hecho contemplado por la norma. El incumplimiento del segundo —no llegar a un acuerdo sobre el modo de cumplir— tendría la misma consecuencia práctica que el incumplimiento por parte del acreedor, que seguidamente vamos a ver.

De otra, el deber de colaboración del acreedor, que, aunque no está expresamente contemplado en nuestro Derecho, sí que parece existir a la luz del principio general de buena fe que impera en la reglamentación contractual no sólo para el deudor, sino también para el acreedor: de hecho el art. 1258 CC impone deberes generales de conducta contractual. Y es que como antes adelantaba, el *droit a la execution* del que habla el texto de Pavía como derecho del acreedor, también lo es del deudor, que tiene todo el interés en liberarse²⁹. Pues bien, la consecuencia práctica princi-

²⁹ En mi traducción he optado directamente por la expresión "acreedor" en lugar del circunloquio "el que tiene derecho a la ejecución" empleado en la traducción de Dr. LOS MOZCOS-LUNA, en traducción literal del Anteproyecto.

pal es que el deudor puede liberarse mediante el ofrecimiento formal de su prestación en la forma prevista en el art. 105, dentro de la sección de la *mora del acreedor*³⁰.

Es esta misma solución la que se da al supuesto de que no se haya llegado al acuerdo sobre las condiciones o circunstancias del cumplimiento. Dado que ello es una consecuencia claramente favorable al deudor, se entiende que se dará siempre que la imposibilidad de acuerdo no se haya debido a su mala fe, o en definitiva, a una postura abusiva. En este último caso, nos hallaríamos, como antes apuntaba, ante un incumplimiento contractual del deudor.

El art. 76.2 obliga al deudor a establecer los contactos necesarios con los terceros cuya disponibilidad, presencia o cooperación fuera necesaria: "*Si el cumplimiento de la obligación requiere la disponibilidad, la presencia o la cooperación de un tercero, o la obtención de una autorización pública, incumbe al deudor, salvo pacto en contrario, establecer los contactos necesarios con los terceros u obtener aquella de las autoridades competentes*". No queda claro aquí si la obligación es de medios (poner todos los medios contactar con el tercero) o de resultado (hacerlo, efectivamente). Y es que parecería poco equitativo que la actitud negativa del tercero, que quizá se escape del ámbito de poder del deudor, pueda determinar la responsabilidad de éste. Sin embargo, en lo que atañe a las autorizaciones públicas que fueran pertinentes, está claro que se habla de obtención —y no sólo de *solicitud*— de la autorización pública

³⁰ Como afirmaba ANTUNES VARELA en las discusiones académicas, el acreedor aunque ciertamente no esté obligado a ejercer su derecho, tiene que sufrir los riesgos propios de la *mora creditoris* cuando se niega o no presta la colaboración necesaria; para ello trae a colación el art. 813 del Código civil portugués. No se llega a aplicar expresamente el conjunto de remedios contra el incumplimiento, tal y como apuntó BIANCA; todo ello en GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 278. Respecto a la diligencia del acreedor en este caso, BIANCA proponía hacer recaer sobre el acreedor el riesgo siempre que haya "un manque de coopération du créancier et de tout autre fait imputable au créancier lui-même, indépendamment d'une faute de sa part"; STRANIARD por su parte, matiza esto último, y "n'exclut par qu'on puisse distinguer selon la nature des prestations à accomplir"; *ibidem*.

pertinente. Obligación, en este caso, de *resultado*. Y es que de hecho, tal obtención se puede considerar como *base del negocio* a todos los efectos. Lo que sucede es que la obtención no depende de la voluntad del solicitante, sino de la adecuación de lo que solicita al ordenamiento jurídico. Lo que sí depende de él, indudablemente, es la puesta en marcha del procedimiento, mediante la solicitud. Por eso, nada obstaría a que en lugar de obtención se hablara de solicitud.

Es éste un punto ciertamente novedoso en cuanto a su formulación expresa, pero de gran repercusión práctica³¹. Llama la atención que tal deber se imponga siempre y en todo caso al deudor, y no atendiendo a criterios más flexibles como el de imponerlo a la parte que tenga su domicilio en lugar donde ha de cumplirse la obligación³². Nada se prevé en nuestro sistema al respecto, por lo que de adoptarse el texto de Pavía, parece que debería acogerse directamente esta solución. Al igual que en el caso del art. 75.4, planea la duda de si cabe el pacto en contrario. Ciertamente, los términos parecen imperativos, por lo que la respuesta sería negativa.

C. EL CUMPLIMIENTO PARCIAL

El requisito de la indivisibilidad en el pago, al que aludíamos al comentar el art. 75, y que conlleva la imposición al deudor de la carga de realizar la prestación sin fraccionar o separar el deber de dar, hacer, o no hacer en que consiste la obligación, se regula de modo muy similar en el texto europeo y en el patrio. El art. 77 del Anteproyecto dispone que *"El acreedor puede rehusar el cumplimiento parcial, aunque la prestación sea divisible, salvo que el*

³¹ Su tenor está tomado del art. 6.1.14 de los Principios *Unidroit* sobre contratos comerciales internacionales.

³² Criterio que, según informa FAJARDO, es el que siguen los Principios Europeos de Derecho de contratos (partes I, II y III) elaborados por la Comisión sobre derecho contractual europeo (Comisión Lando) en 1996-2002 y que se pueden consultar en http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/.

contrato, la ley o los usos dispongan otra cosa". Dicho artículo está redactado conforme a la propuesta del académico De los Mozos, que propuso como posible modelo el *Codice civile* y por supuesto, el art. 1169 CC que señala que "...no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación"³². Por tanto, se cumple el requisito de la indivisibilidad cuando el pago de la totalidad de la prestación debida se hace de forma unitaria en el tiempo en que debe cumplirse la obligación. En las obligaciones periódicas o de tracto sucesivo dicho requisito también se cumple, pero respecto a cada una de las prestaciones periódicas. Principio que puede ser modalizado en leyes especiales, como la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, cuyo art. 10 dispone que el "consumidor podrá reembolsar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento de vigencia del contrato, el préstamo concedido". El Anteproyecto aporta la interesante novedad, como advierte De Pablo Contreras, de la remisión al uso, especialmente útil en la práctica, pues son los usos del tráfico los que frecuentemente autorizan el pago parcial³⁴.

De idéntica forma al texto de Pavía y para el caso de que la deuda tuviera una parte líquida y otra todavía ilíquida, nuestro Código entiende que el deudor no puede servirse del requisito de la indivisibilidad para, llegado el vencimiento, negarse a pagar mientras no se liquide la totalidad de la deuda. El segundo párrafo del mismo artículo señala que "cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda"³⁵.

³² El *Codice civile* no permite el pago parcial, salvo que la ley o los usos lo dispongan de otro modo (art. 1181); el *Contract Code* parece tener otro enfoque, en su art. 201.2.a), manifestándose aquí una diferencia en los esquemas de base, cfr. GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 270.

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, en VV. AA., *Código europeo de contratos*, Academia de Iusprivatistas europeos (Pavía), II, *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos*, cit., pág. 339.

³⁵ El art. 77.2, en términos muy similares, inspirados abiertamente en el Código español dice que "Sin embargo, si la deuda se compone de una parte líquida y de otra ilíquida, el deudor podrá realizar, y el acreedor exigir, el pago de la primera en los términos previs-

Recapitulando lo visto en el art. 75 y en éste, se concluye que en ambos textos —español y europeo— se impone que el cumplimiento sea exacto, íntegro e indivisible, pero hay que recordar que en España, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, el acreedor puede consentir, aun tácitamente, un pago en el que falte alguno de estos requisitos (*v.gr.* si no hace ninguna salvedad al aceptar el pago, *cfr.* STS de 27 de abril de 1945).

Señaladamente, la dación en pago, que “se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido. El elemento fundamental consiste, según enseña la doctrina, en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada, es decir, algo distinto de lo inicialmente previsto *aliud por alio*” (STS 29 abril 1991), supone una contravención lícita del principio de identidad, aceptada de mutuo acuerdo por las partes. A ello vamos a referirnos a continuación, al hilo del comentario del heterogéneo art. 78.

D. MÁS SOBRE EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD

Bajo la rúbrica *Prestación distinta de la prevista y (o) efectuada con cosas de las que el deudor no podía disponer*, el art. 78 regula cuestiones diversas entre las que destaca, como ya se anunció, el requisito de la identidad del pago: “1. El deudor no puede liberarse cumpliendo una prestación distinta a la pactada, aunque sea de valor igual o superior, a menos que el acreedor lo consienta. En este último caso, cuando se cumpla la prestación distinta, la obligación contractual se

tos en el contrato o en el presente Código, sin esperar a que la segunda sea líquida”. GARIBAY reconoce haberse inspirado en nuestro Código; *op. cit.*, pág. 396. Disposición similar se encuentra en el art. 69.1 del Código suizo de las obligaciones.

*considera extinguida*³⁶; regulación en la misma línea que el art. 1157 CC que sujeta el principal efecto del pago —a saber, la liberación del deudor— al cumplimiento de dicho requisito. La sola voluntad del deudor nunca podrá obviar su falta (como también recuerda claramente el art. 1166 de nuestro Código), pero sí puede prescindirse del mismo con la anuencia del acreedor, al que, como titular del derecho subjetivo en que el crédito consiste, se le permite disponer de él en sentido novatorio; esto es, se le permite aceptar una cosa o prestación distinta como pago, o un pago parcial, etc. Aquí se enlaza con el segundo inciso de este art. 78.1 que contempla la *datio pro soluto* con efectos extintivos.

Respecto a los requisitos, es necesario, como ya se ha dicho, que deudor y acreedor acuerden la realización de una prestación distinta a la inicialmente pactada, a cuyo cumplimiento se asigne la consecuencia de extinguir la obligación. Sigue planteándose la duda (pues el texto que comentamos no se define al respecto), sobre si cabe consentimiento tácito³⁷ (nuestra jurisprudencia, *v.gr.*, excluye dicho consentimiento cuando el deudor guarda silencio ante la manifestación de voluntad que por conducto notarial le dirige el acreedor con el fin de aplicar un bien del deudor —que ya poseía por otro título— al pago de ciertas deudas; *cfr.* STS de 28 de junio de 1993).

Tampoco se define el texto de Pavía en lo que atañe a la *naturaleza jurídica* de la dación en pago, que lleva aparejada la consecuencia de la determinación del régimen jurídico. En España se han formulado teorías varias: la dación como compraventa en la que el deudor vende el bien —objeto de la nueva prestación— “recibiendo” como precio la cantidad originariamente debida; la dación como novación extintiva al modo romano, o también como negocio jurídico complejo. Al margen de ellas, es habitual el recurso

³⁶ A propuesta del académico DE LOS MOZOS, se recoge aquí el criterio de los arts. 1197 y 1198 del *Código civil*; GARCÍA, *op. cit.*, págs. 279, 284 y 397.

³⁷ DE PABLO CONTRERAS, *Código europeo, cit.*, pág. 339.

a las normas de compraventa, en concreto a la responsabilidad por saneamiento (STS 13 mayo 1983).

En el texto se dice claramente que *cuando se cumpla la prestación distinta, la obligación contractual se considera extinguida*. Ahora bien, no se va más allá —quizá no sea oportuno ni necesario— a la hora de asignar efectos al simple acuerdo de cambio de prestación, al margen del cumplimiento efectivo de la misma. La cuestión es objeto en nuestro país de interesantes reflexiones; así, Díez-Picazo y Gullón consideran que no hay precepto legal que obligue a entender que debe ser coetáneo al cumplimiento por el deudor de la cosa distinta de la prometida, ni que para su perfección sea necesaria la entrega de la cosa. En consecuencia, si llegado el momento el deudor no cumple con la prestación *sustitutiva*, el acreedor podrá exigir bien su cumplimiento, bien su resolución, pero en este último caso tiene el derecho a exigir la prestación primeramente pactada para el cumplimiento³⁸. Opinión plenamente compartible, entiendo, en el caso de adoptar el texto europeo tal y como está. En aplicación de ese principio de que *cuando se cumpla la prestación distinta, la obligación contractual se considera extinguida*, si el objeto de la nueva prestación es un crédito del que el deudor era titular, el Anteproyecto puntualiza en el art. 78.2 que ese cumplir la prestación supone que el *crédito haya sido percibido* y no sólo reclamado o cedido. El texto contiene una excepción que lleva los efectos al terreno de la *datio pro soluto* cuando entiende que la obligación se puede reputar extinguida al margen del cobro efectivo del crédito, si acreedor y deudor así lo han acordado, o si la falta de cobro se debe a la negligencia del acreedor³⁹.

³⁸ Por todos, Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, cit., págs. 182 y 183. Ciertamente, algunas sentencias incluyen, entre los requisitos del negocio "la transmisión al acreedor por el deudor de bienes de su propiedad" o "la cesión de los bienes" —que sustituyen a la prestación originaria— (SSTS 2 diciembre 1994 y 8 febrero 1996).

³⁹ Art. 78.2: "Si la prestación distinta consiste en la cesión de un crédito, se entiende extinguida la obligación cuando el crédito en cuestión ha sido cobrado, a menos que las partes hayan manifestado una voluntad diferente, y salvo que la falta de cobro se deba a negligencia del cesionario". Quizá el hecho de que esto sea una excepción hace pensar a D^a PAULO que la regla

E. CUESTIONES RELATIVAS A LOS SUJETOS DEL PAGO

El Anteproyecto se ocupa de varias cuestiones atinentes a los sujetos del pago o cumplimiento, que iré exponiendo según el orden de aparición en el texto.

1. *El poder de disposición del deudor*

Acabamos de ver en los dos primeros párrafos del art. 78, qué sucede si el pago se hace con cosas inicialmente diversas de las previstas. Junto a ello, en el párrafo tercero de este mismo artículo, se regulan las consecuencias de la falta de poder de disposición del deudor respecto a los bienes con los que efectúa el pago, lo que nos lleva, entre otras cosas, a plantearnos cuestiones relativas a los sujetos del pago. Dice el texto del Anteproyecto: "3. Si el deudor ha pagado con cosas de las que no podía disponer, sólo puede pedir su restitución, ofreciendo el cumplimiento de la prestación debida con cosas de las que puede disponer. El acreedor que ha recibido de buena fe el pago efectuado con cosas de las que el deudor no podía disponer⁶⁰, podrá restituirlas y exigir la prestación que le sea debida, quedando a salvo, en todo caso, la indemnización de daños, pero debe comportarse de manera que no perjudique los derechos de la persona que tenga la propiedad o el poder de disposición de las cosas utilizadas por el deudor".

general en este caso sea la de la datio pro solvendo en la medida precisa para igualar el valor de la prestación originariamente debida; DE PABLO CONTRERAS, *Código europeo*, cit., pág. 340. Ahora bien, tratándose de un texto en el que pesaron considerablemente las sugerencias de DE LOS MOZOS, refiriéndose expresamente a los arts. 1166 y 1167 CC y 1197 1198 del *Código civil* el hecho de que no haya ninguna referencia expresa al 1175 CC hace pensar que quizá se trata de una aplicación más de la dación en pago; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 279 y 397.

⁶⁰ En la versión de DE LOS MOZOS-LUNA, se habla del pago efectuado con bienes de los que el deudor "no tenía la posesión". No se trata tanto, me parece, de tener o no la posesión o no (que además supondría ver de qué tipo sea esa posesión), como de tener la libre disposición. Además, el texto original francés es claro: "*dont le débiteur n'avait pas la disposition*". La expresión "*disposition*" fue introducida por sugerencia de GARCÍA CANTERO, en lugar de la inicial "*charge*"; *op. cit.*, pág. 397.

Este texto, inspirado —aunque no coincidente— en los arts. 1192 del *Codice civile* y 42 del Libro VI del Código civil holandés regula las consecuencias de tal carencia del poder de disposición desde el punto de vista del acreedor, quien no está obligado a restituir los bienes recibidos si el deudor no le ofrece otros bienes de los que sí pueda disponer. También puede tomar la iniciativa de restituirlo, exigiendo al tiempo el cumplimiento debido, sin perjuicio de la correspondiente indemnización por los daños que de todo este proceso se le hayan seguido. Para conciliar todos los intereses se recuerda que en todo caso el uso de su derecho como acreedor no puede ejercerse de modo que perjudique derechos de terceros en principio no culpables (la persona que tenga la propiedad o el poder de disposición de las cosas utilizadas por el deudor).

Nuestro Código civil alude a este punto en el art. 1160 regulando, para las obligaciones de dar, de modo conjunto el aspecto que podríamos llamar *objetivo* de libre disposición sobre la cosa debida⁴¹, con el *subjetivo* de la capacidad para enajenarla⁴². La consecuencia en ambos casos es la de que “no será válido el pago”. ¿Qué significa esto en nuestro Derecho? La validez y la eficacia (y sus correlativas, invalidez e ineficacia) son categorías que el jurista español asocia instintivamente a los contratos, si bien son aplicables a cualesquiera declaraciones de voluntad que conformen un acto o negocio jurídico en la medida que tienden a provocar unos determinados efectos jurídicos. Es sabido que la naturaleza jurídica del pago ha sido discutida: si se trata de un hecho,

⁴¹ Entendida como legitimación para realizar la prestación con arreglo al tenor de la deuda concreta; para comunicar al otro el derecho o influencia sobre la cosa o conducta que constituye el contenido de la obligación. Falta no sólo cuando el *tradens* no es propietario de la cosa entregada, sino cuando falta o se halla limitada la facultad para disponer sobre cosa propia (v.gr. porque pesa sobre la cosa una prohibición de enajenar).

⁴² El hecho de que este artículo sólo se refiera a las obligaciones de dar obliga a la doctrina a interrogarse sobre la capacidad necesaria para las obligaciones de hacer o no hacer; al respecto, cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 133 y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos, cit.*, pág. 479.

un acto o un negocio jurídico, con la consiguiente consecuencia de ser, en cada caso, distintos los requisitos del pago y el juego de las voluntades de sus protagonistas⁴³. Sea como fuere, tiene efectos extintivos de la obligación en sí misma, liberatorios para el deudor y satisfactivos para el titular del crédito. La falta de validez del pago determinaría su ineficacia, esto es que los citados efectos no se producirían, señaladamente el liberatorio, y en consecuencia cabría hablar de incumplimiento contractual; ahora bien, al igual que sucede con el pago válido, esta afirmación requerirá matizaciones⁴⁴. De hecho, la doctrina no tiene problemas en aplicar directamente las reglas y consecuencias de la invalidez del contrato en sí mismo, estableciendo incluso distinciones: así —se dice— si el *solvens* tiene al menos capacidad natural, la invalidez de la *datio* es del mismo género que la de un contrato concluido por un incapaz: anulabilidad, sometida al régimen de los arts. 1301 y ss. Si carece incluso de la mínima capacidad natural, parece más apropiado pensar en la nulidad absoluta del pago⁴⁵.

En todo caso, y al igual que sucede en el caso de nulidad/anulabilidad de los contratos, la consecuencia prevista en el Código español es la repetición de lo pagado: el acreedor puede o debe proceder a la devolución de lo recibido. Lo cual no se formula de modo positivo, sino al hilo precisamente de la excepción —prevista en el propio art. 1160— de que no cabe la repetición de lo

⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 130 y ss. y Díez-PICAZO, *Fundamentos*, *cit.*, pág. 473 y ss.

⁴⁴ En ocasiones, el pago válido no va acompañado de alguno de los efectos expuestos. Por ejemplo, en ciertos supuestos de pago por tercero no se produce el efecto extintivo —el tercero que hizo el pago pasa a ocupar frente al deudor la posición del acreedor a quien se ha pagado; cfr. arts. 1158 y 1159 CC—; o también, que en los casos de pago hecho al acreedor aparente —art. 1164 CC— se produce el efecto liberatorio, pero sin que en virtud del mismo se satisfaga el interés del acreedor. Pues bien, también en este caso, un pago "inválido" a un acreedor de mala fe parece que producirá el correspondiente efecto liberatorio.

⁴⁵ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, *cit.*, pág. 165, aludiendo al art. 1301 CC. En el mismo sentido e introduciendo las distinciones citadas, RIVERO HERNÁNDEZ, pág. 133.

pagado cuando la prestación consistiera en una cantidad de dinero o cosa fungible y el acreedor lo hubiese gastado o consumido de buena fe. Y ello, según la mayoría de la doctrina, por la dificultad de identificación de tales bienes a efectos de su reclamación. No existe acción para reclamar la restitución, pero ello no significa, como aclara Díez-Picazo, que se consolide la atribución, pues subsistirá la posible impugnabilidad del negocio de constitución de la obligación, que determinará en su caso la restitución del valor que se asigne a la prestación ejecutada⁴⁶.

Retomando el texto del Anteproyecto, vemos que en él se desarrolla el modo de llevar a cabo esa repetición de lo pagado: quién puede tomar la iniciativa y qué consecuencias tiene. Así, parece que puede pedirla: a) el propio deudor que hizo el pago sin tener la libre disposición, pero no puede obligar al acreedor a que realice la restitución si no le ofrece al tiempo la prestación debida con bienes de los que sí pueda disponer; b) por supuesto, el acreedor, *pero sólo el de buena fe*, quien por una parte no quiere retener bienes de los que eventualmente podrá ser privado, pero por otra, al no ver satisfecho su crédito, tiene el poder de exigir el cumplimiento del mismo, en la forma debida y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; c) aunque, el texto no lo diga, es claro que si la cosa era ajena, el dueño puede reclamarla, o también el beneficiario de la eventual prohibición o limitación (el fideicomisario, el reservatario).

Para que la regulación sea completa estas previsiones podrían integrarse con lo ya indicado por el Derecho español, también respecto al acreedor de *buena fe*, para el supuesto de prestación consistente en dinero o cosa fungible gastado o consumida de buena fe. La irrepetibilidad prevista en nuestro Código encajaría sin problemas en el texto de Pavía.

Queda sin resolver el interrogante de qué sucedería con el que aceptó este pago de mala fe. Parece que no tendría esta posi-

⁴⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., volumen II, págs. 478 y 479.

bilidad de imponer la restitución, teniendo que aceptar que el pago tiene los correspondientes efectos extintivos. Por supuesto, el deudor sí que puede exigirle la restitución si ésta es posible, se supone que sin tener que indemnizar daños y perjuicios. Si hubiera consumido las cosas fungibles o gastado el dinero, tendría que devolver el *tantundem* si se le exige la restitución. Eso sí, no parece que la sanción llegue al extremo de privar de su prestación al acreedor, sino que éste percibiría lo que realmente se le debía.

El artículo que estamos analizando se presta todavía a más consideraciones. Si lo visto hasta ahora se refería al plano obligacional, dicho artículo aporta interesantes luces en el plano de los derechos reales. De forma muy sugerente, De Pablo Contreras entiende que en él se viene a tomar partido en el problema del sistema de transmisión de la propiedad y de los derechos reales, respecto del que tan profundas discrepancias presentan los Derechos civiles europeos. La idea principal es que la adopción del texto de Pavía casaría perfectamente, no sólo con el citado art. 1160, sino con nuestro sistema de transmisión de la propiedad del *título y modo*; por lo mismo, Francia y Alemania verían considerablemente trastocados sus respectivos sistemas consensual y abstracto de transmisión de los derechos reales.

En nuestro sistema, el poder de disposición del *tradens*, imprescindible para que el *accipiens* adquiera la propiedad, ha de referirse a la tradición o modo como acto dispositivo, y no al momento del contrato o *título*. Por ello, es válido tanto el contrato de venta de cosa ajena, como la permuta de cosa ajena, o en general, los contratos en que el permutante o el vendedor carezcan de poder de disposición. Es en la *traditio* cuando, dado que *nemo dat quod non habet*, es preciso tener poder de disposición para hacer a otro propietario de una cosa. Si en ese momento carece de él, y se trata de una permuta, el permutante habrá incumplido su obligación de *dare*, procediendo la acción de cumplimiento o la de resolución; si se trata de una compraventa, el comprador habrá

de esperar a que se produzca la evicción para poder considerar que hay incumplimiento⁴⁷.

Al caso de la permuta, y a todos los contratos que claramente conllevan obligación de *dare*, es aplicable el art. 1160, pues el pago en este caso no es idóneo para cumplir la obligación de transmitir la propiedad, y en consecuencia, es repetible. El matiz que aportaría la adopción del Código europeo es que el deudor no podría pedir la restitución de lo entregado —y no *dado*, como certeramente observa De Pablo— si no está dispuesto efectivamente a cumplir. Y respecto al segundo párrafo del art. 1160, no habría problemas en mantener la irrepitibilidad de lo gastado o consumido de buena fe, salvando siempre la indemnización que correspondería al tercero, propietario de los bienes respecto al deudor⁴⁸.

2. El pago por tercero

Siguiendo con lo relativo a los sujetos, aborda el texto europeo el requisito de la identidad, pero ahora aplicado a los sujetos en lugar de al objeto de cumplimiento.

En lo relativo a la posibilidad de pago por tercero, el *grupo inglés* se inclinaba a considerar que el acreedor no tenía la facultad de rechazar el pago, a menos que le provocara un perjuicio, opinión compartida por académicos como Antunes Varela y Stra-

⁴⁷ Y es que se hace preciso distinguir entre las obligaciones cuya prestación sea un *dare* en sentido estricto, es decir, en las que el deudor se obliga no sólo a entregar una cosa, sino a transmitir su propiedad al acreedor, lo que sucede en la permuta; y aquellos otros como la compraventa, respecto de la que es bien conocida la discusión acerca de la obligación de transmitir la propiedad. En cualquier caso, incluso aunque se entendiera inexistente en el sistema del Código tal obligación, la diferencia será que el caso del vendedor que carezca de poder de disposición y, por ello, no transmita la propiedad de la cosa al comprador mediante la tradición, no será por sí mismo una hipótesis de incumplimiento, sino que éste sólo tendrá lugar, con su régimen específico, en la hipótesis de evicción.

⁴⁸ De hecho, el prof. DE LOS MOZOS proponía que en la redacción se tuviera muy presente la protección del propietario de las cosas utilizadas para efectuar el pago, pues los artículos inspiradores del precepto, ya citados, no velaban suficientemente por él; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 279 y 397.

nard. Daskarolis, por su parte, prefería la dicción del *Contract code* que autoriza el pago por tercero salvo que en el contrato se prevea especialmente su carácter personalísimo o esto se derive de la naturaleza de la obligación, que es tal, que precisa determinada experiencia o cualidades que son sólo del deudor (art. 208). Se podría añadir, sugiere, la facultad del acreedor de rechazar el pago por tercero si el deudor le comunicaba su oposición, en la línea del art. 1180.2 del *Codice civile*.

El art. 79 del Anteproyecto, inspirado en buena medida en el modelo italiano, se ocupa del pago por tercero, determinando en qué casos cabe y con qué consecuencias, en concreto, el expediente de la subrogación por pago: "1. Si el contrato no prevé que la obligación deba cumplirse personalmente por el deudor, o si esto no viene exigido por la naturaleza de la prestación, el cumplimiento puede realizarse por una persona designada por el deudor, o por un tercero, incluso ignorándolo aquél; pero el acreedor puede rechazar tal cumplimiento si éste le perjudica, o si el deudor ha manifestado su oposición. 2. El tercero que ha cumplido la obligación, si la había garantizado o tenía un interés directo en que se cumpliera, se subroga en los derechos del acreedor. Este último, en todo caso, tiene la facultad de subrogarle en sus derechos, de manera expresa, en el momento de recibir el pago, salvo que el tercero ya hubiera cumplido la obligación sin que el deudor hubiera tenido conocimiento de ello". Esta doble estructura recuerda la del art. 1158 CC, que a efectos de la citada subrogación, queda completado con los arts. 1159 y 1210 a 1213 CC. Que no quepa el pago por tercero en las prestaciones personalísimas cabe deducirlo del art. 1161 CC, artículo que el redactor del Anteproyecto tuvo a la vista⁴⁹.

Sin embargo, existen diferencias entre ambos textos. El Código civil español parece dar otro tratamiento al pago hecho por tercero mediando oposición del deudor: el pago puede ser válido

⁴⁹ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 279. No en vano, los artículos inspiradores del 79 del Código europeo son el 1180 y 1201 del *Codice civile*, el art. 1237 del *Code français* y el art. 1161 del Código civil español; *op. cit.*, pág. 398.

pero el tercero tiene una acción de repetición limitada a aquello en que el pago hubiera sido útil al deudor. Para la validez del pago y su consiguiente consecuencia liberatoria para el deudor, es indiferente la oposición del deudor, que como digo, sólo repercute en sus efectos (párrafos 2 y 3 del art. 1158).

El texto de Pavía parece *prima facie* no otorgar validez a este pago hecho contra la voluntad del deudor, puesto que no entra dentro de los supuestos en los que el primer inciso del art. 78.1 dice que "*puede ser efectuada*". Por tanto, parece que el pago no liberaría al deudor. Lo que sucede es que a renglón seguido prevé, respecto a este supuesto del que nos ocupamos, que "*el acreedor puede rechazar tal cumplimiento*", lo cual supone

a) que si quiere, *puede aceptarlo*. De ello, cabría deducir que tal pago puede prosperar, puede ser válido. Pero no se regulan las consecuencias de este pago contra la voluntad del deudor aceptado por el acreedor, quedando la duda, *v.gr.* de si el tercero pagador podría reclamarle al acreedor ese pago "indebido". En este punto me parece más claro y completo el texto español.

b) que el rechazo parece ser *ad nutum* por el simple hecho de que el deudor se haya opuesto. En esto se puede observar otra diferencia con el Derecho español, cuya doctrina estima que si deudor y acreedor se opusieran al pago "sin razones" suficientes (y más cuando éstas fueran torcidas) el tercero podría consignar el pago⁵⁰.

Se dice expresamente que el tercero puede oponerse al pago si éste le perjudica, previsión que no aparece como tal en el Código español, aunque era unánimemente aceptada por doctrina y jurisprudencia, puesto que un pago perjudica porque no es íntegro o idéntico o se ha dividido. Por lo dicho anteriormente, el acreedor puede no rechazar ese pago que le perjudica.

En cuanto a las consecuencias del pago, la acción subrogatoria sólo se da en Derecho español cuando ha mediado conoci-

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 135.

miento del deudor sin oposición. En caso de ignorancia del deudor, nuestro Código ofrece la acción de reembolso de lo efectivamente pagado, no del nominal de la deuda. Y como ya he dicho, si había oposición o negativa explícita y clara del deudor anterior o al tiempo del pago, sólo podrá reclamar aquello en lo que el pago hubiera resultado de utilidad para el deudor. El texto de Pavía por su parte, no establece esta doble distinción de acciones, sino que exclusivamente otorga *ex lege* la subrogatoria —que evidentemente incluye la acción de reembolso— en los supuestos de que el tercero pagador hubiera garantizado la deuda o tuviera un interés directo en su cumplimiento, y ello, con indiferencia de que el deudor conozca o no el pago, con tal de que no se hubiera opuesto. Recapitulando, se diferencia del texto español, en que éste sólo otorga la acción de reembolso en el caso de ignorancia del deudor, mientras que el de Pavía concede la subrogatoria si se dan las antedichas condiciones de posición de garante o interés directo. Y se diferencia también, en que como ya he dicho, en caso de oposición del deudor, en Derecho español sí que hay una acción: la que podríamos denominar de enriquecimiento

¿Qué sucede si no se da ninguna de estas circunstancias? ¿carece de todo tipo de acción? El Código civil, en los arts. 1158 y 1159 no exige al tercero un interés directo. Y cuando en el art. 1210 habla de los supuestos en los que se presume la subrogación *ex lege*, se dice que ésta se da tanto cuando "*el que pague tenga interés en el cumplimiento de la obligación*", como cuando "*un acreedor pague a otro acreedor preferente*", lo cual no deja de ser un tercero con interés, pero también, si el tercero paga con aprobación expresa o tácita del deudor aunque sea "*no interesado en el cumplimiento de la obligación*". Con lo que parece que el Derecho español no exige tal interés directo. Y es que, la mayoría de la doctrina entiende que el simple hecho de pagar *animus solvendi* implica por sí mismo un interés de ese tercero pagador. Por eso, no deja de suscitar perplejidades la limitación introducida por el texto de Pavía. Entiendo que lo que no consagra es el enriquecimiento

injusto que se podría producir si no hubiera posibilidad de reclamar siquiera el reembolso.

Evidentemente, al igual que en Derecho español, el acreedor puede subrogar voluntariamente en sus derechos al tercero, con independencia de su interés, etc., pero según dispone el artículo, siempre que lo haga de manera expresa en el momento de recibir el pago, "salvo que el tercero ya hubiera cumplido la obligación sin que el deudor hubiera tenido conocimiento de ello". Este inciso, inspirado en el art. 1159 CC e introducido en el Anteproyecto por sugerencia del prof. De los Mozos, tiene por finalidad impedir que el tercero se inserte en una relación ajena a él y provocar daños en el patrimonio o imagen del deudor, como aclaró el redactor Gandolfi en la discusión⁵¹.

3. La incapacidad del deudor o del acreedor

El art. 80 se refiere propiamente a los sujetos de la obligación para regular la capacidad del deudor como cualidad personal: "1. El pago efectuado por un deudor incapaz no puede impugnarse, salvo que se trate de una prestación distinta a la debida, o que consista en un acto de disposición de bienes de un valor considerable, a la vista de la situación económica del deudor, y a condición de que el pago no exija capacidad de obrar del deudor o la intervención del representante legal del incapaz. En todo caso, el acreedor se puede oponer a la demanda de anulación si prueba que el pago no ha perjudicado al deudor"⁵². También se regula, en el segundo párrafo, lo relativo a la capacidad del acreedor, en similares términos al art. 1162 CC "2. El deudor sólo queda liberado por el pago efectuado a un acreedor incapaz de recibirlo, en la medida en que le haya sido útil a éste, correspondiendo la carga de la prueba al deudor".

⁵¹ GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 279 y 398.

⁵² Lo cual, como ya se ha dicho, en Derecho español es objeto de regulación conjunta en el art. 1160 CC.

En el seno de los académicos, hubo reticencias por parte del grupo inglés a regular esta materia, pero finalmente pudo más la propuesta de otros como Antunes Varela, Bianca, Ferri y De los Mozos, que hicieron sus propuestas al respecto sobre la base de los arts 1190 y 1191 del *Codice civile*, 1241 del *Code français* y 1163 del Código civil español. Fruto de todo ello es el artículo que analizamos y que respecto a la incapacidad del deudor pagador, parte de la inimpugnabilidad del pago hecho en ciertas condiciones: 1) identidad de prestación, 2) ausencia de peligro para el patrimonio del deudor incapaz, a la vista de la escasa entidad económica del pago, y en general, prueba de que el pago no le perjudica (cfr. art. 80.1 *in fine*) y 3) ausencia de exigencia (parece que *legal*) de capacidad de obrar del deudor para el pago o/y de intervención del representante legal del incapaz.

La primera de las condiciones conecta con las reglas generales sobre el pago por lo que no precisa comentario, ni quizá repetición en el artículo. La segunda, parece que deriva de las reglas de protección al incapaz que imperan en todo sistema⁵³, así como de protección a otros eventuales acreedores. Adviértase que la oposición del acreedor, mediante la prueba del no perjuicio al deudor, puede hacerse "en todo caso", incluido parece ser, el caso de falta de capacidad del deudor⁵⁴.

Veamos por último la tercera de las circunstancias: "que el pago no exija capacidad de obrar del deudor o la intervención del representante legal del incapaz". No alude el precepto de Pavía —ni tampoco otros de dicho texto— a cuáles sean esos casos. En Derecho español tal exigencia se da *ex lege* para las obligaciones de dar, en

⁵³ Fue DE LOS MOZOS quien en la discusión había propuesto que, en el marco de la protección del incapaz que paga, convenía introducir alguna cláusula que, tal y como hace el art. 541 del *Contract Code* permitiera verificar si el pago era considerado como *unfair or unreasonable*; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 280.

⁵⁴ Aunque DE PABLO estima que no parece razonable aplicar esta previsión cuando el pago sea anulable por haberse realizado por persona que no tenga la capacidad de obrar requerida; DE PABLO CONTRERAS, *Código europeo*, *cit.*, pág. 349.

virtud de lo dispuesto en el art. 1160 CC⁵⁵, que según una interpretación extendida sólo se refiere a los contratos que incluyen la obligación de transmitir la propiedad⁵⁶. Lo cual significa que, en Derecho español, si se trata de obligaciones de dar, y el deudor es incapaz (se entiende que *de enajenar o de transmitir la propiedad*) o no tiene la libre disposición de la cosa, es indiferente la identidad o no de la prestación, o el posible perjuicio económico, porque se podría impugnar por tal motivo. Si se trata de obligaciones de hacer o no hacer, o de las que son simplemente de entregar, sin obligación de transmitir la propiedad, no habría exigencia de capacidad como tal; en consecuencia, sólo habrá de exigirse que sea íntegro e idéntico y no perjudique al deudor, para considerarlo no impugnabile. Todo ello, sin perjuicio de que para un contrato concreto se exigiera una capacidad especial, y de las previsiones contenidas en la respectiva sentencia de incapacitación o de concurso.

4. El destinatario del pago

Al regular lo relativo al *accipiens*, este artículo aborda tres tipos de cuestiones: a) el pago hecho a los destinatarios del pago: el acreedor o persona autorizada; b) el pago hecho a un tercero; c) el pago hecho al acreedor o representante aparentes.

En principio, el titular del derecho de crédito es el destinatario natural del deber jurídico de realizar la prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa: "1. El pago debe hacerse al acreedor, o a su representante expresamente designado a este efecto, o a la persona indicada por el acreedor mismo, incluso aunque no haya sido men-

⁵⁵ Con base en este precepto del CC, la jurisprudencia estima nulo de pleno derecho el pago realizado por los declarados en quiebra que, como consecuencia de los efectos de la retroacción de la quiebra decidida, están incapacitados para realizar actos jurídicos de dominio o administración (ST5 13 febrero 1960).

⁵⁶ Por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Artículo 1160", *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *et al.*, tomo II, pág. 176.

cionada en el contrato, o a la persona autorizada por la ley o por el juez para recibirlo"⁵⁷. Como vemos, el Anteproyecto regula más detalladamente este punto que nuestro escueto art. 1162 CC —“El pago deberá hacerse a la persona a cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirlo en su nombre”—, que no obstante, ha sido objeto de una interpretación que hace sustancialmente coincidentes ambos textos.

En efecto, la doctrina española, a la vista del citado art. 1162 CC, acostumbra a referirse a tres tipos de personas que, además del propio acreedor, pueden recibir el pago: el pago hecho al representante del acreedor, la autorización no representativa para recibir el pago y la persona autorizada para recibir la prestación.

En primer lugar, el pago puede ser hecho tanto a un representante legal como voluntario del acreedor, si bien en este último caso es necesario que posea poder representación y que tal poder le confiera facultades suficientes para recibir la prestación (cfr. STS 2 junio 1981)⁵⁸. A este representante voluntario y con poder se refiere el texto europeo como *representante expresamente designado a este efecto*.

En segundo lugar, la doctrina española entiende, en su mayoría, que en el término *autorización* del art. 1162 CC, cabe no sólo la representación que acabamos de examinar, sino también supuestos de autorización no representativa para recibir el pago, como

⁵⁷ El art. 81 del Anteproyecto tiene en cuenta las reglas contenidas en el art. 209 del *Contract Code*, en los arts. 1188 y 1189 del *Código civil*, los arts. 1239 a 1242 del *Code français*, los arts. 1163.2 y 1164 del *Código español*, el § 362.2 BGB y el art. 33 del Libro VI del *Código holandés*, concerniente, este último al pago efectuado a acreedor inserto en procedimiento de embargo o arólago.

⁵⁸ Para interpretar el poder de representación y calificar su suficiencia, aclara DIEZ-PICAZO, es lícito examinar la naturaleza de la obligación de la cual el cobro deriva. Si el negocio y la obligación constituyeron, en la esfera jurídica del representado, actos jurídicos de administración, el cobro lo será también y por consiguiente podrá efectuarlo el apoderado con poder para realizar actos de aquella índole. Si por el contrario, el negocio jurídico constitutivo de la relación era un acto de disposición, se requerirá un poder especial; cfr. *Fundamentos*, cit., págs. 492 y 493, donde se recoge además la clasificación aludida en el texto.

la cesión *pro solvendo* a los acreedores del acreedor de un conjunto patrimonial dentro del cual existan créditos, por ejemplo.

Como tercera posibilidad que cabe dentro del término *autorización*, está la persona designada para recibir la prestación conocida en las fuentes y en la doctrina como *adiectus solutionis gratia*. Posibilidad que algún sector de la doctrina ha denominado *indicación para el pago* y que con esta misma expresión es acogida por el art. 81 del Anteproyecto: "*persona indicada por el acreedor mismo, incluso aunque no haya sido mencionada en el contrato*". La característica de esta figura es que el que podemos llamar indicatario queda legitimado para recibir la prestación y, efectuada esta última a aquél, es una prestación exacta y regular, aunque el indicatario no ostente la titularidad del crédito, ni posea facultad de reclamarlo, ni sea tampoco representante o mandatario del acreedor.

Dos precisiones relativas al modo y momento de designación.

La designación de este *adiectus* o indicatario se puede producir indiscutiblemente, a virtud de acuerdo entre acreedor y deudor, pero también merced a un nombramiento o indicación de carácter unilateral, pues no parece existir ningún obstáculo, dadas las finalidades y características de esta figura⁵⁹. De hecho, una de estas personas autorizadas, puede ser el Banco cuando el pago se realiza mediante ingreso en una cuenta corriente determinada por el acreedor, expresa o tácitamente (*v.gr.* si el acreedor indica el número de su cuenta corriente en sus impresos o membretes)⁶⁰. No parece, sin embargo, que pueda admitirse este proceder si es

⁵⁹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit. pág. 493.

⁶⁰ La jurisprudencia parece admitir la legitimación para recibir el pago en virtud de conductas anteriores del acreedor que lleven al deudor a la creencia de que dicha autorización existía (cfr. 5TS 28 diciembre 1994). Por otra parte, respecto al pago por Banco nuestro Tribunal Supremo dice que "constituye una de las diferentes formas de pago que pueden utilizarse con fines extintivos de la obligación siempre que el acreedor no lo rehúse justificadamente y oportunamente por carecer de las condiciones legales del pago en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación dineraria" (entre otras, 5TS 27 abril 1945 y 18 julio 1948).

por mera iniciativa del *softens*. En este caso, en opinión de Díez-Picazo y Gullón, habría que considerar al Banco como un tercero y aplicarle las reglas correspondientes. Ahora bien, la conformidad posterior del acreedor podría ratificarlo; conformidad que cabe ser deducida del conocimiento por parte de aquél del ingreso y su silencio o abstención ante ello⁶¹.

Esto último se puede unir con lo relativo al tiempo de la indicación, que puede producirse en el momento mismo de constitución de la obligación o mediante negocio o declaración de voluntad posterior. En esta misma línea, inspirándose en el art. 209 del *Contract code* —“*whether such person be indicated in the contract or not*”— habla el Anteproyecto de persona indicada por el acreedor “*incluso aunque no haya sido mencionada en el contrato*”.

Por último, dice el art. 81.1 que el pago debe hacerse, en su caso, “*a la persona autorizada por la ley o por el juez para recibirlo*”. Así ocurre cuando el acreedor es persona incapacitada para administrar sus bienes, en cuyo caso el pago deberá hacerse a su representante legal. El Derecho español aclara que si el pago se hubiera hecho al incapaz sólo será válido en cuanto se hubiera convertido en su utilidad (cfr. art. 1162.1 CC).

Relacionado con esto, ha de decirse que hay casos en que lo que sucede es que no deberá hacerse el pago, *v.gr.*, cuando el art. 1165 CC dispone, para proteger los intereses de eventuales acreedores del acreedor, que “*no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda*”. Es el mismo sentido del tercer y último párrafo de este art. 81 cuando dice que “*Carece de efecto el pago efectuado a un acreedor que no puede recibirlo por estar sometido a un procedimiento de embargo, expropiación u otras medidas similares*”.

Respecto al pago hecho a un tercero —entendiendo como tal, a la vista del conjunto del artículo, y al igual que sucede en Derecho español, al que no es acreedor, ni persona autorizada para

⁶¹ Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, *cit.*, págs. 168 y 169.

recibirlo, ni acreedor aparente, en las condiciones de buena fe que veremos más adelante— ha de decirse que sólo libera al deudor si el auténtico acreedor lo ratifica o se acredita su utilidad para el titular del derecho de crédito, como dispone el último inciso del art. 81.1: *“El pago efectuado a un tercero que no esté legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica, o en la medida en que a éste le haya sido útil”*. Esto último es idéntico a la previsión del art. 1163 CC de que *“será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor”*⁶². En este sentido, el deudor puede probar que el pago ha aprovechado al acreedor probando que éste dispone realmente de la prestación, aunque transitoriamente esté en poder de tercero.

Los casos que acabamos de ver suponen, en definitiva, que es en el acreedor en quien acaba revirtiendo el pago. Junto a ellos, entiendo que ha de incluirse el de la estipulación a favor de tercero —cfr. art. 1162 CC—, en el que se dan los mismos efectos liberatorios para el deudor, y en definitiva se cumple el deber de pagar a quien en el contrato se ha designado, si bien no se producen efectos directamente satisfactivos en el acreedor.

Para cerrar el examen del art. 81, nos referiremos al pago hecho al acreedor aparente, respecto del cual el Anteproyecto dice *“El pago hecho a la persona que aparezca legitimada para recibirlo sobre la base de circunstancias unívocas, incluso aunque sea un mero representante aparente, libera al deudor que pruebe que ha actuado de buena fe. La persona que ha recibido el pago está obligada a restituirlo al verdadero acreedor”*. Puede suceder que se atribuya la titularidad del deber jurídico que la obligación comporta a quien goza de la apariencia de ser acreedor, sin serlo realmente. Para este caso, el Código civil español otorga efectos liberatorios al pago que de buena fe se hubiera hecho al acreedor aparente: *“el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor”* (cfr. art. 1164 CC). Nuestro texto habla de pago a quien estuviere en pose-

⁶² Entiendo que ese *en cuanto se hubiere convertido* significa en la medida en que y no sólo si se hubiera convertido en utilidad, sino precisamente, la medida de esa utilidad.

sión del crédito, esto es, a quien el deudor honestamente cree que es su acreedor: *v.gr.* el deudor paga al acreedor frente al que contrajo la deuda, ignorando que con posterioridad cedió a otro su crédito⁶³. Con expresión más técnica, el Código de Pavía habla de "sobre la base de circunstancias unívocas". En ambos casos se exige, lógicamente, la buena fe del deudor⁶⁴.

La consecuencia en el Anteproyecto es terminante: el *accipiens* ha de entregar lo recibido al verdadero acreedor, lo cual se realizará en la mayor parte de los casos, no a iniciativa de aquél, sino a petición del titular del derecho de crédito. Solución plenamente trasladable a nuestro sistema y ya conocida: de hecho, para algunos autores se trata de un caso de enriquecimiento sin causa y para otros, de un supuesto de cobro de lo indebido⁶⁵.

F. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CUMPLIMIENTO

1. El lugar de cumplimiento

La designación, como criterio primario, del lugar de cumplimiento como el pactado por las partes coincide con lo dispuesto en nuestro sistema. El art. 82.1 del Anteproyecto dice que "(L)as obligaciones derivadas de un contrato deben cumplirse en el lugar previsto, expresa o implícitamente por éste, o en ausencia de tal previsión, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias, a la vista de la naturaleza de la prestación debida"⁶⁶. En Derecho español, sin perjuicio de que haya normas particulares sobre el lugar de pago para casos

⁶³ Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, cit., pág. 168. Por lo demás, a tales efectos —ha aclarado nuestro Tribunal Supremo— no es suficiente la mera tenencia del título acreditativo de la deuda (SSTS 4 julio 1944 y 22 febrero 1988).

⁶⁴ La prueba, según Díez-PICAZO Y GULLÓN, correspondería al deudor que pretende quedar liberado; *Sistema*, cit., pág. 168. El problema es que la buena fe se presume siempre.

⁶⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos*, cit., pág. 495.

⁶⁶ El artículo responde a las propuestas de BLAUHOCK, DASKARDIS Y DE LOS MOZOS, y se inspira fundamental aunque no exclusivamente en el art. 1182 del *Código civil*; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 281 y 285.

concretos⁶⁷, la regla general es que "(E)l pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación" (art. 1171.1 CC). Prima-cía ésta de la voluntad de las partes que también se manifiesta en la posibilidad de alterar de común acuerdo el lugar inicialmente convenido a efectos del pago, como ha declarado el Tribunal Supremo en la STS 7 marzo 1975. En definitiva, el acreedor puede negarse a la recepción del cumplimiento que se le ofrece en un sitio diferente y si el deudor persiste en su actitud cabe apreciar incumplimiento.

La designación del lugar, aclara expresamente el texto de Pavía teniendo a la vista el art. 206 del *Contract code*, puede ser tácita; esto ya era aceptado plenamente por nuestra jurisprudencia: "el pago de servicios necesariamente prestados en un lugar determinado ha de entenderse tácitamente pactado en igual lugar" (SSTS 7 marzo 1988 y 21 mayo 1993); también se considera designado tácitamente el lugar del pago cuando, tratándose de prestaciones periódicas, se empieza a cumplir la obligación en un sitio determinado (SSTS 27 abril 1951 y 31 enero 1966). Asimismo se ha considerado predeterminado el lugar del pago cuando aparece designado en las facturas y recibos expedidos por el vendedor (STS 30 noviembre 1985).

Si no se hubiera determinado el lugar del cumplimiento, ni expresa ni tácitamente, el Anteproyecto remite en el último inciso de este primer párrfo del art. 82 a los *usos, circunstancias y naturaleza de la prestación debida*, lo cual se entiende incluido en la línea jurisprudencial a la que acabo de aludir. A partir de aquí, el Código europeo alude a criterios más concretos para el caso de que no se pueda resolver la cuestión con arreglo a los criterios precedentes.

Si la obligación consistiera en entregar una cosa determinada, el criterio del art. 82.2 del Anteproyecto —"*La obligación de entre-*

⁶⁷ Entre otros, el art. 1500 CC en relación con el lugar del pago del precio en la compra-venta, el art. 1774 para la devolución de la cosa depositada o el art. 6.2 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

gar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar en que la cosa se encontraba cuando nació la obligación"—es prácticamente idéntico al de nuestro Código—"deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación" (art. 1171.2 CC)⁶⁸—, aunque añade, para acoger el campo de las obligaciones mercantiles, que si se trata de mercaderías, el lugar será el del establecimiento profesional donde está domiciliado en el momento del vencimiento⁶⁹. Establecimiento profesional, que por regla general, coincidirá con el de almacenaje de las mercaderías, por lo cual este criterio facilita el cumplimiento al deudor⁷⁰.

Sí que aporta como interesante novedad, en el párrafo 3º, un criterio para el pago de las obligaciones pecuniarias, que será de gran trascendencia práctica: el domicilio o establecimiento profesional del acreedor al tiempo del vencimiento. Dispone el texto europeo que: "3. La obligación que tenga por objeto una suma de dinero debe cumplirse, por cuenta y riesgo del deudor, en el domicilio del acreedor, o si éste es un empresario, en la sede de su establecimiento profesional en el momento del vencimiento. Si el domicilio o establecimiento profesional son diferentes de aquéllos que el acreedor tenía en el momento de nacimiento de la obligación, y este hecho hace más oneroso el cumplimiento, el deudor tiene derecho, comunicándolo previamente al acreedor, a hacer el pago en su propio domicilio". Este artículo, basado en el § 270 BGB y en las sugerencias de Blaurock en lo que se refiere al riesgo del deudor⁷¹, diverge considerablemente del sistema con-

⁶⁸ El problema se dará, lógicamente, cuando las partes ignoraban la localización de las cosas muebles. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XVI-1, Edersa, págs. 193, 194. Ha de advertirse que el Código civil fija el lugar, igualmente, donde la cosa cierta y determinada se encontraba cuando nació la obligación (art. 1182.2), mientras el *Contract Code* alude, para el suministro de bienes, al "supplier's place of business at the time of contracting" (art. 206.2).

⁶⁹ La mención al establecimiento profesional está tomada del párrafo 2º del § 270 BGB.

⁷⁰ Como advierte FAJARDO FERNÁNDEZ, no hay diferencia significativa en los términos "establecimiento", que emplea el Código de Pavia y "domicilio", utilizado por el Código civil español, *op. cit.*, pág. 508.

⁷¹ Se descartan en su opinión, por imprecisos y extremadamente concisos los arts. 206 del *Contract Code* y 1182 del *Código civil italiano*; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 281.

tenido en nuestro art. 1171 CC y en el art. 1247 del *Code civil* francés. Se inspira este académico en el art. 2106 de los Principios Europeos de Derecho de contratos elaborados por la Comisión Lando, y considera más justo el sistema según el cual —especialmente en el caso de transferencias (*virements* o *Überweisungen*)— el dinero ha de circular por cuenta y riesgo del deudor. Y ello por cuanto que el desarrollo de las transacciones bancarias internacionales ofrece al deudor la posibilidad en caso de error de dirigirse contra el Banco; acción que, en cambio, no puede intentar el acreedor. Sin embargo, el deudor debe igualmente responder ante el acreedor de toda negligencia y retraso en las actuaciones relativas a la transferencia⁷².

Idéntica regla de cierre emplean ambos textos para referirse al domicilio del deudor como criterio último al que acudir, cuando se trata de obligaciones que no son ni pecuniarias ni de entregar cosa determinada. Ahora bien, la redacción del texto de Pavía —“*En los demás casos, la obligación debe cumplirse en el domicilio del deudor en el momento del vencimiento*”— es más depurada y completa, pues habla claramente del domicilio del deudor —sin dar lugar a las dudas que plantea el art. 1171.3 CC⁷³— y aclara que es el que tenga en el momento del vencimiento (y no de constitución) de la obligación.

⁷² GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 281.

⁷³ Como advierte CRISTÓBAL MONTES, literalmente, el párrafo tercero del art. 1171 CC no determina el domicilio del deudor como lugar del pago, sino que dispone que “*el lugar del pago será el del domicilio del deudor*”. Podría interpretarse que el citado precepto se limita a imponer la ciudad en la que deberá hacerse el pago (que será la que corresponda al domicilio del deudor); hay sentencias en este sentido: SSTS de 24 de mayo y 24 de noviembre de 1955. Pero lo cierto es que de seguirse la interpretación literal, quedaría sin resolver la cuestión referente al sitio específico en que deberá hacerse el pago en los casos en que no se hubiera determinado el lugar del cumplimiento y la obligación no consistiera en entregar una cosa determinada. Por ello y a pesar de las sentencias citadas, el Tribunal Supremo recurre habitualmente a la norma de este art. 1171.3 CC, haciéndola referible al domicilio del deudor; CRISTÓBAL MONTES, “Artículo 1171”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *cit.*, págs. 228 y 229.

2. EL TIEMPO DEL CUMPLIMIENTO

El art. 83 dedicado al tiempo de cumplimiento presenta una estructura y en cierta forma, un contenido, muy similar al anterior: "1. *Las obligaciones que derivan del contrato deben cumplirse en el tiempo previsto, expresa o implícitamente en el mismo, o en su defecto, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias, a la vista de la naturaleza de la prestación debida, y el modo y lugar donde aquélla debe ser cumplida. La obligación debe cumplirse inmediatamente si el periodo de tiempo no está determinado por el contrato, o no puede determinarse conforme dichos criterios, y tampoco es razonable conceder al deudor un plazo de tiempo para preparar y velar por el cumplimiento*"⁷⁴.

En efecto, el primer párrafo consagra la voluntad de las partes, expresa o implícita, como primera fuente para determinar cuál sea el momento señalado para el cumplimiento de las partes. Ahora bien, de adoptarse este texto en nuestro sistema, no se podrán obviar los límites que la autonomía de la voluntad tiene, en especial en Derecho de consumo: así la LGDCU atribuye el carácter de abusiva a "las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida" (DA primera, I, 1^a).

Como primer criterio subsidiario se alude, de forma idéntica al artículo anterior, a los *usos, circunstancias y naturaleza de la prestación debida*, que aquí se completa con el *lugar* —al que se refiere el citado artículo anterior— y al *modo*, entendiendo que se refiere al tipo de obligación, profesional o no, etc., circunstancias todas que aparecen en el art. 75.

Dentro de este primer párrafo, al que corresponde enunciar la regla general, se recoge el principio que determina, a falta de

⁷⁴ Este primer párrafo se ha redactado teniendo en cuenta el art. 6.1.1. de los Principios Unidroit y sobre todo, el art. 205 del *Contract Code*, que a su vez, se conforma con el art. 2107 de los Principios de la Comisión Lando. El artículo del *Contract Code* es preferido al art. 1183 del *Código civil*, que también sirvió de modelo, aunque como sugirió DE LOS MOZOS, ambos se pueden utilizar conjuntamente; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 282.

concesión expresa o tácita de plazo en el contrato, la inmediatez en el pago. Principio que tiene su réplica como es sabido en nuestro Derecho. Dentro de las posibles reglas tácitas, el texto de Pavía alude a la idea de que puede haberse previsto por el deudor siquiera *"un tiempo adecuado para predisponer y velar por la ejecución"*. En este sentido, el *Contract code* dispone que si nada dice el contrato éste deba cumplirse *"within a reasonable time"*, lo que se determinará teniendo en cuenta usos, costumbres y relaciones anteriores (art. 205.2 *Contract code*).

Por su parte, nuestro Código establece que si las obligaciones no son condicionales (art. 1113 CC) o de su naturaleza o circunstancias no parezca que se ha concedido un plazo al deudor, en cuyo caso serán los Tribunales los que fijarán la duración del plazo (art. 1128 CC), su cumplimiento *"(S)erá exigible desde luego"* (art. 1113 CC)⁷⁵. Parece entenderse de forma unánime, que por regla general, el acreedor podrá exigir de inmediato el cumplimiento, pero con base en la buena fe, jurisprudencia consolidada permite al deudor un *tempus modicum* razonable para cumplir la prestación⁷⁶.

Hila más fino el texto europeo, pues en el párrafo 2 incluye previsiones relativas incluso a la hora: lo razonable de la misma y el horario comercial al uso. Así, *"(S)alvo pacto en contrario, el cumplimiento debe hacerse a una hora razonable y si el acreedor es un empresario, durante el horario habitual del establecimiento profesional"*.

Si hay un plazo fijado expresa o tácitamente se ha de cumplir. Aunque no lo diga el texto de Pavía se entiende rige la regla de nuestro art. 1125 CC cuando proclama respecto a las obligaciones a término que *"sólo serán exigibles cuando el día llegue"*. Partiendo de esto, observamos que en los dos números siguientes, el Anteproyecto se dedica a determinar a favor de quién se entiende

⁷⁵ También el *Codice civile* parte de la inmediatez: *"Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente"*, pero *"Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice"*.

⁷⁶ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, op. cit., págs. 252 y 253.

establecido el plazo a los efectos de saber si cabe el cumplimiento anticipado, lo cual supone en definitiva renuncia al mismo⁷⁷.

En principio, *favor debitoris*, se entenderá establecido a favor del deudor, lo que le permite renunciar al mismo y cumplir antes. La regla general es pues distinta de la que contiene el Código civil español, cuyo art. 1127 entiende que *"siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor..."*. Ni el acreedor puede imponer al deudor el cumplimiento antes de que el plazo venza, ni el deudor puede exigir al acreedor que acepte un cumplimiento anticipado⁷⁸.

Siendo tal la regla general en el Código de Pavía, será necesario pacto expreso para entender que es a favor de los dos o del acreedor. El texto detalla las consecuencias de todo ello, pues se aclara que si el término es a favor del deudor (que es la regla general) o de los dos, el acreedor debe respetar este término, no pudiendo exigir el vencimiento anticipado, excepto si *el deudor ha devenido insolvente, o ha disminuido por sus propios hechos las garantías que había dado, o no ha dado las garantías que había prometido* (art. 83.4). Términos muy similares a los de nuestro art. 1129 CC⁷⁹. Este

⁷⁷ Dice el texto del Anteproyecto "3. Si en el contrato se fija un término para el cumplimiento, o éste es susceptible de determinarse en virtud de los criterios anteriormente mencionados, dicho término se presume a favor del deudor, que puede desde ese momento proceder al cumplimiento, incluso antes del término, salvo que éste resulte establecido a favor del acreedor o de ambos. Si el plazo debe considerarse establecido a favor del acreedor, éste puede rechazar el cumplimiento anticipado, a menos que sea de tal naturaleza que perjudique a sus intereses". En su primera parte, se ha redactado teniendo en cuenta el art. 1184 del *Codice civile*, y la segunda, con las sugerencias de BLAUROCK relativas al art. 6.1.3 de los Principios *Unifroit* y el art. 2.108 de los Principios de la Comisión Lando; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 285.

El párrafo 4 está inspirado en el art. 1186 del *Codice civile* italiano y dice: "Si el plazo no ha sido establecido a favor del acreedor, éste puede exigir la prestación antes del vencimiento, si el deudor ha devenido insolvente, o si ha disminuido por sus propios hechos las garantías que había dado, o si no había dado las garantías que había prometido".

⁷⁸ Ahora bien, nuestro sistema en realidad camina hacia una flexibilización de este artículo, hasta permitir al deudor un pago anticipado que respete los intereses legítimos del acreedor, siempre a la luz de las exigencias de la buena fe (art. 1258 CC); ÁLVAREZ CAPRACCIANI, *Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 102.

⁷⁹ El art. 1129 regula los supuestos legales de anticipación del vencimiento, que se

último aclara que también se pierde el plazo si las garantías desaparecieran por caso fortuito, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e inmediatamente seguras. No hay problema por la omisión de este supuesto, dado que en definitiva es un supuesto de disminución por actos propios: los de omisión del deber de sustitución.

Si el término es a favor del acreedor, el deudor no puede cumplir antes, salvo que demuestre que esto no le perjudica a aquél. Esta última previsión contenida en el último inciso del párrafo 3 del art. 83, se inspira, a propuesta de Blaurock, en el art. 2.108 de los Principios de la Comisión Lando que es muy claro: "(1) *A party may decline a tender of performance made before it is due except where acceptance of the tender would not unreasonably prejudice his interest.* (2) *A party's acceptance of early performance does not affect the time fixed for the performance of his own obligation*". Un posible perjuicio sería la pérdida de los intereses pactados. Si el deudor pagara a modo de comisión anticipada —siempre que no fuera abusiva— dichos intereses podría forzar el cumplimiento anticipado⁶⁰.

Al margen de esto, y para el supuesto de que, por ignorancia el deudor hubiera pagado anticipadamente, se dispone la irrepetibilidad de lo pagado: "*El deudor no puede repetir lo que había pagado por anticipado, ignorando la existencia del término*". No se prevé una dulcificación similar a la de nuestro art. 1126 CC, que para este caso dice que el deudor "*tendrá derecho a reclamar del*

dan: "1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras".

⁶⁰ El Código civil no prevé nada concreto, aunque sí la legislación especial, respondiendo a lo que era ya práctica habitual, y concretamente la Ley de Crédito al Consumo, que permite la cancelación anticipada y limita la compensación que puede cobrarse por dicha operación. También hay previsiones al respecto en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

acreeador los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa". Es expresiva a este respecto la opinión de Blaurock, a quien se debe la redacción del párrafo 5 del art. 83: *"Si le débiteur a déjà payé, on ne devrait pas lui offrir la moindre possibilité en ce que concerne l'éventuel "enrichissement" du créancier. Il appartient en effet au débiteur de s'informer sur le temps de l'exécution"*⁸¹.

A los efectos del cómputo del plazo, el art. 83.6 CC reenvía al art. 58, a cuyo comentario nos remitimos. La puntualización que aquí se aporta es que si el *dies ad quem* es festivo se entiende prolongado al día siguiente, a salvo de lo que los usos pudieran disponer en otro sentido.

G. LA IMPUTACIÓN DEL PAGO

El art. 84 del Código europeo se dedica a la imputación de pagos, y como presupuesto de la misma exige que se trate de varias deudas de dinero o de la misma especie respecto de la misma persona⁸². Reza el primer párrafo de este artículo *"1. El deudor de varias deudas de dinero o de la misma especie, frente a la misma persona, puede indicar cuando pague, cuál de las deudas debe entenderse satisfecha. La imputación puede asimismo aplicarse a obligaciones derivadas de contratos anulables y no exigibles; la imputación obliga al acreedor si éste no la rechaza en un plazo razonable"*⁸³.

La imputación corresponde en primer lugar al deudor, quien la puede ejercitar, en el mismo momento del pago, mediante una

⁸¹ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 282.

⁸² Idénticos presupuestos exige nuestra jurisprudencia: a) que exista pluralidad de deudas entre unos mismos sujetos; y b) que se trate de deudas de la misma especie (trib. SSTS 11 mayo 1984 y 25 octubre 1985). En las dos traducciones españolas que venimos citando y en la traducción francesa, se mantiene la tradicional expresión "especie" (GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 39 y 843; traducción publicada en la RJN, pág. 338), frente a la versión italiana (GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 945), que utiliza la expresión "genere".

⁸³ El tenor del artículo se inspira en los dos esquemas de base, a saber: el art. 203 Contract Code y los arts. 1193 a 1195 del *Code civil*, que a su vez encuentra reglas muy parecidas en los otros Códigos europeos.

declaración de voluntad recepticia, expresa o tácita, *v.gr.*, abonando la cantidad exacta de una de las obligaciones⁸⁴. El texto aporta dos novedades —cuanto menos en su formulación expresa— para el Derecho español, en el art. 84.1 *in fine*: que el acreedor puede rechazarla en un *plazo razonable*, pasado el cual la imputación es inatacable, y que el deudor puede elegir *obligaciones (que derivan de contratos) anulables y no exigibles*⁸⁵. Lo cual supone un interesante modo de confirmación o sanación tácita de las mismas, no regulado expresamente por nuestro Derecho, pero claramente admitido en el conjunto del sistema.

Vemos que no alude el texto a la posibilidad de acudir en primer lugar a una “imputación convencional”, a pesar de que en Derecho español entiende la jurisprudencia que la primera fuente reguladora de esta cuestión es el pacto (STS de 31 de diciembre de 1999). Posibilidad que a mi parecer no se perdería de adoptarse el texto de Pavía, pues se engarza perfectamente en el espíritu del precepto.

En defecto de acuerdo, sí que se da, al igual que en el texto europeo, preferencia al deudor, si bien se plantea la aplicabilidad del límite del art. 1173 CC para los casos en que se trate de deudas que produzcan intereses. Dicho límite supone que hasta que no estén satisfechos los intereses no podrá el deudor por su sola voluntad estimar el pago hecho por cuenta del capital, pues se trata de evitar el hecho de que, por la voluntad exclusiva del obli-

⁸⁴ En el mismo sentido, los tribunales españoles entienden que el señalamiento o designación de la deuda llevado a cabo por el deudor constituye “una declaración de voluntad recepticia” que sólo produce efectos cuando fuera conocida por el acreedor (SSTS 11 mayo 1984 y 25 octubre 1985). La declaración ha de ser “clara e inequívoca” (STS 25 octubre 1985), aun cuando sea tácita. De hecho, en lugar del tradicional “declarar” del art. 1172 CC, o el equivalente del *Code de civile*, que inspira este artículo, se ha optado por la expresión “indicar”, para, como explica el propio GANDOLFI, permitir la imputación efectuada oralmente por hechos concluyentes; págs. 285 y 286.

⁸⁵ Hemos optado por la expresión “exigibles”, más usual en nuestro entorno, aunque las versiones francesa e italiana, así como la española de DE LOS MOZOS-LUNA han optado por “coercibles” (cfr. las tres en GANDOLFI, *cit.*)

gado al pago, la deuda que produce intereses se convirtiera en una simple, en claro perjuicio del acreedor (STS 24 octubre 1994). No alude el texto de Pavía a este punto concreto, pero en todo caso la posibilidad que tiene el acreedor de rechazar tal imputación en un tiempo razonable, sería suficiente para cubrir sus intereses en este caso. Volveremos más adelante sobre este punto de los intereses.

Subsidiariamente, si el deudor —a quien acabamos de ver corresponde primariamente esta facultad por el principio *favor debitoris*— no hace declaración expresa o tácita al respecto, corresponde al acreedor, según el art. 84.2, la facultad de imputar el pago a una deuda concreta, si bien sujeto a algunas restricciones: por evidentes razones de buena fe, no puede elegir deudas inválidas o disputadas (habla el texto de *anulables o accionables*), habiendo algunas que sean válidas⁸⁶. La elección una vez hecha, es inmodificable para el acreedor⁸⁷. Sin embargo, el deudor sí que puede impugnar la imputación efectuada por el acreedor *si ha recurrido a subterfugios o si se ha aprovechado de manera desleal de las condiciones personales del deudor; en definitiva, si no respetado las exigencias de la buena fe*.

Aquí sí que aparece una diferencia sustancial, no conciliable con nuestro sistema actual. Y es que si bien el Derecho español también atribuye al acreedor esta facultad subsidiariamente, la designación que efectúe sólo vinculará al deudor que hubiera asen-

⁸⁶ El texto completo del art. 84.2 es el siguiente: "Si el deudor no declara su intención, aunque sea de forma implícita, al acreedor, éste puede indicar al emitir el recibo, o posteriormente, a qué deuda debe entenderse imputado el pago recibido, con tal que se trate de una obligación válida y susceptible de ejecución forzosa; el acreedor no puede, después, modificar tal imputación. El deudor puede oponerse a dicha imputación si el acreedor ha recurrido a subterfugios o se ha aprovechado de manera desleal de las circunstancias".

⁸⁷ Todo ello, claramente inspirado en el *Contract Code*, que autoriza al acreedor a elegir en el momento que desee, pero de manera definitiva la obligación que considere ejecutada (art. 203.2); en ausencia de indicaciones de ninguno de los dos sujetos, prima, de entre las válidas vencidas (*accionables*) las que sean "earliest in time", y si deben ser ejecutadas simultáneamente todas deben ser ejecutadas parcial y proporcionalmente (art. 203.3).

tido a la misma (art. 1172.2 CC), asentimiento que se produce cuando el deudor aceptase recibo en el que el acreedor señalase la deuda a la que aplica el pago. En definitiva, en Derecho español el acreedor puede sugerir un determinado orden, pero no tendrá ningún efecto si el deudor lo rechaza.

En su tercer párrafo, el art. 84 prevé, a falta de declaración de ambos, los siguientes criterios respectivamente subsidiarios unos de otros: a) la primera en vencer; b) la menos garantizada —entendido esto, como aclara Fajardo Fernández, en sentido amplio: por ejemplo, se entiende más garantizada aquella en la que hay solidaridad pasiva—; c) la más onerosa para el deudor; d) la más antigua; e) a prorrata⁸⁶.

Aquí encontramos sustanciales diferencias con nuestro sistema. Para empezar, parte de la doctrina española entiende que un presupuesto de la imputación de pagos es el hecho de que las deudas estuvieran vencidas, por lo que no se considera criterio de prelación. De hecho, De los Mozos sugirió introducir en primer lugar entre las "*plusieurs dettes échues*", las que pueden considerarse "*relatives à une quantité liquide*", categoría aparte en el sistema judicial civil español, en materia de ejecución de sentencias⁸⁷.

El problema de la imputación con el consiguiente recurso a los arts. 1172 y ss. CC parece que puede suscitarse también en los casos en que tratándose de deudas a plazo señalado en beneficio del deudor, éste realizara el pago antes del vencimiento. Entiendo que en este caso se reproduciría exactamente el orden previsto en el art. 84, máxime cuando la primera en vencer será por ese hecho, la más onerosa.

⁸⁶ Párrafo 3 inspirado en el art. 1193.2 del *Code civil*.

⁸⁷ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 283. Por lo demás, en la propia doctrina española hay quien excluye como requisito común para la aplicación de los arts. 1172 y ss. CC el que se trate de deudas vencidas, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en "Artículo 1172", en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *cit.*, págs. 231 y 232. En este caso, el precepto europeo tiene todo su sentido.

En segundo lugar, mientras en el criterio del texto europeo parecen primar los intereses del acreedor al dar preferencia al orden de vencimiento, y en su caso, a la entidad de las garantías, en Derecho español, nuevamente *favor debitoris*, se da primacía al criterio de onerosidad de la deuda. Según el art. 1174.1 CC, si no puede imputarse el pago según las reglas anteriores, se estimará satisfecha, de entre las que estén vencidas, *la deuda más onerosa para el deudor*. Y en este sentido, se consideran más onerosas las obligaciones con garantía que las no garantizadas (entre otras, STS 22 octubre 1968), lo cual, obsérvese, nos lleva a un resultado exactamente contrario al que se llegaría de aplicar el texto de Pavía; las deudas exigibles se consideran más onerosas que las no exigibles; y de entre las vencidas, la que estuviera pendiente de reclamación en un proceso, respecto de la que no lo está (STS 16 junio 1977). Por otra parte, el TS a veces ha considerado como preferentes las más antiguas (STS de 9 marzo 1998) o más onerosas para el deudor (STS 25 de mayo de 1993), lo cual, al decir de Fajardo Fernández, acerca ambas soluciones⁹⁰.

Para los supuestos en que las deudas fueran igualmente onerosas —de igual "gravamen", se dice— el art. 1174.2 CC ordena, como regla de cierre idéntica a la del art. 84, que el pago se impute a todas las deudas *a prorrata*.

H. LA PRUEBA DEL PAGO Y LIBERACIÓN DE LAS GARANTÍAS

En lo que hace a la prueba del pago, el Anteproyecto, reconoce expresamente como derecho del deudor la posibilidad de exigir un recibo en la forma que necesite, si bien ha de asumir él el coste de dicho recibo. Así reza el art. 85.1: "*El acreedor, a petición del deudor que ha pagado, debe entregar un recibo que sea conforme a los legítimos intereses de este último. Los gastos del recibo son a cargo del deudor, salvo pacto en contrario*".

⁹⁰ FAJARDO FERNÁNDEZ, *op. cit.* pág. 514.

Constituye pues una regulación especial para este punto, de la que nuestro sistema carecía, puesto que aunque hay diversos preceptos que aluden al recibo —arts. 1110, 1172, 1229, 1616, 1684, etc. CC⁹¹— no existe en el Derecho español una norma que con alcance general imponga al acreedor el deber de dar al deudor recibo del pago. Y de hecho, en la discusión acerca de este punto, el *grupo inglés* entendía innecesaria la formulación de reglas al respecto, puesto que suele tratarse de una cuestión de hecho; por su parte, Antunes Varela, dejaba este derecho a las circunstancias, en la línea marcada por el art. 787 del Código civil portugués. No obstante, se vio conveniente recoger expresamente este derecho, tomando como modelo los arts 1199 y 1200 del *Codice civile*. La opinión común en la doctrina española va igualmente en esta línea pues como señala Pérez Álvarez, las exigencias de la buena fe y los usos del tráfico *ex arts. 7 y 1258 CC* permiten fundamentar el derecho del deudor a pedir recibo y el deber del acreedor de darlo. De este modo el deudor podría de forma justificada desistir de hacer el pago y acudir a la consignación frente a una eventual negativa del acreedor a darle recibo del pago que se pretende llevar a cabo⁹².

Por otra parte, el hecho de que su coste sea a cargo del deudor encaja con la regla general ya vista en el art. 75.4 "*Los gastos del cumplimiento y de la expedición del recibo quedan a cargo del deudor*" y la española de que "*Los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor*" (art. 1168 CC). Quizá hubiera sido más equitativo, como propuso De los Mozos, la adopción de un criterio similar al del art. 47 del Libro VI del Código civil holandés, según el cual los gastos del recibo son a cargo de aquél a cuyo favor se libra⁹³.

⁹¹ Existen ciertas disposiciones legales que imponen el deber de dar recibo. Al respecto, *cf.* art. 10.1.b) LGDCU, así como la DA primera, II, 13, de la misma disposición legal; RD 2402/1985, de 18 de diciembre, por el que se regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales; 17.4 LAU; art. 11 LOCM; art. 817 LEC, entre otras.

⁹² PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, págs. 165 y 166.

⁹³ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 283.

También en sede de prueba del pago —aunque expresamente no se denomine así— el artículo que comentamos dispone, en su segundo párrafo que si el crédito constaba en un documento, puede exigir que éste se le entregue (para evitar que con el mismo pueda surgir un acreedor aparente de un crédito ya extinguido), y si esto no es posible, un documento distinto en el que se haga constar la extinción de dicho crédito documentado: *"El acreedor debe, además, anotar en el documento en que se constituyó la obligación, que ésta ha sido satisfecha, incluso si lo restituye al deudor, cuando éste tenga derecho a exigirlo. Si el acreedor afirma no estar en condiciones de restituirlo, el deudor tiene derecho a exigirle una declaración al respecto, en el acto del pago"*.

Queda sin especificar —quizá porque no sea ésta la sede— el valor probatorio de dicho recibo. La jurisprudencia española partiendo de que el recibo "es generalmente un documento probatorio por medio del cual el acreedor atestigua que el deudor ha cumplido la prestación" (STS 3 febrero 1994), entiende que conlleva una presunción del pago a que se contrae (STS 25 febrero 1963). Dado que normalmente, el recibo constituye un documento privado, probada su autenticidad, tiene *"el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes"* (art. 1225 CC). Ello sin perjuicio de que, al igual que otros documentos privados, su contenido "pueda ser impugnado o desvirtuado por otros documentos, pactos o cláusulas resultantes de los demás medios probatorios" —entre otras, SSTs 28 octubre 1985 y 17 febrero 1987—. Habrá que estar entonces a las legislaciones procesales de los distintos países para ver el valor que ese recibo —cuya emisión es obligatoria para el acreedor— tiene el proceso.

El tercer párrafo de este artículo regula una cuestión distinta, que denomina "liberación de las garantías" y que está relacionada con la extinción de los posibles derechos de garantía, accesorios de la obligación, y sus consecuencias. Se alude concretamente a 1) la restitución de los bienes muebles dados en prenda; 2) la per-

misión de la liberación de otros bienes de las garantías reales establecidas para el cumplimiento de la deuda y 3) en general, la permisión de la liberación de todo otro vínculo que de alguna manera limite su disponibilidad.

Las dos primeras obligaciones se refieren, como digo, a posibles derechos limitados reales de garantía. Precisamente por su carácter accesorio, los derechos reales siguen las vicisitudes de la obligación que garantizan: ahora bien, dado que pueden darse situaciones de desconexión entre la obligación garantizada ya extinguida y el derecho de garantía, que puede seguir vigente de cara a terceros, se impone la realización de actos expresos de extinción del derecho de garantía.

La primera mención, en este sentido, coincide a contrario, con el art. 1871 CC que dispone *"No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso"*.

La segunda nos pone en relación, fundamentalmente, con la cancelación de la hipoteca instada por el propietario del bien hipotecado, como único modo para *extinguir la inscripción, en cuanto a tercero* (cfr. art. 76 Ley Hipotecaria), evitando así la reviviscencia del crédito hipotecario que pudiera darse de surgir un tercero con las condiciones del art. 34 de dicha Ley. En el mismo sentido, el Reglamento hipotecario desarrolla la idea al decir que *"Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o en su defecto en virtud de ejecutoria"*.

Lo que aportaría el texto de Pavía entonces, es la previsión expresa de que el consentimiento por parte del acreedor pasa a ser obligatorio, si la deuda efectivamente se ha pagado.

La última mención, más general, se refiere no tanto a derechos reales, sino a liberación de otro tipo de vínculos que limi-

ten la disponibilidad del bien, cosa bien distinta de las situaciones anteriores de prenda e hipoteca que, por principio, no impiden la disponibilidad del bien hipotecado o pignorado. En concreto, parece estar pensando en posibles prohibiciones de disponer que pesaran sobre el bien, y señaladamente, en la situación que se da cuando media pacto de reserva de dominio. Cuando el deudor ha pagado completamente la deuda, el acreedor debe prestar su cooperación para la remoción de esas prohibiciones o limitaciones.

II. EL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Tras regular cuestiones generales sobre cumplimiento —con una sistemática muy similar a la utilizada por la doctrina española al exponer el tema— la Sección 2ª de este título VII aborda lo que se pretende sean *especialidades* que presenta el mismo en ciertos tipos de obligaciones: las obligaciones pecuniarias, cumulativas, alternativas, solidarias y las indivisibles. Especialidades éstas que tanto en nuestro Código como en las exposiciones didácticas españolas reciben generalmente otro acomodo. La civilística española suele exponer las obligaciones solidarias junto con las mancomunadas en sede de sujetos de la obligación; las indivisibles con pluralidad de sujetos, también. Las cumulativas, alternativas y señaladamente, las pecuniarias como tipos de obligaciones especiales, cuando se trata el objeto de la obligación. Por su parte, el CC dedica un capítulo específico —el III del Título Primero del Libro IV— a todas ellas, titulado precisamente "*De las diversas especies de obligaciones*", y separado del tema del cumplimiento que, como es bien sabido, está ubicado en sede de extinción de las obligaciones, al que se dedica el siguiente capítulo, el IV. El *Codice civile* también regula las clases especiales de obligaciones (pecuniarias, alternativas, solidarias e indivisibles) en un capítulo distinto del dedicado al cumplimiento, el *Capo VII*— "*Di alcune specie di obbligazioni*"). Precisamente por este motivo siste-

mático, entre los académicos se pensó, inicialmente, en dejar de lado de momento cuestiones tan espinosas como la revalorización de las deudas monetarias, que no resultaba clara en ninguno de los textos de base: el *Contract code* se limita a decir que deben ser pagadas en moneda legal (*in legal tender*) (art. 201.1.b), y aunque regula lo relativo a la indemnización por incumplimiento como deuda pecuniaria, pone en evidencia el problema de la revalorización de las deudas pecuniarias. Problema que también se plantea en el art. 1224 del *Codice civile* en sede de incumplimiento. No obstante, pudo más la decisión de abordar de frente este tema y se optó por la división en dos secciones en los términos vistos del título VII⁶⁴.

Ciertamente las *especialidades* más importantes se dan respecto al cumplimiento, aunque no son las únicas. Sin embargo, de entre las posibles opciones que se presentaban, la ubicación sistemática por la que han optado los académicos de Pavía parece la más acertada, puesto que como digo, es en el cumplimiento donde reviste especial importancia la especialidad de la obligación.

En cuanto a las especialidades escogidas, es claro que los redactores del Anteproyecto no pretenden agotar todas ellas, y así lo demuestra la dicción del epígrafe escogido para titular la sección. Se dota de primacía —al menos por el orden de aparición, que algo suele revelar— a las pecuniarias o dinerarias. Y de entre las especiales por razón del objeto, se trata aquí de las alternativas y cumulativas, si bien no hubiera habido ningún inconveniente en haber traído aquí también —a efectos de cumplimiento— las divisibles e indivisibles, las facultativas, las instantáneas, duraderas o periódicas, e incluso, las condicionales o a término. Veamos a continuación el contenido de cada uno de estos tres extensos artículos.

⁶⁴ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 272.

A. LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS

Como antes apuntaba, no deja de ser elocuente el orden de aparición de las *especialidades* en el cumplimiento. Y es que, en el tráfico jurídico actual, la obligación que conlleva para el deudor el deber de entregar una suma de dinero es quizá la más habitual, amén de que el cumplimiento por equivalente se traduce en la mayoría de las ocasiones en una deuda dineraria, por no hablar del concepto mismo de indemnización de daños y perjuicios. Razones no faltan, entonces, para considerar a las dinerarias como la categoría cuantitativamente más importante de obligaciones.

Comienza el art. 86 diciendo que "1. Las deudas pecuniarias se extinguen cuando el deudor pone a disposición del acreedor, por los medios habituales en la práctica, la cantidad que le debe, en la moneda que esté legalmente en curso en el momento y lugar del pago. Las entregas efectuadas mediante domiciliación bancaria o en formas equivalentes, son liberatorias sin que sea necesaria aceptación por parte del acreedor, o a falta de ésta, el ofrecimiento del deudor conforme al art. 105"⁹⁵. No piensa el texto en la imagen —por lo demás, poco frecuente en la actualidad— de entrega en mano de una cantidad en metálico, y habla de extinción de la obligación por cumplimiento mediante la simple "puesta a disposición" del acreedor de la cantidad debida "por los medios habituales en la práctica"⁹⁶. De entre estos medios destaca el pago por medio de las "tarjetas de plástico", de distintos tipos: de crédito, de débito, monedero electrónico, de cargo, de cajero automático y de garantía de cheques.

Una de las primeras cuestiones que se plantea es si en los casos en los que nada se ha pactado, el deudor puede imponer una determinada forma de pago, o si por el contrario, es el acre-

⁹⁵ El artículo está redactado fundamentalmente teniendo en cuenta el art. 1277.1 del *Código civil* y el art. 201.2.b y 201.3 del *Contract Code*.

⁹⁶ Inciso éste introducido por sugerencia de BLAUROCK, sobre la base de la práctica de pago bancario; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 299.

edor quien puede exigir que el pago se realice en metálico, por ejemplo. Como advierte Fajardo Fernández, en España, ni Código civil ni jurisprudencia ofrecen una respuesta directa a la pregunta⁹⁷.

Pues bien, el texto de Pavía alude concretamente a la domiciliación bancaria y sus formas equivalentes, a los efectos de dotarles de efecto liberatorio por la sola voluntad del *solvens*, siempre que, evidentemente, el pago cumpla el resto de los requisitos; en este sentido, no es necesaria ni aceptación del acreedor —que en su caso cumpliría más bien papel de autorización— ni conducta especial del deudor como el ofrecimiento de la prestación al que alude el art. 105. No parece extenderse esta facilidad a los otros supuestos que precisan la aceptación tácita del acreedor —manifestada en la tenencia y puesta en funcionamiento de tarjeteros o cajeros electrónicos— o expresa en algunos casos (aceptación de cheques, por ejemplo). En todo caso, la aceptación de uno de estos medios sustitutivos del dinero en metálico se entiende hecha, me parece evidente, bajo condición implícita de su efectividad: que se haya provisto de fondos a la correspondiente cuenta corriente, etc. En este sentido, la utilización del término *puesta a disposición* nos sugiere la idea de que el deudor se libera mediante la diligente utilización de los medios de que se trate (la ya citada provisión de fondos, entre otros medios), pero sin tener que responder del final del *iter solutionis* en supuestos que escapan de su ámbito de actuación: *v.gr.* la posible manipulación por un tercero de dichos medios, en los que habría que delimitar el juego de responsabilidades.

Por otra parte, en el texto de Pavía no queda clara la repercusión económica para el *solvens* de la utilización de tales medios: es decir, la medida en la que va a tener que asumir el pago de comisiones o intereses. Es el momento de recordar que el art. 75.4 ya visto dice que “*Los gastos del cumplimiento ... que-*

⁹⁷ FAJARDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 515.

dan a cargo del deudor", por lo que se sabe quien debe asumí-
 los⁹⁶; ahora bien, la legislación de Consumo, frecuentemente apli-
 cable a muchos pagos en dinero, la buena fe que impera como
 principio general del Derecho en el ámbito contractual, y sobre
 todo, el propio art. 7 del Anteproyecto, imponen un deber de
 información al deudor de las consecuencias económicas anejas
 a tal modo de proceder.

Por otra parte, que la obligación referente a la entrega de una
 suma de dinero deba cumplirse en *"la moneda que esté legalmente
 en curso en el momento y lugar del pago"*, se contempla igualmente
 en el párrafo primero del art. 1170 CC que dispone que *"El pago
 de las deudas de dinero deberá hacerse en...la moneda de plata u oro
 que tenga curso legal en España"*. El texto europeo aporta una mayor
 claridad al referir el curso legal al momento del pago y no al de
 nacimiento de la obligación: de hecho, se habla de la moneda que
está legalmente en curso en el momento y lugar del pago. El párrafo
 segundo de este art. 86 completa la idea con una previsión evi-
 dente pero no por ello poco útil: *"2. Si una moneda ya no tiene curso
 legal o su empleo ya no está admitido o no es posible en el momento del
 pago, éste debe hacerse en moneda legal, en cuantía equivalente al valor
 de la moneda inicialmente empleada"*⁹⁹. La previsión, de indudable
 actualidad a raíz del cambio al euro en gran parte de los países
 del entorno europeo, parece obligada: el pago, para ser real, ha
 de hacerse en moneda de curso legal pues ciertamente, en el 2005
 podría aceptarse un pago en pesetas, pero sería una dación en
 pago en la que el acreedor acepta algo que no puede calificarse
 como dinero, en el sentido de *moneda corriente*. Cuando se dé esa
 situación habrá de practicarse la correspondiente equivalencia, al
 margen del tema de la fluctuación misma del valor de la moneda,

⁹⁶ Por lo dicho, no creo que sea necesario incluir la mención explícita de que los
 gastos que ello ocasionen serán de cuenta del deudor, que propugna RAMS ALBESA, *op. cit.*,
 pág. 359.

⁹⁹ Las fuentes inspiradoras de la misma son el §245 BGB y el art. 1277.2 del *Code de
 commerce*; por supuesto habrá de tenerse muy presente toda la legislación europea referente a
 la adaptación a la moneda única europea.

que es un problema distinto, del que se ocupa el párrafo 3 de este artículo.

La misma solución se aplicará a todos los casos de "*deuda dineraria especificada*" —o "deuda de especie monetaria", que tiene lugar cuando se pacta que el pago se realice dentro del género —que es el dinero de curso legal—, en una especie monetaria en particular, *v.gr.* en billetes de 50 euros, o en *moneda extranjera*. La solución lógica y coincidente con la del Anteproyecto, ya la daba el propio art. 1170 CC: "*El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda —de plata u oro— que tenga curso legal en España*". Así por ejemplo, cuando se pacta el pago en moneda extranjera, "la dificultad o imposibilidad de adquisición o posesión de la moneda pactada, como consecuencia de la falta de autorización inherente al régimen de control de cambios" —STS 26 noviembre 1987— no excusa del cumplimiento. De manera que de no ser posible el pago en dicha moneda extranjera, ha de realizarse la correspondiente conversión a moneda de curso legal (euros). La jurisprudencia en la materia —plenamente aplicable, entiendo, tanto al sistema euro, como al supuesto de adopción del texto de Pavía— considera que, por aplicación de los arts. 1157 y 1166 CC, la cotización a tener en cuenta será la que alcance la moneda extranjera de que se trata en *el día en que el pago se haga efectivo* (entre otras, SSTs 26 diciembre 1985 y 20 febrero 1986)¹⁰⁰.

¹⁰⁰ De todo ello informa PÉREZ ÁLVAREZ en *op. cit.*, págs. 86 y ss. Sobre este particular, al regular la ejecución de una obligación dineraria que hubiera de pagarse en moneda extranjera y a los efectos de calcular los bienes que han de ser embargados, el art. 577.2 LEC dispone que "*la cantidad de moneda extranjera se computará según el cambio oficial al día del despacho de la ejecución*". Sin embargo, existen preceptos que para el caso que contemplan recogen un criterio dispar. Así por ejemplo, con relación al pago de las letras de cambio libradas en moneda extranjera, cuando no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, el art. 47 de la Ley Cambiaria y del Cheque dispone que el deudor "entregará el valor en pesetas de la suma expresada en la letra de cambio, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día del vencimiento". No obstante, para los casos de demora el propio precepto faculta al tenedor para exigir que el importe de la letra le sea pagado por "el valor en pesetas que resulte del cambio vendedor de la fecha de vencimiento o del día de la fecha de pago, a su elección".

Como ya he adelantado, el art. 86.3 toma partido en el importantísimo tema de la depreciación de la moneda y de modo más general en el pago de intereses compensatorios por la utilización del dinero en aquellas deudas pecuniarias en las que el pago no es instantáneo: "3. Si una deuda pecuniaria debe ser pagada en un periodo posterior al de su nacimiento, el deudor, salvo pacto en contrario o diferente, está obligado a pagar al acreedor los intereses compensatorios sobre dicha cantidad, en la medida convenida por escrito por las partes, o a falta de acuerdo, en la medida prevista en el art. 169.3. Además, cuando la depreciación de la moneda en el momento de vencimiento de la deuda, entrañe una pérdida de valor superior al cincuenta por ciento en relación al momento de nacimiento de la obligación, el deudor está obligado, salvo pacto en contrario o diferente, a pagar al acreedor que no esté en mora, una suma complementaria, en relación a la que corresponda al valor nominal. Esta revalorización será calculada según lo previsto en el art. 169.4".

A lo largo del artículo 86 se alude también tanto a lo que en nuestro sistema conocemos como intereses *compensatorios* o *retributivos*, que actúan como remuneración, a la manera de precio del dinero por la utilización de éste (SSTS 22 octubre 1984 y 13 abril 1992), como a los intereses *moratorios* que cumplen "una función indemnizatoria de los daños y perjuicios que pueden ser imputables a la demora en el cumplimiento de una prestación obligacional, consistente en una cantidad de dinero" (STC 22 junio 1993)¹⁰¹.

El protagonismo en el artículo lo adquieren los primeros, pues la regulación de los segundos es más bien puntual (casi tangencial) y necesita ponerse en relación con los arts 96 (sobre la mora del deudor y sus presupuestos), 162 (sobre responsabilidad contractual) y sobre todo, con el art. 169 (reparación de las obliga-

¹⁰¹ En todo caso, unos y otros concurren en ocasiones en un mismo supuesto. Así sucede, por ejemplo, en el contrato de préstamo. En tales supuestos se suelen convenir intereses como remuneración por el préstamo del capital. Pero además el retraso del prestatario en la devolución del dinero recibido puede dar lugar a la prestación de intereses moratorios (art. 1108 CC).

ciones pecuniarias). En realidad, la alusión a la situación de mora tanto *debitoris* como *creditoris* se enmarca dentro de las consecuencias de la depreciación de la moneda.

1. Los intereses retributivos o compensatorios

Los intereses *compensatorios* en nuestro sistema precisan de acuerdo previo, y por ello se entiende que tienen carácter convencional¹⁰²: baste recordar el carácter naturalmente gratuito de nuestro préstamo, que proclama el art. 1755 CC, y que ha provocado una auténtica huida hacia el ámbito de lo mercantil. Bien es verdad que la jurisprudencia, tratando de adaptar a la realidad los postulados de nuestro centenario cuerpo legal, considera como *acuerdo expreso* los actos concluyentes de pago de intereses durante varios años efectuados por el deudor y aceptados por el acreedor (cfr. STS 26 enero 1981).

La adopción del texto de Pavía en nuestro sistema produciría un cambio sustancial, puesto que la regla es la contraria: *salvo pacto en contrario o diferente*¹⁰³ han de pagarse los intereses compensatorios de la suma debida. La cuantía de dichos intereses será la que se haya pactado o en su defecto —es decir, si se ha estipulado el pago de intereses, pero no su cuantía— en la medida prevista por el art. 169.3, que es la de los *tipos oficiales publicados periódicamente por el Banco Central europeo, que ha de referirse a los intereses debidos a los particulares y a los empresarios respectivamente al rendimiento medio y al coste medio del dinero*. Previsión análoga a la práctica que al respecto hay en España, que remite al interés legal del dinero determinado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁰² A diferencia de los intereses que obedecen al retraso en el cumplimiento de la obligaciones —moratorios—, que tienen carácter legal en cuanto por mandato legal se adeudan desde que el obligado incurre en mora (cfr. art. 1108 CC).

¹⁰³ Expresión que aparece varias veces a lo largo del texto del Anteproyecto, con la que se trata de cubrir todas las posibilidades: tanto el pacto claramente contrario, como aquél, que sin serlo, diverge de lo inicialmente estipulado.

En todo caso, el convenio entre las partes en orden a la cuantía de los intereses está sometido, con alcance general, a los límites resultantes de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, todavía vigente en nuestro país, cuyo art. 1º tacha de nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso; también el aceptado en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Es de resaltar que el Anteproyecto emplea expresamente esta añeja a la par que gráfica expresión de *usuraria* en el propio artículo 86, lo que a todas luces permitiría —cuando no, necesitaría— la conservación de la Ley de 1908 referida. Como advierte el prof. Pérez Álvarez respecto a dicha ley, su aplicación es compatible (y añadido, lo seguiría siendo de adoptarse el texto de Pavía) con lo dispuesto en el art. 10 bis 2 de la LGDCU, a cuya virtud podría, en su caso, considerarse abusiva una determinada cláusula de intereses. Además, existen supuestos en que una disposición legal fija un límite máximo en orden al tipo de interés que no puede ser sobrepasado. Así, en relación con los créditos sometidos a Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, y para los casos en que los créditos se concedan en forma de descubiertos en cuentas corrientes, el art. 19.4 de la citada disposición legal establece que en ningún caso podrá aplicarse a tales créditos *“un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero”*.

Por lo demás, el número 4 del art. 86 recoge otra norma que parece referida a los intereses retributivos, pues habla de “pago voluntario de intereses”; ahora bien, puede entenderse también que la voluntariedad de la que se habla lo es del pago de ese *plus* no estipulado por las partes, o que supera la cuantía impuesta en concepto de interés moratorio.

Sea como fuere, la norma dispone que si voluntariamente se ha pagado intereses "en una cuantía superior a la indicada en el párrafo anterior —la convenida o el interés legal del Banco central europeo— con tal de que no sea usuraria, no da derecho a la repetición del exceso". En este caso, nuestro Código sí que prevé una solución similar. Recordemos que el préstamo es gratuito, a menos que se hayan pactado intereses expresamente (art. 1755 CC), lo que suele ser lo más habitual. Ahora bien, si el prestatario ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1756 CC), lo que puede ser considerado una suerte de obligación natural¹⁰⁴; a esta categoría se ha reconducido tradicionalmente la consecuencia de retención de lo voluntariamente pagado.

El Código civil español recoge algunas normas sobre intereses que no aparecen en el de Pavía y respecto de las cuales ha de apreciarse su eventual compatibilidad.

a) La primera de ellas es que, salvo que medie acuerdo en contrario entre el acreedor y el deudor, se deberán pagar los intereses antes que el principal; en este sentido, el ya citado art. 1173 CC dispone que "Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses". En dirección completamente discrepante respecto a esta previsión española, el académico Blaurock advirtió en el debate que en la sociedad actual se da el *Schuldturnproblematik*, es decir, la situación de los consumidores que durante toda su vida pagan intereses de forma que nunca llegan a poder cubrir el capital. Por eso, propone, a sabiendas de la fuerte oposición que esto despertará en los bancos, que los pagos realizados por los consumidores puedan ser aplicados en primer lugar al capital¹⁰⁵. Comprendiendo el problema, pienso que el principio *favor creditoris* que late en el artículo del Código español es compatible con las pre-

¹⁰⁴ No en vano, refiriéndose a la razón de ser de este precepto, GANDOUR habla de la *humanité du débiteur*; *op. cit.*, pág. 300.

¹⁰⁵ GANDOUR, *op. cit.*, pág. 283.

visiones del Anteproyecto, que posibilita al acreedor —como advertí páginas atrás— el rechazo de una imputación que perjudique sus intereses.

b) Según el art. 1110 CC, "(E)l recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos. El recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciere reservas, extinguirá la obligación en cuanto a los plazos anteriores". Para que esta norma, claramente inspirada en el *favor debitoris*, tenga sus correspondientes efectos extintivos de la obligación de intereses, el Tribunal Supremo exige que el pago cumpla el requisito de la integridad; esto es, que la cantidad entregada por el deudor y recibida por el acreedor se corresponda con la totalidad del capital adeudado (SSTS 11 febrero 1989 y 3 febrero 1994). Asimismo, nuestra jurisprudencia considera que el art. 1110 CC afecta a cualquier clase de intereses, pues, al no hacer distinciones, el precepto comprende todos los intereses que "pueden estar integrados al tiempo del finiquito de la obligación principal, sin distinción por la causa o causas de su origen" (STS 23 noviembre 1999).

La presunción (los autores dudan si es *iuris et de iure* o *iuris tantum*¹⁰⁶) de extinción de la deuda de intereses o de plazos anteriores, contenida en este artículo, es coherente con la regla anteriormente citada del 1173, al imputar la cantidad pagada a los intereses con preferencia al capital. En correspondencia, si el recibo acredita el pago del capital, parece lógico presumir el pago o condonación de los intereses de forma previa o coetánea.

Lo que sucede es que, a diferencia del artículo anterior, el principio que inspira este artículo 1110 es el de *favor debitoris*, y en este sentido, el espíritu que lo anima coincide más con el de los artículos del préstamo civil citados, que sólo prevén la existencia de intereses cuando expresamente se haya pactado. Si el texto del

¹⁰⁶ Para la discusión, cfr. GARCÍA AMIGÓ, "Artículo 1110" *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, cit., tomo II, pág. 66.

Anteproyecto va por otro camino, previendo que *salvo pacto en contrario o diferente* ha de pagarse un interés legal, y no sólo eso, sino que el pago voluntario de intereses en una cuantía superior no da derecho a repetición, no crea una presunción de estas características, que como digo, denota un disfavor hacia el pago de intereses ajeno, me parece, a los postulados del texto europeo.

c) En tercer y último lugar, el art. 1109 CC dispone que "(Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto". Se recoge aquí un caso de "anatocismo legal" previsto para los casos de mora del deudor, y que juega a falta de pacto entre las partes y para el que se precisa reclamación judicial de los intereses vencidos y no pagados, sin que por tanto sea suficiente a tales efectos un requerimiento extrajudicial. El inciso "aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto" ha dado pie a que el Tribunal Supremo, admita el "anatocismo convencional" (cfr. STS 8 noviembre 1994) o pacto de las partes respecto a la producción de intereses de los intereses, en supuestos que quedan fuera del art. 1109 CC. Por las razones que acabo de exponer al comentar el art. 1110 entiendo que esta previsión sí que sería compatible con la adopción del texto de Pavía.

2. La revalorización de la deuda

En el *Rapport* elaborado por Gandolfi se incluye una interesante exposición del origen histórico y afirmación del principio "nominalista", que rige en principales sistemas jurídicos europeos. También se ofrece una completa visión de las diferentes medidas correctoras del nominalismo aplicadas en las áreas alemana, inglesa, francesa, griega, española y señaladamente, en la italiana¹⁰⁷.

¹⁰⁷ GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 286 a 297. En síntesis se parte de que el principio nominalista tiene principalmente un origen y fundamento ideológico, en relación con una idea nacionalista del Derecho que se pone a la concepción transnacional de la sociedad y el mer-

Extensa exposición, necesaria para explicar una toma de posición del grupo de Pavía, que como antes decía, no ha querido eludir temas de calado social y jurídico como éste.

La citada depreciación de la moneda ha de apreciarse en el lapso temporal que media entre el nacimiento de la obligación y el vencimiento de la deuda, y ha de suponer una pérdida de valor superior al cincuenta por ciento. En este caso, el deudor está obligado, salvo pacto en contrario o diferente, a pagar al acreedor que no esté en mora, una suma complementaria, en relación a la que corresponda al valor nominal.

La regla general parece responder, como en España, al principio nominalista si bien, la concurrencia de una más que importante depreciación de moneda —vamos a ver que es la superior al cincuenta por ciento— provoca *ex lege* la aplicación de la correspondiente cláusula de revalorización o estabilización. Ha de resaltarse ya el carácter *subsidiario*, pero *legal y general* del mismo, lo que marca una diferencia con el Derecho español.

En efecto, el sistema español responde también, como decíamos, al principio nominalista¹⁰⁸, que se complementa con las llamadas *cláusulas de estabilización* pero que son, por regla general, de inclusión voluntaria¹⁰⁹. Ciertamente existen ejemplos de cláusulas de estabilización aplicables *ex lege* en diversos ámbitos del

cado hacia la que camina la Unión europea. Este principio, además, puede entrañar una violación del principio fundamental "*suum cuique tribuere*" y provocar un enriquecimiento injusto, intolerable en la sociedad actual.

¹⁰⁸ Principio que se entiende inspira diversos preceptos como el art. 312 del Código de Comercio y, dentro del Código civil, el art. 1170 en relación con el art. 1753 y el 1754 que deben interpretarse en su conjunto (STS 27 noviembre 1986).

¹⁰⁹ Entendidas "como remedio a la injusticia a que puede dar lugar el sistema nominalista en los contratos de tracto sucesivo, cuando las fluctuaciones del valor de la moneda son grandes por causa de su depreciación"; cláusulas que implican "respeto a la autonomía de la voluntad contractual, puesto que con tal cláusula no prohibida expresamente en el Derecho español, no se estipula, en principio, nada ilícito ni inmoral, y su estimación como contraria al orden público requiere la promulgación de una ley que así lo establezca" (entre otras, STS 22 noviembre 1967).

Derecho positivo: en el propio Código civil, en materia de Derecho de familia (arts. 93, 97 o 103); en materia de préstamo hipotecario (art. 219 Rh); de arrendamientos rústicos (arts. 13 LAR 2003) y urbanos (art. 18 LAU). Pero precisamente por aplicación del principio nominalista, el juego de las cláusulas de estabilización precisa de pacto entre las partes. A falta de pacto, la modificación o revisión de la cantidad a pagar sólo podría darse mediante precepto legal expreso¹⁰⁰. El Tribunal Supremo declara que "el principio nominalista que acoge nuestro Código civil y el carácter de deudas de dinero y no de valor que tienen las prestaciones dinerarias que se reclaman impide la revalorización judicial de las mismas mediante la aplicación de remedios de estabilización como es el índice de Precios al Consumo, que sólo pueden ser hechos valer cuando tales cláusulas estabilizadoras hayan sido pactadas por las partes o vengán establecidas por un precepto legal" (STS 25 mayo 1992).

Pues bien, la adopción del Anteproyecto significaría una previsión legal de carácter general para todas las deudas dinerarias, eso sí, siempre que se diera la inquietante situación contemplada por el tenor de la norma europea: la depreciación de más del cincuenta por ciento. Por debajo de ese elevado margen, es la autonomía de la voluntad la que en su caso, debe incluir estas cláusulas. Y la autonomía de la voluntad puede también hacer que incluso en los supuestos de devaluación superior, sean otras las consecuencias (*v.gr.* mantenimiento del valor nominal), puesto que es, como antes decía un remedio subsidiario, a falta de previsión de las partes en distinto sentido.

En lo que respecta al concreto contenido de esta previsión, se advierte cierta desproporción entre lo extremo del supuesto de hecho y la, llamémosle moderada, respuesta. El nivel de depreciación fijado por el grupo de Pavía es el de *cincuenta por ciento*

¹⁰⁰ Concurriendo determinadas circunstancias es la propia ley —*v.gr.* el propio art. 90 CC— la que prevé la posibilidad de modificar la cantidad a pagar.

en relación al momento de nacimiento de la obligación. Se trata de un porcentaje de añejo origen: la *laesio ultra dimidium*, que permitía que el comprador solicitara la *reductio ad aequitatem*. Un principio general similar se acogió en el §934 del Código austriaco y en la doctrina alemana¹¹¹.

Aun estando clara la ensalzable teleología del precepto, es inevitable pensar que semejante depreciación, propia de una situación de alarmante crisis económica, debería, o al menos podría, provocar más bien, como dice el Rams Albesa, la rescisión del contrato o un remedio proporcionado a tamaña situación económica. Una devaluación de la moneda superior al cincuenta por ciento sería motivo más que suficiente, a mi entender, para fundamentar una revisión judicial del contrato al amparo de la cláusula "*rebus sic stantibus*", que para nuestra jurisprudencia supone una "alteración extraordinaria" de las circunstancias concurrentes al tiempo de celebración del contrato, determinante de "una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes" (cfr. STS 10 diciembre 1990 y STS 6 noviembre 1992, entre otras). Todo ello se cumpliría en este caso. El problema vendrá por la dificultad, cuando no imposibilidad, de justificar cumplidamente que tal depreciación esté motivada por hechos "imprevisibles e imprevistos", requisito que nuestros Tribunales exigen también para la aplicación de esta cláusula; dado que la misma no deja de ser de carácter excepcional, como repetidamente ha reiterado la jurisprudencia (STS 10 febrero 1997), son bastantes las posibilidades de que finalmente no se procediera a esta revisión judicial.

La solución idónea pasa entonces por prever los remedios *ex ante*, incluyendo en todos los contratos dichas cláusulas de revalorización: no hay que olvidar además que la previsión de Pavía es subsidiaria, y siempre parece más sensato, de cara a llenar las lagunas de la regulación contractual, optar por la solución menos dura.

¹¹¹ GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 290 y 300.

El repetido cincuenta por ciento no se exige si el deudor se halla en mora; éste *salvo pacto en contrario o diferente*, responde en todos los casos del perjuicio causado al acreedor a consecuencia de la depreciación de la moneda que se haya producido: "5. *Salvo pacto en contrario o diferente, el deudor de una obligación pecuniaria, que esté en mora, responde en todos los casos del perjuicio causado al acreedor a consecuencia de la depreciación de la moneda que se haya producido, incluso si aquélla es inferior al límite mencionado en el apartado 3 del presente artículo, y según lo previsto en el art. 169.4*"¹¹².

La agravación de responsabilidad del deudor moroso es una constante en nuestro sistema. Un ejemplo bien significativo es el de la subsistencia de la obligación cuando la prestación hubiera devenido imposible después de que el deudor se hubiere constituido en mora (art. 1182 CC, interpretado *a contrario*); y, ello, aunque tal imposibilidad sobrevenida no se debiera a culpa del deudor sino que se hubiere producido por caso fortuito (así, expresamente, art. 1096.3 CC). La adopción del texto de Pavía no haría sino reforzar esta línea, aunque, también aquí, la voluntad de las partes puede adoptar otro tipo de medidas, y agravar o disminuir —o incluso exonerar— la responsabilidad del deudor moroso¹¹³.

Análoga reflexión ha de hacerse para la situación de *mora creditoris*: el Código europeo anuda a esta situación la pérdida para el acreedor de tal suma complementaria: sólo percibiría el nominal de la deuda. Ello corresponde a las previsiones de agravación de responsabilidad previstas en nuestro Derecho: así, si el

¹¹² Como aclara su redactor, ese "en todos los casos" sirve para incluir los supuestos de depreciación inferior al cincuenta por ciento y para liberar al acreedor de la carga de la prueba del perjuicio sufrido por la depreciación monetaria; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 300 y 301. Por lo demás, como puede verse, lo que aporta este art. 86 respecto a la situación del deudor moroso no es una modalización de cuándo ni cómo se pagan los intereses moratorios, sino este punto concreto en relación con la depreciación de la moneda.

¹¹³ Se trata en este punto, como dice GANDOLFI, de dar total libertad a la autonomía privada; *op. cit.*, pág. 301.

acreedor se negare "sin razón" (cfr. art. 1185) a recibir el pago (*mora del acreedor*), pasan a él los riesgos de la imposibilidad de la prestación (cfr. arts. 1185, 1452, 1589 y 1590 CC).

La revalorización en todos los casos —y la determinación del montante del perjuicio en el caso del art. 86.5— se calcula según lo previsto en el art. 169.4 para la reparación en las obligaciones pecuniarias *in genere* en el marco, adviértase, del incumplimiento del contrato¹¹⁴. Este artículo dispone que salvo acuerdo en otro sentido, el cálculo de la actualización debe efectuarse sobre la base de la *tabla más reciente del "índice de precios al consumo armonizado", publicada periódicamente por Eurostat*¹¹⁵. Frente a un posible recurso a parámetros estables, se opta por el recurso a un índice variable que en principio permite ponderar el valor adquisitivo de la moneda, en la misma línea que algunos de los ejemplos antes expuestos (art. 18 LAU; art. 13 LAR 2003).

B. LAS OBLIGACIONES CUMULATIVAS Y ALTERNATIVAS

El art. 87 se ocupa de la categoría de las obligaciones complejas que se caracterizan por tener por objeto una pluralidad de prestaciones, frente a las obligaciones simples que tienen por objeto una sola prestación. Dentro de ellas, se distingue entre *obligaciones cumulativas*, en las que son exigibles todas las prestaciones previstas y *obligaciones alternativas*, que son obligaciones disyuntivas en su contenido, y en las que el deudor resulta liberado mediante el cumplimiento de una sola de las prestaciones previstas. Con términos didácticos el Anteproyecto habla de las obligaciones cumulativas en el primer párrafo del art. 87: "1. Cuando derive del contrato la obligación de realizar dos o más prestaciones, si otra cosa no resulta de la voluntad de las partes, las circunstancias o los usos, el deudor está obligado a realizar todas las presta-

¹¹⁴ Solución ésta que, según GANDOUR, es sustancialmente conforme con las tendencias jurisprudenciales actuales en las áreas alemana, inglesa e italiana; *op. et loc. cit.*

¹¹⁵ Que puede consultarse en <http://www.bde.es/infoest/e0502.pdf>.

ciones¹¹⁶. Y de las alternativas en el segundo: "2. Cuando derive del contrato una obligación con prestaciones alternativas, el deudor está obligado a ejecutar una de las dos, o una de entre ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de la otra o las otras". No se alude sin embargo en este artículo a las obligaciones con facultad de sustitución¹¹⁷.

En la obligación alternativa debe, por tanto, cumplir el deudor una sola de ellas de modo íntegro (*plura res in obligatione, una autem in solutione*). A este respecto, el art. 1131.2 CC dispone que "el acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una (prestación) y parte de otra", lo que tiene su reflejo exacto en el Código europeo¹¹⁸.

No sólo en esto coinciden los textos europeo y español. Especialmente importante por sus repercusiones en la práctica, ambos Códigos (el español, en el art. 1132 CC) coinciden en la atribución al deudor de la facultad de elección a falta de pacto en contrario: "3. Salvo pacto en contrario de las partes, la opción pertenece al deudor y surte efecto al hacer la declaración de opción o al comenzar la ejecución de una de las prestaciones". Solución también adoptada, entre otros, por el *Codice civile* (art. 1286.1), el BGB (§262) y el Código suizo de las obligaciones (art. 72)¹¹⁹.

Esto no ha dejado indiferente a la doctrina que entiende, se ha dejado pasar una oportunidad de adaptar la normativa a la

¹¹⁶ Como reconoce GANDOLFI esta disposición podría parecer de entrada superflua, pero responde a la necesidad de certidumbre en los contratos, y anima a las partes a expresar los contratos evitando términos ambiguos o dudosos; *op. et loc. cit.*

¹¹⁷ Proponían su inclusión tanto STRANARD como ANTUNES VARELA; GANDOLFI, *op. cit.*, págs. 297 y 298.

¹¹⁸ Que lo reconoce como fuente inspiradora, junto con los arts. 1281 del *Codice civile*, los arts. 1189 a 1191 del *Code français* y el § 266 BGB; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 301.

¹¹⁹ No así por el *Contract Code*, que, a falta de pacto en distinto sentido, atribuye al acreedor la facultad de elección si de lo que se trata es de optar entre uno de dos o más periodos de tiempo para el cumplimiento; mientras que si se trata de optar entre formas de cumplimiento, la determinación de a quién corresponde la elección es materia de decisión judicial ("*e matter of construction*") (art. 202).

realidad. El prof. Rams Albesa, partiendo del origen y evolución histórica de la figura, y sobre la base de las actuales necesidades del tráfico jurídico-económico sugiere que se mantenga el *favor debitoris* —a cuya virtud la facultad de elección se atribuye al deudor— para los negocios gratuitos o remuneratorios o derivados de las obligaciones naturales¹²⁰. Sin embargo, para los negocios onerosos —que por otra parte son los más comunes— propugna la solución contraria: que la elección corresponda al acreedor, siempre que no resulte grave y desproporcionadamente onerosa en función y con respecto de la contraprestación ya satisfecha. Eso sería más conforme con el principio de consecución en el cumplimiento de la mayor equivalencia entre las prestaciones contempladas en la voluntad contractual¹²¹. Carbonnier aclara que la atribución al deudor de la facultad de elección, a falta de pacto contrario expreso —que responde al sistema previsto en los arts. 1162 y 1190 del *Code français*— es sólo para las verdaderas obligaciones alternativas y no, *v.gr.*, para las simples modalidades de pago. Pone el ejemplo de un préstamo internacional estipulado en varias monedas puede ser interpretado como una modalidad de pago en interés de los acreedores, quienes podrán reclamar el pago en la moneda que consideren más favorable¹²².

Nueva coincidencia en orden a los requisitos del ejercicio de dicha facultad, pues en el Derecho español, de lo dispuesto en los arts. 1133 y 1136.1 CC, resulta que para que surta efecto la elección habrá de ser puesta en conocimiento de la contraparte. La elección se configura tradicionalmente en España como una declaración de voluntad por la que se da a conocer la prestación escogida, de carácter recepticio y no sometida a ningún requisito for-

¹²⁰ No en vano el origen de esta categoría contractual se une al *legato per damnationem*, en el que el *favor debitoris* tiene su razón de ser; RAMS ALBESA, *op. cit.*, págs. 361 y ss.

¹²¹ Los ejemplos del romanista D'ORS traídos por el autor son suficientemente elocuentes; *ibidem*.

¹²² GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 298.

mal específico; de la misma forma, el texto de Pavía prevé que se haga de forma expresa (declaración) o tácita (comenzar la ejecución de una de las prestaciones, en el caso de que la facultad corresponda al deudor).

Nuestro Tribunal Supremo ha venido exigiendo que sea notificada "fehacientemente" (STS 2 marzo 1956) y la ha configurado como invariable e irrevocable (STS 16 junio 1916); mucho más abierta, insisto, parece la configuración de que dota a estas obligaciones el texto europeo, que no parece exigir estas notas. Ahora bien, por irrenunciables exigencias de seguridad jurídica, presupone la existencia de un plazo para el ejercicio de esta facultad; plazo cuyo incumplimiento tiene importantes consecuencias, cuya implantación supondría cierta novedad en nuestro Derecho: "4. Si la parte a la que corresponde la opción, no la ejerce en el plazo previsto, la opción pasa a la otra parte, salvo si esta última se propone resolver el contrato y exigir la reparación del daño". El precepto ha sido redactado sobre la idea de que el ejercicio puntual del derecho de elección constituye una obligación contractual; se han tenido a la vista diversos preceptos como el § 264 BGB, el art. 1287 del *Codice civile* y el art. 19.1 del Libro VI del Código holandés¹²³.

De dichas consecuencias, una es más leve: el traspaso de la citada facultad a la contraparte; y otra más grave: la posibilidad de resolver el contrato, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, lo que implica concebir el no ejercicio en plazo de la facultad de elección como una suerte de incumplimiento contractual. Entiendo que ésta es la interpretación que debe darse al inciso *salvo si esta última se propone resolver el contrato*. No me parece que esté pensando sólo en otras causas de resolución, cuya concurrencia, por supuesto, también haría inútil el traspaso de la facultad de elección a quien, lo que desea, es resolver el contrato.

¹²³ Aclara GANDOLFI además, que tal solución no se hace depender necesariamente de una medida judicial; GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 301.

Se trata, insisto de que la imposibilidad de ejecutar la prestación por la inacción de quien debe determinarla, en el plazo que se considere razonable, justifica —teniendo a la vista el espíritu que anima el art. 1124 CC— la resolución del contrato por parte de quien estaba dispuesto a cumplir.

Queda por analizar, por último, el régimen de imposibilidad sobrevenida en relación a las obligaciones alternativas. De modo formalmente más simplificado que la regulación española, el texto europeo, distingue entre que la imposibilidad derive de culpa de una de las partes o no: "5. Si una de las prestaciones alternativas se hace imposible por causa no imputable a ninguna de las partes, la obligación se considera pura y simple. Si la imposibilidad deriva de causa imputable a una de las partes, la otra puede estimar que la primera no ha cumplido su obligación".

Si efectivamente no es imputable a ninguna de las partes, se convierte en *pura y simple*. La elección del segundo de los adjetivos es clara, aunque no así la del primero, pues tradicionalmente en España se contraponen a obligación condicional, categoría ajena a los problemas que se sustentan aquí¹²⁴. Es importante advertir que se parte de la imposibilidad de simplemente *una* de las prestaciones; no se distingue expresamente entre los casos en que efectivamente, sólo una de las prestaciones previstas subsista y el caso de que sean varias, las que subsistan, por haberse previsto inicialmente más de dos. El texto europeo parece estar pensando en que sólo hay dos prestaciones *in obligatione*, con lo que esta solución no se aplicaría, me parece, cuando subsisten varias prestaciones que hacen que la obligación conserve su carácter alternativo¹²⁵. En este sentido, me parece más clara y completa la regulación patria.

¹²⁴ De hecho, el art. 1288 del *Código civil* en el que se inspira este artículo sólo habla de que "se considera *simpliciter*".

¹²⁵ En efecto, mediando determinadas circunstancias, la imposibilidad sobrevenida que afecta a todas las prestaciones previstas menos una ocasiona la concentración de la obli-

Así, en este caso de imposibilidad no imputable, en el Derecho español se distingue entre elección atribuida al deudor y al acreedor, llegando a una solución entiendo que idéntica a la pavense, aunque un poco más matizada.

Si la elección corresponde al deudor, puede elegir cualquiera de las restantes entre las que fueran realizables (arts. 1134 y 1135 CC)¹²⁶. El acreedor no tiene derecho a exigir una prestación en particular, pues se entiende que satisfecho su interés mediante el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones previstas. En el mismo sentido, si la elección que corresponde al acreedor y fuera imposible cumplir alguna de las prestaciones por causa no imputable —caso fortuito— el acreedor podrá elegir cualquiera de las restantes (art. 1136, 1º, CC).

Evidentemente, si son todas las prestaciones previstas las que devienen irrealizables, sin culpa de las partes, la obligación se extinguirá, lo que en realidad no sería sino una aplicación del régimen de imposibilidad sobrevenida de la prestación, pensado por nuestro Código para un solo objeto.

El art. 87 concluye disponiendo que *“Si la imposibilidad deriva de causa imputable a una de las partes, la otra puede estimar que la primera no ha cumplido su obligación”*. Prevé el Anteproyecto un efecto que también podemos calificar de fuerte: la consideración de incumplimiento contractual, con todo lo que ello conlleva. Entendiendo el concepto incumplimiento como explica Gandolfi como *“violación de todo deber que incumbe a cada una de las partes”*,

gación en la prestación que fuera realizable. Pero de lo dispuesto en el Código civil se colige que existen casos en que la imposibilidad sobrevenida no produce el efecto de convertir la obligación alternativa en simple. Ello ocurrirá cuando la imposibilidad sólo afectara a alguna de las prestaciones; cuando, correspondiendo al acreedor la elección, la imposibilidad sobrevenida obedeciera a culpa del deudor y afectara a todas las prestaciones menos una; y, también, cuando la imposibilidad afectara a todas las prestaciones previstas (cfr. arts. 1134, 1135 y 1136 CC).

¹²⁶ La misma solución se da sea cual fuere la causa de la imposibilidad de alguna de las prestaciones, o sea: no imputable o imputable a cualquiera de las partes.

abstracción hecha de la gravedad de la violación en lo que concierne a sus consecuencias¹²⁷.

Pues bien, es en este caso de imposibilidad derivada de causa imputable a una de las partes donde el Derecho español aporta matizaciones que pienso, no deberían perderse de adoptarse el texto del Anteproyecto; y no deben perderse puesto que son plenamente compatibles con el tenor del texto de Pavía que lo que aporta es una posibilidad de resolver la obligación, pero ni mucho menos, me parece, impone esa solución. Recordemos cuáles son esas otras soluciones previstas en nuestro Derecho.

Así, si la imposibilidad afectara a *todas* las prestaciones previstas y obedeciera a culpa del deudor, correspondiéndole la elección a éste, el acreedor tiene derecho al valor de la última de las prestaciones que se hubiera hecho irrealizable (art. 1135 CC). Si en este mismo caso, la elección corresponde al acreedor, éste (el acreedor) podrá reclamar el valor de cualquiera de ellas (art. 1136, 3ª, en relación con el art. 1136, 2ª, CC).

Si la imposibilidad de cumplir recayera *sólo sobre alguna* de las prestaciones y ello obedeciera a culpa del deudor, correspondiéndole la elección a éste, recordemos que puede (el deudor) elegir cualquiera de las restantes entre las que fueran realizables, pues a estos efectos es indiferente la causa de la imposibilidad. Sin embargo, en este mismo caso, si corresponde la elección al acreedor, el acreedor podrá, bien exigir su valor, o bien hacer recaer la elección sobre la prestación que fuera realizable (art. 1136, 2ª CC). A diferencia de lo anterior, si corresponde al acreedor, éste podría haber optado por cualquiera de las prestaciones, también, por tanto, por las que por culpa del deudor han devenido imposibles.

Como digo, sería una lástima desaprovechar este arco de posibilidades ofrecidas tradicionalmente por nuestro Derecho que con-

¹²⁷ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 301.

cilian los intereses en juego. No veo incompatibilidad con el hecho de que en estos casos la parte no culpable, aun pudiendo ver satisfecho su interés por alguno de los medios que acabamos de exponer, opte por la resolución.

C. LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS E INDIVISIBLES

Comienza el art. 88 con una clara opción por la solidaridad pasiva: "I. *Salvo pacto o disposición legal en contrario, y a reserva de que la ley no disponga de otro modo, cuando el contrato obligue a dos o más deudores a cumplir la misma prestación, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores, a su elección, y el cumplimiento efectuado por un codeudor extingue la obligación*".

No hace falta decir que la asunción de esta norma en nuestro país supondría una clara novedad, al menos si nos ceñimos estrictamente al análisis comparativo de Derecho positivo. En efecto, el art. 1137 de nuestro Código, completado con el 1138 e inspirado en el principio del *favor debitoris*, determina cuando tiene carácter parciario o solidario una obligación en la que concurren varios deudores o acreedores: los casos de obligaciones en que concurren una pluralidad de sujetos, siendo divisible la prestación, opta por imponer la parciariedad como regla general y considerar a la solidaridad como excepción, para los casos en que *de la obligación* resulte *expresamente* la solidaridad. Es decir, cabe hablar de una "*solidaridad negocial*" cuando a así se pacta expresamente.

Por supuesto, caben los casos de "*solidaridad legal*". El propio Código civil, entre otros casos, opta en el art. 1731 por la solidaridad de los mandantes frente al mandatario que hubieran nombrado para un negocio común. La opción en favor de la solidaridad, es asimismo el camino seguido por muchas leyes especiales, que consideran a determinados acreedores (generalmente quienes sufren determinados perjuicios en un negocio) como especialmente

merecedores de su tutela; tutela que traducen en la imposición de la solidaridad pasiva: así, *v.gr.* cuando no puede individualizarse la causa de los daños materiales o no pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, se configura como solidaria la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación (art. 17 Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación); parecidas disposiciones se dan en el art. 7 Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, o en el art. 52 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que impone, a favor del comprador, la solidaridad pasiva entre los titulares de la empresa o actividad en cuyos locales se hubiera instalado la máquina de venta y el propietario de la máquina.

Pero si antes decía que las diferencias son evidentes desde el prisma del puro Derecho positivo, se desvanecen cuando atendemos a la interpretación *correctora* —así se la denomina entre otras, en las SSTS de 26 enero 1994 y 17 octubre 1996— de este artículo realizada por el Tribunal Supremo, y que supone la inversión del principio de la parciariedad como regla general en favor de la solidaridad¹²⁵. Es más, en la práctica, la solidaridad existirá allí donde no pueda deducirse que la obligación ha sido constituida, de modo expreso, con carácter parciario. La jurisprudencia inicialmente flexibilizaba los términos de nuestro Código, señalando que el establecimiento expreso de la solidaridad al que se refiere el texto legal no exige necesariamente la inclusión de la palabra "solidaridad" o derivados, sino que basta con que los términos empleados al contratar evidencien la voluntad de las partes de deber prestar o poder pedir íntegramente la prestación (cfr.

¹²⁵ Aunque no lo vayamos a ver aquí, es conocido que el Tribunal Supremo, en sede de cuasicontratos, ha derivado hacia la solidaridad en los casos de cobro de lo indebido y enriquecimiento injusto (cfr. STS 10 noviembre 1981). También en el ámbito de la responsabilidad civil o extracontractual, si se trata de daños en que no fuera posible individualizar los respectivos comportamientos, y en consecuencia no se puedan delimitar responsabilidades (cfr., entre otras, STS 1 marzo 1996).

STS 19 febrero 1991, con cita de las anteriores). No se tardó mucho en dar un paso más, y forzando claramente el tenor literal del Código civil, se hizo derivar la solidaridad de la mera voluntad tácita de las partes. En concreto "el contexto de las obligaciones" o "las circunstancias concurrentes en el contrato", permiten al Tribunal inducir, en su caso, la intención de las partes en orden a la asunción del vínculo como solidario (SSTS 14 marzo 1934, 15 marzo 1982, 26 enero 1994, entre otras). El culmen de esta libre interpretación —constitutiva para algunos de un arbitrio judicial francamente inconstitucional¹²⁹— se produce en diversas sentencias que hacen derivar la solidaridad de meras situaciones objetivas que afectan a los obligados y con independencia de cualquier voluntad —siquiera sea tácita— de los contratantes al respecto. Son pronunciamientos que deducen la solidaridad, *v.gr.*, de la circunstancia objetiva de ser los deudores copropietarios de un negocio (cfr. STS 30 marzo 1973).

Pues bien, parece que lo esperable a la vista de la dirección de la legislación especial y la labor de nuestro alto Tribunal era la opción llamémosle *europæa* por la solidaridad pasiva. Y así se ha hecho, poniendo los ojos en la presunción de solidaridad pasiva que en su momento se recogió en el *Codice civile* italiano (art. 1294), como "mejor adaptada a la realidad de la vida"¹³⁰. Por supuesto, se han tenido presentes otro modelos, como el francés (art. 1202 *Code civil*), que parten de que la solidaridad no se presume nunca, pero también de su interpretación jurisprudencial: que, al igual que en España, "permite establecerla por todos los modos de prueba en Derecho común"¹³¹.

Es claro que para el acreedor resulta mucho más cómoda la solidaridad pasiva, pues no tiene que reclamar parcialmente a cada uno de los obligados hasta completar el importe del crédito,

¹²⁹ RAMS ALBESA, *op. cit.*, pág. 365.

¹³⁰ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 298 y 299.

¹³¹ GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 301.

pero sobre todo, le reporta la ventaja de poder dirigirse por el todo contra el deudor solvente, evitando la situación de insolvencia en la que pudieran hallarse los demás. Son los deudores —y no el acreedor— quienes deben soportar la eventual insolvencia de cualquiera de los obligados que concurren a la obligación, y es más: aparecer como deudores solidarios será para ellos, en muchas ocasiones, la única forma de conseguir un crédito. Por lo demás, y en consonancia con las reglas de la solidaridad, la extinción de la obligación originaria, da lugar al nacimiento de una nueva relación de crédito a favor del deudor que ha pagado, para recuperar la parte que corresponde abonar a los demás codeudores. El Anteproyecto dispone en el art. 88.2 que *"El codeudor que ha cumplido total o parcialmente la obligación, puede exigir a los demás la parte que a cada uno corresponda; salvo pacto en contrario, dichas partes se consideran iguales"*¹³².

Ahora bien, no todo son loas a esta opción por la solidaridad pasiva. Nuevamente es la voz crítica del prof. Rams Albesa la que ve en la misma un plegamiento a modas legislativas y judiciales no siempre justificadas. Entiende este civilista que la solidaridad pasiva *ex lege* propugnada por el Código europeo da lugar a un poco razonable *favor creditoris* —acaso justificado en los intereses de poderosas corporaciones bancarias— que en todo caso, carece de sentido social, pues se trata de una deuda contraída en un contrato por una pluralidad de sujetos y no de un supuesto en generado a partir de un daño, campo en el que quizá encontrare mayor fundamento¹³³.

Las tornas se cambian en el caso de pluralidad de acreedores, en la que el principio inspirador parece ser el contrario. En efecto el párrafo 3 del art. 88 reza: *"Si un deudor está obligado a realizar una prestación a favor de varios acreedores, cada uno de ellos tiene derecho a reclamar el cumplimiento de toda la obligación únicamente si*

¹³² Su redacción corresponde al art. 1299.1 del *Codice civile* italiano.

¹³³ RAMS ALBESA, *op. et loc. cit.*

*ésta es indivisible o si esto ha sido convenido expresamente o dispuesto por la ley: en ese caso, el cumplimiento a favor de uno de los coacreedores, libera igualmente al deudor respecto a todos los otros*¹³⁸. En sentido diverso a lo visto para el lado pasivo de la deuda, la solidaridad activa necesita, de entrada, ser pactada, estar prevista legalmente o venir impuesta por la indivisibilidad del objeto. La regla general es entonces que el crédito es *parciario* y por tanto, se articula mediante su fraccionamiento entre los acreedores. En consecuencia, cada uno de los titulares del derecho de crédito sólo puede reclamar al deudor la parte resultante de la división; ésta es la misma solución a la que llega el art. 1137 CC que, inspirado en el principio del *favor debitoris*, opta por la parciariedad —“mancomunidad”— como regla general. Y parece que el *favor debitoris* pasa por el fraccionamiento de la reclamación, aunque habría que ver el caso concreto.

Contiene el precepto de Pavía una presunción de distribución igualitaria en el ámbito interno en cuya virtud “*en las relaciones internas, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre los varios acreedores, salvo pacto en contrario, a menos que ésta hubiera sido contraída en interés exclusivo de uno o de varios de ellos*”. Esta previsión, al igual que la que vimos en el lado pasivo, es similar a la del art. 1138 CC.

Hemos visto anteriormente que si uno de los codeudores cumple libre y espontáneamente extingue la obligación. Y también hemos visto que el acreedor puede exigir el cumplimiento íntegro a cualquiera de los deudores. Ahora bien, aun optándose por esa reclamación *individual*, en el ámbito procesal, la solidaridad pasiva se compagina, en el Código europeo, con una suerte de litis consorcio pasivo necesario: hay que demandar a todos los deudores incluso aunque la sentencia se dicte sólo contra alguno de ellos. Dígase lo mismo para todas las *comunicaciones o declaraciones* relacionadas con la deuda. Si falta uno de los codeudores,

¹³⁸ Tiene también por modelo el *Codice civile italiano* (art. 1298).

la reclamación es *ineficaz*. Así se deduce del párrafo 4 del art. 88 que estamos analizando: *"Para el caso indicado en el párrafo 1º, salvo pacto en sentido distinto, el requerimiento para cumplir la obligación y cualquier otra comunicación o declaración relacionada con la deuda, o destinada a interrumpir la prescripción o a renunciar al crédito, deben ser dirigidas a todos los codeudores, bajo pena de ineficacia, en caso contrario, salvo que éstas no deban tener efecto más que frente a uno de los codeudores en la cuantía que le corresponde. Para el caso indicado en el párrafo 3º, cada comunicación dirigida al deudor por uno de los coacreedores no tiene efecto, salvo pacto en contrario, más que respecto a aquél que la emite"*.

El Anteproyecto simplifica la redacción, en este punto más compleja, del Código civil italiano, y tiene también por modelo los arts 1206—7 del Code civil francés, el §423 y ss. BGB y, el art. 9 del libro VI del Código civil holandés y los art. 1143 y ss. del Código civil español. Centrándonos en este último, recordemos que tratándose de deudas solidarias, el acreedor dado que puede exigir el cumplimiento íntegro de cualquiera de los obligados, tiene la facultad de elegir de entre los distintos obligados, al deudor —o deudores— a quien reclamar el cumplimiento; así lo dispone el art. 1144 CC que permite al acreedor *"dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente"*. El Tribunal Supremo ha declarado a este respecto que *"el acreedor puede dirigirse a su elección contra cualquiera de los deudores y exigirle íntegramente la prestación, y el deudor elegido, estando personalmente obligado por el todo, no puede invocar el *beneficium divisionis*, ni pretender pagar su cuota solamente, ni exigir que sean demandados los codeudores (SSTS 19 diciembre 1927, 21 abril 1951 y 7 febrero 1963)*. En Derecho español no estamos entonces ante un caso de litis consorcio pasivo necesario, que se da según nuestra ley procesal *"Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo*

que la ley disponga expresamente otra cosa" (el art. 12.2, *in fine*, Lec). Sin embargo es comúnmente aceptada la conveniencia de proceder contra todos los deudores solidarios, fundamentalmente pensando en el ejercicio de la acción ejecutiva fundada en una previa sentencia por la que se condena al deudor solidario demandado, pues el art. 542.1 Lec. las "sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso". Es decir, es conveniente demandar a todos porque si no, en aras a la tutela judicial efectiva que impediría demandar a alguien que no hubiera estado en el proceso, habría que emprender nuevos procesos; no obstante, una reclamación individual no es ni mucho menos ineficaz, lo que supone una solución mucho menos radical que la del Anteproyecto.

Ahora bien, el Anteproyecto salva la eficacia de las reclamaciones que "no deban tener efecto más que frente a uno de los codeudores en la cuantía que le corresponde", pues en definitiva, con este modo de proceder se está renunciando tácitamente a la solidaridad.

Finaliza el artículo diciendo que "Las disposiciones del presente artículo son aplicables en caso de indivisibilidad legal, convencional o natural de la obligación". Se entiende, tanto por el emplazamiento de esta regla como por el contenido de la misma, que estamos ante un supuesto de indivisibilidad del objeto con pluralidad de sujetos. Ciertamente, en el sistema español es frecuente que la doctrina equipare la situación de indivisibilidad del objeto de la obligación con la de solidaridad, pues en aquélla se impone la actuación conjunta¹³⁵. Lo que pasa es que se reconoce que no es una categoría simétrica y ello se demuestra fundamentalmente en tema de cumplimiento por equivalente, como vamos a ver para concluir este comentario.

¹³⁵ También se inspira el artículo del Código europeo en el *Código civil* (art. 1317), según se demuestra en GANDOLFI, *op. cit.*, pág. 299, puesto que como dice "en las obligaciones solidarias y en las indivisibles es el *totum* lo que debe ser prestado".

Por una parte, como regla general, dispone el art. 1139 CC que en estos casos la reclamación del acreedor habrá de dirigirse a todos los obligados: "*Si la división fuera imposible... sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*". Aquí sí, para que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida y el actor pueda lograr el éxito de su pretensión, es imprescindible que dirija su demanda contra todos los deudores; de no ser así, el demandado puede oponer —e incluso ser apreciada de oficio— la excepción de litis consorcio pasivo necesario (por todas, STS 27 octubre 1983).

En consonancia con lo dicho, en estos casos la realización de la prestación precisa la contribución de todos los deudores; si uno de ellos no concurre al cumplimiento ello conlleva el entero incumplimiento de la obligación, de forma que "*La obligación indivisible mancomunada se resuelve en indemnizar daños y perjuicios desde que cualquiera de los deudores falta a su compromiso*" (1150.1 CC), obligación que pasa a ser prestación pecuniaria divisible por excelencia, a la que se podrá aplicar el régimen de las obligaciones mancomunadas divisibles establecido en el art. 1138 CC, con aplicación retroactiva de la responsabilidad individual de cada deudor por la parte que le ha correspondido. De ahí que la obligación de indemnizar no sea idéntica para todos los deudores, como dispone el segundo párrafo de este artículo dice que "*Los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir... no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que consistiere la obligación*"¹³⁶. Por otra parte, parece claro que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso *in natura* a través de los medios adecuados, así como ejercitar en su caso la facultad resolutoria *ex art.* 1124 CC, con todas las consecuencias que lleva aparejadas.

Por su parte, el art. 1139 CC se refiere a las obligaciones indivisibles con pluralidad de acreedores, disponiendo que "*Si la divi-*

¹³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Artículo 1150", *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, *cit.*, tomo II, pág. 152.

sión fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos...". Es habitual en la doctrina el recurso a las normas sobre comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC) para completar la escueta regulación de este punto. En su virtud, tratándose de actos beneficiosos para el derecho de crédito, los acreedores pueden actuar de modo independiente y los actos llevados a cabo por uno de ellos afectan a los demás. Por el contrario, tratándose de actos que puedan perjudicar el derecho de crédito rige con toda su fuerza el principio de actuación conjunta, si es que se quiere que afecten a todos¹³⁷. Desde el punto de vista procesal, se plantea nuevamente en Derecho español la cuestión de si la indivisibilidad con pluralidad de acreedores constituye un caso de litis consorcio activo necesario. Nuestro Tribunal Supremo aplica en materia de comunidad una solución que sería aplicable al caso: el comunero está activamente legitimado para ejercitar acciones en defensa del bien o derecho compartidos, siempre en beneficio de la comunidad: en tal caso, la sentencia pronunciada a favor del comunero beneficia a todos, pero la adversa no les perjudica (entre otras, STS 28 octubre 1991, 8 julio 1997, 7 diciembre 1999)¹³⁸.

Ciertamente nuestro sistema positivo resultaría alterado por la incorporación de este art. 88, según hemos visto. Aun aceptando esto, habría que buscar razón de ser a la equiparación de las obligaciones indivisibles con pluralidad de sujetos a las solidarias: en el sistema español la tiene porque, al partir de un principio de parciariedad, la extensión del régimen de la solidaridad necesita cuanto menos justificación; sin embargo, en el sistema diseñado por el art. 88 del Anteproyecto la presunción de solida-

¹³⁷ Según DIEZ-PICAZO, habrá que considerar como actos beneficiosos los que preserven la existencia del crédito o lo refuercen, y actos perjudiciales los que puedan determinar la extinción o disminución del crédito.

¹³⁸ Este criterio ha sido considerado "injusto para el demandado quien, absuelto por la sentencia producida en el pleito incoado por un condueño, puede ser demandado nuevamente por otro de ellos"; cfr. LACRUZ BRADUO, *Elementos de Derecho civil*, III-2, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 352.

ridad que abre dicho precepto absorbería todas las situaciones de pluralidad de sujetos, máxime cuando el objeto es indivisible. Quizá sirviera para evitar que ante la renuencia de uno de los deudores a cumplir *in natura*, el acreedor se viera abocado a la transformación en obligación pecuniaria que, con toda probabilidad, no satisfaga su interés de la misma forma¹⁷⁹.

¹⁷⁹ En cualquier caso, la posibilidad de dirigirse por entero a uno de los deudores dispuestos a cumplir solventaría este problema; así lo apunta RAMS ALBES, *op. cit.*, pág. 369.



CAPÍTULO XI

**APROXIMACIÓN A LA INCIDENCIA DE LA
EVENTUAL ADOPCIÓN DEL PROYECTO
DE PAVÍA (ARTÍCULOS 89 A 105) EN EL
TRATAMIENTO DEL INCUMPLIMIENTO DE
LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN
DERECHO ESPAÑOL**

Marina PÉREZ MONGE

*Profesora Asociada de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*



SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO. A. Proyecto de Pavía. B. Derecho español. III. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO. A. Mora del deudor. 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español. B. Imposibilidad sobrevenida y excesiva onerosidad de la prestación. 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español. a) Clases. b) Requisitos. c) Consecuencias de la imposibilidad sobrevenida: d) La garantía de cumplimiento. C. Infracción del deber de indemnidad. 1. Proyecto de Pavía. 2. Derecho español. IV. INCUMPLIMIENTO DE DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES. 1. Obligación de dar. a) Cosa determinada. (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. b) Cosa indeterminada. (1) Proyecto de Pavía. (2) Derecho español. 2. Obligación de hacer. a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español. 3. Obligación de no hacer. a) Proyecto de Pavía. b) Derecho español. V. MORA DEL ACREEDOR. A. Proyecto de Pavía. B. Derecho español. VI. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es estudiar las repercusiones que tendría en nuestro Derecho la adopción del denominado Código Europeo de Contratos¹. Se conoce también como *Proyecto de Pavía*, ciudad en la que tiene su sede la Academia de Jusrprivatistas Europeos que lo ha patrocinado y elaborado, y como Proyecto Gandolfi, nombre de su impulsor y coordinador.

Como indica el profesor GARCÍA CANTERO, este Anteproyecto de Código Europeo de Contratos² "puede considerarse el

¹ GARCÍA CANTERO, en la Introducción a "La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos", *RJN*, N° 44, 2002, p. 302. No se pretende un tratamiento del Incumplimiento.

² Este Anteproyecto fue publicado en 2001 en francés, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I*, Milán, 2001, patrocinado por la *Académie de Privatistes Européens*. Este

resultado final del Congreso reunido en Pavía en 1990 sobre la unificación del Derecho Europeo de Contratos, cuyas conclusiones acaban de adquirir una renovada actualidad con ocasión de la Comunicación de 11 de julio 2001, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre Derecho Contractual Europeo³. Es, por tanto, un documento privado. Carece de fuerza de obligar, pero "podría ser adoptado por la Unión Europea, o servir de base al que, en fecha no lejana, se promulgue definitivamente por aquélla."⁴ Este Proyecto ha sido entregado, según indica GARCÍA CANTERO "oficiosamente a la Comisión Europea, sin que de momento [...] haya alcanzado más valor intrínseco que el de un documento privado y el de la autoridad de quienes lo firmaron"⁵.

Como es sabido, la Academia de Privatistas europeos de Pavía tiene como objetivos fundacionales:

— Preparar una unificación efectiva del derecho contractual de la Unión Europea.[...]

— Redactar estas normas, de tal forma y contenido que constituyan reglas aceptables en todos los países de la Unión Europea, sin que representen una imposición para los mismos ciudadanos, sino más bien un auxilio para los casos no previstos, y que además tengan en cuenta las instancias socio-económicas de la sociedad europea del tercer milenio⁶.

texto fue traducido a español en el trabajo colectivo dirigido por el profesor GARCÍA CANTERO, "La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos", *RJN*, N° 44, 2002, pp. 299 y ss.

³ GARCÍA CANTERO, "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)", *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, p. 207.

⁴ GARCÍA CANTERO, en la Introducción a "La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos", *RJN*, N° 44, 2002, p. 300.

⁵ GARCÍA CANTERO, "¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (En torno a la noción de contrato europeo)", *ADC*, 2004, p. 53.

⁶ GARCÍA CANTERO, "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)", *Derecho Privado Europeo*, (Coordinador: CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, pp. 209-210.

Conviene recordar que se trata de un Código de Contratos y no de obligaciones, pues este último concepto es "uno de los pilares de los Derechos continentales, pero es un concepto menos importante y casi desconocido en el área del *common law*"⁷. Continúa afirmando GARCÍA CANTERO que "se ha considerado a la obligación como uno de los efectos del contrato, pero sin hacer de ello un concepto dogmático. La difusión ha sido rápida a través de Congresos"⁸. Desde otra perspectiva, es un Código que pretende ofrecer soluciones concretas. En este sentido, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE que se ha optado por "un Código de soluciones y no de principios, a partir de la idea de que la unificación europea en materia de contratos se logrará mejor y más rápidamente a través de la unificación de las soluciones concretas a problemas particulares, que mediante el intento de unificar los procedimientos lógicos y mecanismos conceptuales mediante los que cada sistema legal nacional llega a esas soluciones concretas"⁹.

Esta unificación plantea dificultades debido a las diferencias sustanciales en materia de incumplimiento de los contratos entre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos¹⁰.

El Proyecto Europeo de Contratos¹¹ dedica su Título VIII al "Incumplimiento del Contrato". Dicho título consta de tres Secciones, la primera de ellas referida a las "Disposiciones Generales", la segunda a la "Mora del Acreedor", y la tercera a los "Efectos de la falta de ejecución". En este estudio me ocuparé del

⁷ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 211.

⁸ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 213.

⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 177.

¹⁰ Cfr. PARRA LUCÁN, "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?", *Actualidad civil*, 2002, p. 1167.

¹¹ Las citas de los artículos se referirán en adelante a la "Traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos", *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, N^o 4, pp. 299 y ss.

comentario de las dos primeras Secciones, es decir de los supuestos de incumplimiento.

Conviene recordar que para la elaboración del Proyecto referido, se toma como base el Libro IV del Código civil italiano de 1942 (que ocupa una posición intermedia entre los dos grandes modelos legislativos, el Código de Napoleón y el BGB)¹³.

También se adoptó como segundo texto base el *Contract Code*, elaborado por el profesor Harvey Mc Gregor, a instancia de la *Oxford Law Comision*.¹³ DE LOS MOZOS afirma respecto de este Código: "[...] es imprescindible que los juristas tengan que hacer su propia tarea: criticando las medidas equivocadas o insuficientes, denunciando el camino inadecuado y, sobre todo, ofreciendo fórmulas razonables de acuerdo con los fundamentos jurídicos de la unidad o de la integración a que se aspira. En esta línea se inserta el estudio del *Contract Code* de H. Mc Gregor que hace un esfuerzo de acercamiento a los Derechos continentales y, todo ello, con el propósito de hacer posible un proyecto de 'Código europeo de contratos', como pretende el 'grupo de trabajo de Pavía' que se diferencia de otros proyectos en que, por primera vez, se habla de un 'código' como tal, es decir de un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente."¹⁴ GANDOLFI afirma: "En

¹³ CARBONNIER, "Reflexions marginales", *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I*, Milano, 2001, p. XIV, afirma: "[...] le professeur Giuseppe Gandolfi avait déjà mis au point le schéma de son action, précisant, ainsi qu'il était naturel, pour tremplin du passage à l'Europe le droit des contrats de son pays. Non pas que le Code italien de 1942 dût être le modèle exclusif. Mais par la position médiane qu'il occupait entre les deux pôles législatifs, Code Napoléon et BGB, outre plus d'un trait de modernité paisibles, il méritait amplement de constituer une base commune pour la recherche et les discussions." En el mismo sentido RESCIGNO, *Nota Introduttiva, op. cit.*, p. XVII, afirma: "Il nostro collega [...] riusciva a metterne in luce le occasioni, frequenti e felici, d'incontro e conciliazione tra le consolidate tradizioni del *Code Napoléon* e le BGB, e la possibilità di avvalersi della 'mediazione' così realizzata per aprire un fruttuoso dialogo col mondo di *communis law*".

¹⁴ GANDOLFI, Introducción al *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I*, Milano, 2001, p. 251 y p. LIII.

¹⁵ DE LOS MOZOS, Proemio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comision inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 15.

cuanto a su contenido, el *Contract Code* de Mc. Gregor asume una decidida apertura hacia las experiencias continentales, mereciendo una particular consideración tanto su estructura como su estilo.¹⁵

En definitiva, se tomaron como referencias el Código civil italiano de 1942 y el *Contract Code*.

II. CONCEPTO DE INCUMPLIMIENTO

A. PROYECTO DE PAVÍA

Se planteó inicialmente la conveniencia de incluir un precepto dedicado a regular el concepto de incumplimiento, extraño en algunos países.

En el Informe del coordinador Gandolfi se recogen las opiniones de académicos de diversos países, entre las que destaco las de los profesores españoles GARCÍA CANTERO y DE LOS MOZOS, que proponen la inclusión de tal concepto, aun cuando en nuestro Código civil no se contiene.¹⁶

¹⁵ GANDOLFI, en el Prefacio a la traducción española de *Contract Code, Proyecto redactado por encargo de la Law Comisión inglesa*, realizada por DE LA CUESTA SAÉNZ y VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997, p. 29. En este mismo sentido afirma VATTIER FUENZALIDA, en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 19 que el *Contract Code* representa "una síntesis renovada del derecho inglés y escocés".

¹⁶ GANDOLFI, *Code Européen des Contrats, Avant-Projet, Livre I*, Milano, 2001, pp. 251 y 252, *Rapport du coordinateur* sur les art. 89-117, pp. 251 y 252 recoge la aportación de DE LOS MOZOS y GARCÍA CANTERO en los siguientes términos: "De los Mozos, qui propose tout d'abord une comparaison entre les règles pertinentes du *Contract Code* et celles du code italien et des autres codes de matrice romaine, note d'une part que dans ces derniers les données implicites sont plus constantes que celles qui sont explicites (ce qui appelle des tentatives de systématisation de la part de la doctrine), et d'autre part qu'on y remarque la carence d'un caractère organique pourtant indispensable. Il propose donc de préférer le *Contract code* en guise de modèle, car on y examine clairement les différentes phases de l'inexécution (quoique lui aussi manifeste quelques doutes sur le traitement réservé à la *non accipiendi*, dans l'art. 305). Il suggère en particulier d'inaugurer le titre des dispositions générales par deux articles concernant l'un l'inexécution en général et les cas d'inexécution, et l'autre la distinction entre inexécution à proprement parler (inexécution substantielle) et inexécution défectueuse ou inexacte (inexécution non-substantielle). Pourraient alors suivre

Se optó por incluirlo en el artículo 89 en los siguientes términos: *Sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones siguientes, se considera incumplida una obligación contractual si uno de los contratantes, o sus colaboradores o encargados, adoptan un comportamiento diferente al previsto en el contrato, o si se verifica una situación de derecho o de hecho diferente de la que puede considerarse acordada.*

Como indica LOBATO GÓMEZ "parte de una noción general, abstracta y descriptiva de incumplimiento contractual que trata de abarcar, sin hacer ninguna referencia expresa a cada uno de ellos, todos los posibles supuestos del incumplimiento, desde el incumplimiento total y definitivo, hasta el incumplimiento tardío, parcial o defectuoso."¹⁷

certaines règles qui sont présentes dans les vieux codes européens, suivant l'exemple du code hollandais, dans le but de se rapprocher du système du *Contract code*. En particulier, quant à l'art. 1222 du code italien sur l'inexécution d'obligations négatives, il suggère de l'utiliser mais en le transformant en une règle à plus ample contenu, qui ne concernerait pas seulement les obligations négatives, mais aussi celles de faire, comme cela se produit dans le code espagnol (art. 1098 et 1099).

García Cantero estime quant à lui opportun de consacrer une règle générale à l'inexécution, qui prévoirait distinctement les cas d'impossibilité totale ou partielle de la prestation, de la demeure et de l'inexactitude de l'exécution, pour lesquelles le débiteur est tenu de répondre. Il ne faudrait en outre pas ignorer les devoirs de protection relatifs à la personne et aux biens du créancier. En ce qui concerne les contrats synallagmatiques, il est de l'avis que les deux prestations doivent se recouper, sous réserve d'une règle légale ou conventionnelle, et qu'il est à la charge de celui qui exige la prestation de la part de l'autre de prouver qu'il a déjà exécuté la sienne."

GARCÍA CANTERO, respecto de la conveniencia de definir los conceptos, también considera obligado incorporar la definición de contrato al texto. Cfr. "Hacia un concepto europeo de contrato", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mezos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 132.

Desde una perspectiva distinta, Díez Pícazo, Roca Trías y Morales en *Los principios del Derecho europeo de contratos*, p. 24 traducen el artículo 1301 (4) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos del siguiente modo: "Incumplimiento significa cualquier incumplimiento de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato".

¹⁷ LOBATO GÓMEZ, "El incumplimiento del contrato" en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mezos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 373.

Junto a este precepto, el artículo 98 del Proyecto de Pavía, bajo la denominación de "Reserva de incumplimiento", establece: *Hay incumplimiento de la obligación si el deudor deja de cumplir la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, salvo que se haya reservado tal posibilidad explícita o implícitamente en el contrato.*¹⁸

Matiza VIGURI PEREA que en Derecho español vendría a ser un contrato sujeto a condición resolutoria que no dependa exclusivamente de la voluntad del deudor¹⁹.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía se refiere al incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas:

"1. Hay incumplimiento de la obligación contractual si cierto acontecimiento, o cierto estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o garantizado que se producirían, incluso sin contraprestación, no se han producido o ya no se producirán.

2. Cuando en una declaración no incluida en el contrato y que no ha sido objeto de promesa o de garantía, se afirma que un hecho se ha producido o no se ha producido, que se producirá o no se producirá, desde que dicha declaración no corresponda a la verdad, el que la ha emitido puede responder, frente al perjudicado por ella, por culpa aquiliana."

¹⁸ Se ha realizado una traducción libre del título de este precepto como "Reserva de incumplimiento", intentando recoger el contenido del precepto, en la traducción española, aun cuando el contenido del texto francés era "Violation efficace". DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS y LUNA SERRANO lo traducen como "Violación eficaz" en la traducción incluida en el volumen *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 80.

¹⁹ VIGURI PEREA, "Supuestos de incumplimiento", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, p. 426. Afirma: "Cabe interpretar que el contrato, una vez perfecto, queda sujeto mediante mención expresa a lo que en el Derecho español se regula como 'condición resolutoria'. La resolución del contrato, a resultas de la cláusula condicional, debiera ser plasmada con cierta cautela para no lesionar derechos adquiridos de la parte acreedora. Parece obvio que para entender que el negocio jurídico se halla sujeto a condición, tal condición no deberá depender de la exclusiva voluntad de la parte deudora."

Parece que este precepto proviene de los artículos 301 y 302 del *Contract Code*. En concreto el artículo 301 establece: "La parte de un contrato que deja de cumplir por completo cualquier obligación que le incumbe o la cumple tardíamente o sólo en parte, o de cualquier otro modo que no se ajuste a sus obligaciones, incurre en incumplimiento de contrato." Continúa el artículo 302: "La parte del contrato cuya declaración consista en un suceso o en un estado de hecho o de Derecho que no se cumpla debidamente incurre en incumplimiento de contrato." No obstante, ha de advertirse que en el *Contract Code* es responsabilidad contractual y en el Proyecto de Pavía es responsabilidad extracontractual.

Los supuestos descritos en los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía²⁰, referidos respectivamente a los casos en que el deudor declara por escrito no querer cumplir o no se halla en situación de cumplir, con las correspondientes consecuencias no se regulan específicamente en nuestro Derecho. En concreto, el referido artículo 90 parece proceder del artículo 1219 del Código italiano de 1942, que respecto de la mora, considera: "Non è necessaria la costituzione in mora: [...] 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l'obbligazione". Ahora bien, el artículo 90 del Proyecto de Pavía tiene un carácter más general, y sin embargo el precepto del Código civil italiano se encuentra en la regulación de la mora.

²⁰ Art. 90

Deudor que declara por escrito no querer cumplir

"1. Si el deudor declara por escrito al acreedor no tener intención de cumplir, este último tiene la facultad de notificarle por escrito y sin demora, y en todo caso dentro de ocho días, que en virtud de esta declaración considera la obligación incumplida. En defecto de dicha notificación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tenga lugar posteriormente.

2. El deudor, dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la notificación mencionada en el apartado anterior, puede impugnarla por escrito; y si, en los ocho días que siguen, el acreedor no reconsidera por escrito su posición, deberá el deudor dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo.

3. Salvo pacto en contrario entre las partes, los plazos indicados en los apartados anteriores y en los artículos siguientes se suspenden en los periodos festivos y vacacionales habituales y conforme a lo previsto en el art. 58."

La anticipación del incumplimiento, prevista en el artículo 91 del Proyecto de Pavía, se regula en los siguientes términos:

"1. Si antes del vencimiento del plazo, resulta razonable estimar que el deudor no está o no se ha situado en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no se encuentra en situación de cumplirla sin defectos notables, y que todo ello no es debido a una acción u omisión del acreedor, este último puede instarle por escrito a que, en un plazo razonable, que no será inferior a quince días, garantice adecuadamente el cumplimiento futuro con la advertencia de que a falta de garantía el incumplimiento se considerará definitivo.

2. El deudor, si no proporciona la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, impugnar por escrito a la solicitud del acreedor y debe, si este último no reconsidera por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inacción del deudor, el incumplimiento se considerará definitivo."

Este precepto parece inspirarse en los artículos 303 y 304 del *Contract Code*. Así, el artículo 303 establece:

"1) La parte del contrato que antes del momento exacto del cumplimiento de todas o parte de sus promesas contractuales u otras obligaciones, denote una intención definitiva de no cumplir toda una parte separada y concreta de él, o devenga incapaz de hacerlo en circunstancias que no extingan el contrato por frustración de acuerdo con los artículos 591 a 597, incurre en incumplimiento de contrato si la contraparte opta por tratar tal intención o incapacidad como incumplimiento inmediato; este tipo de incumplimiento se llama anticipatorio.

2) Tal acción por la contraparte:

a) no es posible una vez que el que declinó o devino incapaz de cumplir haya, con conocimiento de la contraparte, reconsiderado su intención o recuperado su capacidad de cumplir.

b) se presume si no resulta para él razonable continuar cumpliendo por su parte al agravar así su pérdida.

c) en otro caso se necesitarán nuevas declaraciones o actos que denoten intención inequívoca de considerar incumplidora a la otra parte."

Y el artículo 304 del *Contract Code*, establece:

"1) Cuando antes del momento fijado para el cumplimiento de todo o parte de alguna promesa contractual u otras obligaciones contractuales de una de las partes, la otra tenga razonables motivos para creer que puede incumplirse toda la prestación o una parte diferenciada de ella, está legitimada para pedir garantías de que la futura prestación tendrá lugar debidamente, pudiendo entonces suspender su prestación hasta que le sea dada una razonable garantía.

2) La parte a la que se hace tal requerimiento incurre en incumplimiento si la contraparte opta por considerar como incumplimiento inmediato cualquier falta de previsión de una garantía razonable dentro de un plazo razonable de acuerdo con todas las circunstancias."

LOBATO GÓMEZ considera que se trata de un "planteamiento que resulta absolutamente extraño para nuestro Derecho vigente"²¹.

B. DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español no se regula de manera sistemática la materia de incumplimiento.²² Esta materia se contiene, en una primera aproximación, en el artículo 1101 del Código civil, que forma parte del Capítulo II intitulado "De la naturaleza y efecto de las obligaciones", del Título I ("De las obligaciones") del Libro IV ("De las obligaciones y contratos"). Dicho precepto establece: "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los*

²¹ LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 375.

²² En este sentido, ya advertía CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, p. 11: "Ciertamente, la regulación del incumplimiento en nuestro Código civil, con un defectuoso artículo 1101, una anacrónica visión de la culpa y el caso fortuito y una indefinible relegación del básico punto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación al anodino campo de la pérdida de la cosa debida [...]"

que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella".

Así como en el Proyecto de Pavía se prevé específicamente —en el concepto de incumplimiento— la responsabilidad de los auxiliares, en el Código civil español no se regula expresamente dicha responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento, es decir de las personas que intervienen en el cumplimiento de la obligación por iniciativa del deudor. La doctrina admitía la responsabilidad del deudor con fundamento en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. En este sentido afirma DELGADO ECHEVERRÍA que "como la culpa del auxiliar no es, en sí, fuerza mayor ni caso fortuito, es indudable que responderá el deudor, al menos, en los términos del art. 1903. Pero el hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitima al tercero a introducirse en la obligación, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolla de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor. Éste, en definitiva, responde aun sin culpa o dolo propios, siempre que este reproche pueda hacerse a los auxiliares."²³

La doctrina distingue en el artículo 1101 los supuestos de incumplimiento de los criterios de imputabilidad, y de las consecuencia del incumplimiento.

Los autores se han ocupado de sistematizar y precisar el tratamiento del incumplimiento en Derecho español. Para definir el incumplimiento, la doctrina tradicionalmente se centra en la satisfacción del acreedor. En este sentido DÍEZ PICAZO se pregunta en qué medida el acreedor ha quedado o no satisfecho, lo que, en línea de principio, es independiente de la valoración que deba atribuirse al comportamiento del deudor y es en sí mismo un

²³ DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, 2ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), pp. 173-174. Cfr. también DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 592.

hecho perfectamente objetivo. Lo que se trata de saber es en qué medida los hechos se han ajustado o no al ideal programa o plan de prestación. [...] El análisis debe dirigirse, ante todo, a establecer una tipología de las perturbaciones del proyecto de prestación (*leistungstorung, leistungvereitelung*) y de la objetiva insatisfacción del acreedor.²⁴ Desde una perspectiva diferente otros autores toman como referencia la valoración de la conducta del deudor. Así, por ejemplo afirma DE PABLO: "Hay incumplimiento de la obligación —lesión del derecho de crédito del acreedor— siempre que la conducta de prestación debida no se realiza por el deudor exacta y oportunamente (en los términos, del modo y en el tiempo procedente, según el tenor de aquélla)."²⁵ Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA distingue dos análisis distintos:

"Uno, desde el punto de vista del deudor, centrado sobre la causación de cualquier suerte de incumplimiento (retraso, cumplimiento inexacto, imposibilidad) y la reparación de los daños ocasionados por él en caso de que, de acuerdo con las reglas de responsabilidad, le sea imputable el incumplimiento. El intérprete ha de resolver, entonces, cuál sea, en el trayecto que media entre la culpa (entendida como la falta de la diligencia normal) y el caso fortuito, el punto a partir del cual el incumplimiento no obliga —u obliga— a indemnizar.

Otro, más bien, desde el punto de vista de la satisfacción del acreedor, versa sobre las consecuencias de la imposibilidad definitiva de cumplir, en orden a la prestación o no de un equivalente. También a este efecto son significativos los conceptos de culpa y caso fortuito, y vuelve a surgir el problema de la frontera que los separa, pero si la obligación incumplida es sinalagmática, aparece un nuevo aspecto de la cuestión, cual es el de la restitución o no (entrega, o no) de la contraprestación recibida por el

²⁴ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 568-569.

²⁵ DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 177.

deudor, que no se sujeta, en su solución, al canon de la distinción entre culpa y caso.²⁶

El Proyecto de Pavía (art. 90) se refiere, como se ha indicado, al supuesto de que el deudor declare no querer cumplir. Como afirma DÍEZ PICAZO, en Derecho español, "la consecuencia de una declaración del deudor de no querer cumplir la prestación exonera al acreedor de la intimación y constituye al deudor, que ha realizado tal declaración, en mora, deriva de la regla de la buena fe, pues es inadmisibles que el deudor que ha efectuado esa declaración, se oponga posteriormente a ser considerado como moroso."²⁷ La denominada reserva de incumplimiento *supra* no está prevista específicamente en nuestro Derecho, aun cuando podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del Código civil español.

El artículo 100 del Proyecto de Pavía referido al *Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones prometidas* no encuentra un precepto específico en nuestro Derecho. Respecto de dicho precepto VIGURI PEREA observa un paralelismo entre los artículos 1450 y 1451 de nuestro Código civil —relativos a la promesa de compra y venta— y el párrafo 1º del artículo 100 del Proyecto de Pavía.²⁸

²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, 2ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), pp. 163-164.

²⁷ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 635.

²⁸ VIGURI PEREA, *op. cit.* pp. 428 y ss. afirma: "El artículo 1451 de nuestro Código civil, en relación con el 1450, señala que la promesa de compra o venta contiene un contrato perfecto cuando ha existido convenio respecto de la cosa y el precio. Dicha perfección faculta a las partes para reclamar en el momento oportuno el cumplimiento de lo pactado. [...] En claro paralelismo a lo expuesto, el Código Europeo en el artículo 100-1º califica de incumplimiento contractual la imposibilidad para una de las partes de materializar lo prometido, puesto que en el contrato perfecto, es dicha promesa lo que se constituye en objeto del contrato, y no cabe entender que el pacto existente *inter partes* pende de la futura realidad del contenido de la promesa. En el supuesto de cumplirse esta última circunstancia, nos encontraríamos ante una obligación sujeta a condición suspensiva". Cfr. pp. 429 y ss.

Finalmente, se observa que aun cuando el Código civil español no recoge un concepto legal de incumplimiento, reconocidos juristas españoles proponen su inclusión en la discusión previa al Proyecto de Pavía, por lo que considero que no supondría novedad en cuanto que este concepto ha sido elaborado y aceptado por nuestra doctrina.

III. SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO

Nuestro Código civil establece en el artículo 1101 Cc., "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella*". La doctrina estudia los posible supuestos desde distintas perspectivas.

Así, DELGADO ECHEVERRÍA distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

- a) Que el deudor se retrasa en cumplir, siendo todavía posible el cumplimiento.
- b) Que el cumplimiento es definitivamente imposible .
- c) Que el deudor ha realizado una prestación, pero inexacta cuantitativa o cualitativamente
- d) Que el deudor está dispuesto a no cumplir, pase lo que pase.²⁹

Por su parte, DÍEZ PICAZO distingue tres supuestos de insatisfacción del acreedor: "a) el retardo y la mora; b) la ejecución de una prestación defectuosa, c) el incumplimiento definitivo de la obligación."³⁰ Conviene distinguir la mora del incumplimiento

²⁹ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen 1º, Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, 2ª edición, (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), p. 163.

³⁰ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 570 y 571, atendiendo a que el deudor haya omitido la prestación, o haya realizado la prestación defectuosamente, en relación a la posibilidad de

definitivo. En este sentido, afirma DÍEZ PICAZO: "En la mora, el comportamiento del deudor, o de los impedimentos transitorios de prestación, conducen a una omisión de la prestación, pero el obstáculo es todavía superable. De esta suerte, la prestación puede todavía ser realizada, y, una vez realizada, aunque lo sea tardíamente, es todavía idónea para satisfacer el interés del acreedor, a cuya obtención la relación obligatoria se dirige. Una hipótesis completamente distinta se presenta en aquellos casos en que la omisión de ejecución de la prestación ha de considerarse como un fenómeno definitivo, de tal suerte que ya no cabe el cumplimiento tardío o que, aunque teóricamente posible, no es legítimo imponérselo al acreedor. El problema consiste entonces en dibujar las características que presentan estos supuestos, y, en particular, establecer su diferenciación con los supuestos de retardo o de mora."³¹

una posterior o ulterior realización de la prestación por parte del deudor y la posible satisfacción del acreedor, se refiere a las siguientes cinco situaciones —que refunde en las tres señaladas en el texto—:

1° El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento en que estaba obligado a ejecutarla, pero la prestación objetivamente considerada es todavía posible y realizada tardíamente es idónea para satisfacer el interés del acreedor. En todos estos casos hay retraso en la ejecución de la prestación, que puede llegar a convertirse en mora si se dan o aparecen los requisitos necesarios para colocar al deudor en esta especial situación.

2° El deudor ha realizado una prestación defectuosa, en el momento fijado, pero todavía es posible corregir los defectos de la prestación y con la corrección de los defectos, la prestación es todavía idónea para satisfacer el derecho del acreedor.

3° El deudor no ha realizado ninguna prestación en el momento oportuno y la prestación es en sí misma todavía posible, considerada de manera objetiva, pero es ya inidónea para satisfacer el interés del acreedor. Ello puede ocurrir porque el interés del acreedor demandaba, según lo estipulado, la ejecución de la prestación precisamente en el momento previsto (término esencial) o, aunque el plazo no fuera de aquella índole, porque puede no ser razonable hacerle esperar un tiempo especialmente prolongado o porque la prolongación del término hace que el interés del acreedor desaparezca. En todos estos casos, la no prestación comporta una definitiva insatisfacción del derecho del acreedor.

4° La misma solución debe adoptarse en aquellos casos en que la prestación ejecutada defectuosamente no admita la corrección de los defectos.

5° Cabe por último la posibilidad de que el deudor no haya realizado ninguna prestación y que, además, esta última se haya tornado definitivamente imposible, caso en el cual la situación es también de definitiva insatisfacción del derecho de crédito.

³¹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 647-648.

Incluye en el denominado incumplimiento definitivo o de definitiva falta de ejecución del programa de prestación los siguientes supuestos:

1º La imposibilidad sobrevenida de la prestación.

2º La imposibilidad temporal con frustración del fin del negocio y la excesiva prolongación de la inejecución de la obligación.

3º La voluntad inequívoca del deudor de no cumplir

4º La violación de la obligación negativa.

5º La falta de obtención del resultado de prestación en las obligaciones de resultado.²²

DE PABLO distingue los siguientes supuestos de incumplimiento:

a) La *morosidad*, esto es, la mora del deudor.

El simple retraso, sin los requisitos de la mora, [...] no tiene especiales consecuencias jurídicas: el deudor deberá cumplir, pero ni se perpetúa la obligación, ni tendrá que indemnizar el incumplimiento. A estos efectos, es la interpelación lo que da la medida de la idea del legislador: si el acreedor no intima al deudor, se entiende que no tiene aún interés en que cumpla y, por tanto, no puede haber incumplimiento; cuando no es necesaria la interpelación para que el deudor incurra en mora, se presupone legalmente, en cambio, el interés del acreedor en el cumplimiento.

b) La *contravención del tenor de la obligación*, que agrupa las demás hipótesis de incumplimiento:

i) la no realización en absoluto de la conducta debida, siendo ésta posible;

ii) la imposibilidad sobrevenida de la prestación;

iii) la prestación inexacta o defectuosa; y

²² DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 649-650.

iv) la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*).³³

Afirma DE PABLO —y en ello coincide la gran mayoría de la doctrina—, entendemos que el art. 1.101 mezcla dos causas materiales del daño (la morosidad y la contravención) con dos criterios de imputación de dicho daño al deudor (el dolo y la culpa).³⁴

Como se observa, con fundamento en el artículo 1101 del Código civil, los autores realizan una clasificación que distingue básicamente mora y contravención del tenor de la obligación (incumplimiento definitivo y cumplimiento defectuoso).

A. MORA DEL DEUDOR

1. Proyecto de Pavía

El Proyecto de Pavía regula esta materia en el artículo 96, cuya dicción es:

“1. No puede considerarse que el deudor incurre en mora:

a) si no se ha pactado para el cumplimiento ninguna fecha final, ni término constituido por un período determinado de días, meses o años, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor, por escrito, el cumplimiento de la obligación fijándole un plazo razonable;

b) si el acreedor o el juez han concedido previamente al deudor un plazo adicional para el cumplimiento;

c) en los contratos sinalagmáticos, si el acreedor se retrasa en el cumplimiento de su prestación, para la cual está previsto un término ya vencido;

³³ DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 197. Cfr. también DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *op. cit.*, p. 165, DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 683.

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 196.

d) si el deudor ha ofrecido en tiempo útil la prestación debida al acreedor, pidiéndole la acepte, a reserva de la eventual mora del acreedor.

Si los términos mencionados en las letras a) y b) del presente artículo están vencidos, y salvo las situaciones previstas en las letras c) y d) de este mismo artículo, se considera al deudor en mora. En consecuencia, no queda liberado de su obligación y es además responsable —como lo prevén los artículos 162 y siguientes— de los daños que se deriven, incluso si la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida en el curso del cumplimiento no se deben a causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si hubiera estado en poder del acreedor. Pero, en este último caso, está obligado a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o del asegurador como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa debida o por el incumplimiento de la prestación."

Según el apartado 1º, es preciso por tanto que exista plazo, interpelación por parte del acreedor, que no haya ofrecimiento de pago, que no se haya concedido moratoria ni concurra compensación de mora.

Desde otro punto de vista, el artículo 101 del Proyecto de Pavía, se refiere al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida en los siguientes términos: *"El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora."*

2. Derecho español

Los requisitos de la mora del deudor, según nuestro Código civil son:

1) Cumplimiento tardío todavía posible. Si éste no fuese posible, ya no se trataría de mora, sino de incumplimiento definitivo.

2) Obligación positiva y exigible. Como es sabido, no es posible la mora en las obligaciones negativas.

3) Retraso culpable (negligente que le fuera imputable).

4) Interpelación (art. 1100 Cc.), salvo que se trate de obligaciones sinalagmáticas.

La mora se evita o termina mediante el pago, ofrecimiento de pago o la concesión de una moratoria.

Desde otra perspectiva, la purga de la mora se produce cuando se eliminan los efectos (de la mora) por renuncia del acreedor a hacerlos valer.

Las consecuencias de la mora del deudor son: Si la prestación es posible, el deudor que incurre en mora debe cumplir *in natura*. Si la prestación no es posible debe cumplir por equivalente. En ambos casos, ha de resarcir.

En Derecho español los requisitos objetivos del cumplimiento son: la identidad (es decir, que el objeto de la prestación coincida con el objeto del cumplimiento), integridad (a lo que se opone el pago parcial) e indivisibilidad (frente al que se sitúa el pago fraccionado). En consecuencia su regulación es similar. Así, El Código civil español prevé que el acreedor no está obligado a recibir una contraprestación superior a la debida, pues el artículo 1166 establece que "*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*". Por tanto si no lo hace, no incurre en mora. Ahora bien, si el acreedor recibe una cantidad superior, parece adecuado que la contraprestación sea proporcional a la misma. Así se deduce de supuestos en los que se recibe una cantidad diferente a la pactada, en los que se admite la disminución o aumento proporcional del precio como por ejemplo en el artículo 1470 Cc. En este sentido afirma VIGURI PEREA: "En función del principio de autonomía de la voluntad, las partes

pueden establecer, de común acuerdo, alteraciones sobre el contenido del contrato originario.³⁵

Sin embargo, difiere en la persona a quien beneficia el plazo, pues en el artículo 83 del Proyecto de Pavía se presume establecido a favor del deudor, y en el artículo 1127 de nuestro Código civil, a favor de acreedor y deudor. El acreedor no está obligado a recibir antes del plazo fijado.

El artículo 83.5 del Proyecto de Pavía establece: *"El deudor no puede repetir lo que había pagado por anticipado, ignorando la existencia del término."* En este sentido en Derecho español, el artículo 1126 establece: *"Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir."*

Si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa."

B. IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA Y EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

La imposibilidad se produce, "cuando la prestación, luego de nacida la obligación, se ha hecho definitivamente imposible."³⁶

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 97 se regula la posibilidad de cumplimiento tardío o parcial, y de una nueva negociación en el apartado 1°. A continuación se prevé la extinción de la obligación del deudor, salvo que se haya agravado la responsabilidad contractualmente.

"1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles"

³⁵ VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 431.

³⁶ DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *op. cit.*, p. 188.

que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato."

2. Derecho español

a) Clases

La imposibilidad puede ser física o jurídica. La primera de ellas se refiere a la destrucción o perecimiento de la cosa. La segunda a los supuestos en que queda fuera del comercio de los hombres.

La mera dificultad no extingue la obligación, sino que faculta para pedir su revisión a los Tribunales por alteración de las circunstancias.³⁷ Comparando el referido artículo 97 del Proyecto de Pavía y la regulación española, puede afirmarse que en nuestro Derecho no hay una regulación específica sobre esta materia, pero podría admitirse al amparo del principio de autonomía de la voluntad —contenido en el artículo 1255—³⁸, de la equidad —incluida en el artículo 3.2—y del principio de buena fe —comprendido en

³⁷ DE PABLO CONTRERAS, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 190.

³⁸ Cfr. VIGURI PEREA, *op. cit.*, p. 423.

el artículo 1258— de nuestro Código civil. Es destacable la aplicación —muy restrictivamente— por nuestros Tribunales de la cláusula *rebus sic stantibus*, fundamentalmente a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1957.³⁹

c) Requisitos

La imposibilidad ha de ser:

1. Posterior al nacimiento de la obligación. En caso contrario, la obligación no habría nacido.

2. Definitiva. Ahora bien, la imposibilidad temporal puede convertirse en definitiva, cuando se trata de obligaciones con término esencial.

3. Objetiva. Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, "no se trata, con todo, de tener en cuenta las aptitudes y circunstancias personales del concreto deudor, sino de considerar imposible lo que social y económicamente se tiene por tal."⁴⁰

c) Consecuencias de la imposibilidad sobrevenida

Se distinguen los supuestos en que el deudor queda liberado de aquellos en los que sigue obligado a cumplir, según haya mediado o no culpa en su conducta o estuviese constituido en mora cuando se produjo la imposibilidad de la prestación. Se deberá prestar el equivalente y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios.⁴¹ Así se regula en los artículos 1182 y siguientes del Código civil, que son objeto de discusión en nuestra doctrina.⁴²

³⁹ En la STS de 17 de mayo de 1957, se requiere para su aplicación: "a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumbe el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles"

⁴⁰ DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *op. cit.*, p. 189.

⁴¹ Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 190-191.

⁴² Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 188 y ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

d) La garantía de cumplimiento

La garantía de cumplimiento, contenida en el artículo 92.2 del Proyecto de Pavía, no se recoge en nuestro Código civil. Ahora bien, en la doctrina, DE PABLO afirma que "las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento se extenderán al eventual resarcimiento de daños".⁴³

C. INFRACCIÓN DEL DEBER DE INDEMNIDAD

1. Proyecto de Pavía

En el artículo 99 se regula este deber, así como las consecuencias de su incumplimiento en los siguientes términos.

"En el cumplimiento de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para no producir daños a la persona del acreedor, a sus auxiliares y a sus bienes; en caso de infracción de este deber, la obligación debida se considera incumplida si el daño se produce durante o a causa del cumplimiento, y representa una causa directa e inmediata del mismo. En otro caso, el deudor queda sujeto a la responsabilidad aquiliana."

2. Derecho español

En nuestro Derecho no se prevé expresamente este deber. No obstante, en el concepto de contravención del tenor de la obligación, contenido en el artículo 1101, podría incluirse "la prestación cuya ejecución lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (*interés de indemnidad*)."⁴⁴ Además del deber de prestación, el deudor tiene también, en efecto, respecto al acreedor, las obligaciones derivadas de la carga o principio de *neminem laedere*: con ocasión del cumplimiento de una obligación no se deben producir daños en otros bienes del acreedor.

⁴³ DE PABLO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁴ DE PABLO, *op. cit.*, p. 197.

Parece más conveniente la regulación expresa del Código de Pavía por razones de seguridad jurídica.

IV. INCUMPLIMIENTO DE DISTINTAS CLASES DE OBLIGACIONES

En el Proyecto de Pavía se regulan con detalle en los artículos 92 a 95 los supuestos de incumplimiento en las distintas clases de obligaciones (de entregar cosa determinada o genérica, hacer y no hacer). En cambio, en Derecho español no se prevé de este modo, sino que se atiende a esta distinción de las clases de obligaciones para atribuir sus consecuencias en caso de incumplimiento en la fase de ejecución.⁴⁵

Podría encontrarse en Derecho español una regulación desde esta perspectiva en los requisitos del cumplimiento: identidad, integridad e indivisibilidad.

La pretensión del acreedor frente a su deudor, derivada de su derecho de crédito, debe ser en principio, la exacta realización

⁴⁵LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 372 afirma en este sentido: "A pesar de la importancia práctica que tiene el incumplimiento de los contratos, el Código civil español, al igual que los Códigos civiles que le sirvieron de modelo, no regula de manera explícita y sistemática esta figura, seguramente porque el incumplimiento supone una quiebra evidente del orden jurídico. [...] En efecto, los análisis doctrinales del incumplimiento contractual, pese a su indudable interés teórico y a su evidente importancia práctica, no son ni muy abundantes, ni sobre todo, muy homogéneos y, en lugar de centrar su interés en el estudio del supuesto de hecho del incumplimiento, se ocupan primordialmente del análisis de los remedios que el ordenamiento jurídico establece frente al incumplimiento, especialmente en la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato." Inicialmente las consecuencias en caso de incumplimiento de obligaciones, en fase de ejecución se contenía en los artículos 1096 a 1098 de nuestro Código civil, pero actualmente se completa su regulación con los preceptos contenidos en la LEC. Cuando el deudor no cumple su prestación (porque no puede o porque no quiere), el ordenamiento jurídico español pone a disposición del acreedor la acción de cumplimiento, mediante la cual se reclamará en primer lugar el cumplimiento en forma específica, y si ésta no es posible, el cumplimiento por equivalente. Esta acción deriva de la fuerza vinculante de la obligación, de tal modo que el acreedor únicamente deberá probar su incumplimiento, si bien se trata de un tema muy debatido. Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 164 y ss. y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

de la prestación debida. El acreedor no puede optar libremente por exigir el equivalente. En principio, el deudor debe cumplir la prestación prevista y el acreedor deberá recibirla. En este sentido, el artículo 102 del Proyecto de Pavía establece: *"El acreedor no puede rechazar la prestación ofrecida a pretexto de que le resulta inútil o carente de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, salvo que el derecho a rechazar por su parte pueda deducirse, incluso implícitamente, del contrato, y, que además haya advertido al deudor en tiempo oportuno, de las circunstancias sobrevenidas en cuestión y, en todo caso, antes de que éste último haya preparado o iniciado el cumplimiento."* En Derecho español podría pactarse en virtud del principio de autonomía de la voluntad.⁴⁶

1. OBLIGACIÓN DE DAR

a) Cosa determinada

(1) Proyecto de Pavía

En primer lugar el artículo 92 del Proyecto se refiere al incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada.

"1. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada se considera incumplida si la cosa no se entrega antes del término y de la manera prevista, o si se entrega pero presenta defectos, o si se entrega una cosa diferente o que pueda ser tenida por tal, a menos que en los distintos casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término o que ésta le sea concedida por el juez por motivos razonables;

⁴⁶ Desde otro punto de vista, indica DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, p. 662: "Los casos en que existe incumplimiento definitivo, además de la imposibilidad sobrevenida de prestación, son:

1° La frustración del fin práctico del negocio, que puede concretarse en la falta de consecución de la causa concreta, con razonable pérdida de interés del acreedor.

2° La inestabilidad de una continuación de la vinculación del acuerdo por una prolongada inactividad o pasividad del deudor."

b) se trate de defectos remediables y el acreedor acepte que el deudor asuma, en un plazo razonable, las reparaciones o el juez le autorice a efectuarlas;

c) la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que quepa atribuir responsabilidad al deudor, o el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente, o el juez declare que, por motivos razonables, el cumplimiento puede considerarse realizado desde entonces;

d) el acreedor ejerza la facultad de entregar una contraprestación reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida y cuya cuantía, a falta de acuerdo, sea fijada por el juez."

Así pues, ha de entregarse la cosa pactada de la manera y en el tiempo previsto para que no se produzca el incumplimiento. Los supuestos de excepción serían aquellos en los que existiendo incumplimiento inicialmente, el acreedor acepta o el juez autoriza la prórroga del plazo, la cosa defectuosa o una disminución del valor de la cosa.

(2) Derecho español

Actualmente no se regula en Derecho español desde esta perspectiva. Ahora bien, existen unos requisitos objetivos de carácter general que deben concurrir para que el pago produzca efectos liberatorios: identidad, integridad e indivisibilidad. Si no concurren, el acreedor puede rehusar el pago.

Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ y a PÉREZ ÁLVAREZ⁴⁷, son requisitos objetivos del cumplimiento los siguientes:

a) La identidad entre el objeto de la obligación y el objeto del cumplimiento. Se contempla en el artículo 1157 de nuestro Código civil, que establece: "No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la presta-

⁴⁷RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *op. cit.*, pp. 140 y ss. y PÉREZ ÁLVAREZ en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, DE PABLO CONTRERAS, PÉREZ ÁLVAREZ, PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 154 y ss.

ción en que la obligación consistía". Por ello, en principio, el deudor no puede entregar cosa distinta. Así se establece en el artículo 1166: "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.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor."

Las diferencias entre la prestación debida y la realizada, teniendo en cuenta el "límite de tolerancia" determinarán si se ha cumplido la obligación. Así pues, deberá valorarse en cada caso concreto si se ha producido o no incumplimiento.

b) La integridad exige que la prestación sea cumplida en su totalidad. Así se prevé en el artículo 1157, que establece: "No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía". Se refiere a la cantidad, de modo que concurre este requisito cuando se realiza por completo la entrega de la cosa o la prestación de la actividad.

c) La indivisibilidad implica que el deudor debe realizar la prestación sin fraccionar o separar el objeto de la obligación de dar, hacer, o no hacer. En este sentido, el artículo 1.169 Cc. establece: "A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". Así pues, este requisito exige que el cumplimiento se realice de forma unitaria. Ahora bien, cabe el pacto en contrario.

Ha de concretarse que la indivisibilidad se refiere a la deuda líquida. Por ello, si hay una parte líquida y otra ilíquida, el deudor debe pagar la parte líquida. Así lo establece el art. 1.169 Cc. conforme al cual: "Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda". En definitiva, debe coincidir el objeto de la obligación con el del cumplimiento. No obstante, ha de recordarse que el artículo 1255 Cc. establece:

"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público."

Afirma PÉREZ ÁLVAREZ: "En suma: el obligado debe cumplir íntegramente y de modo unitario la misma prestación debida. Ahora bien, a los requisitos objetivos del pago examinados se sobrepone la autonomía de la voluntad de forma que nada obsta a que, en contra del requisito de la integridad o del de la indivisibilidad, el acreedor acepte, bien un pago parcial, o bien un fraccionamiento temporal del pago (cfr. art. 1.169 Cc.). E igualmente [...] el requisito de la identidad presenta excepciones en los supuestos de pago por cesión de bienes y de dación en pago."⁴⁸

En Derecho español, ha de advertirse que para que se considere incumplida la obligación de entregar una cosa determinada es preciso que el plazo sea esencial⁴⁹, pues en caso contrario, simplemente se trata de un retraso que se convertirá en mora si concurren los requisitos necesarios.

En el Proyecto de Pavía se regula esta materia en sede de incumplimiento. En Derecho español se establece una regulación similar a la de Pavía, si bien en sede de obligaciones (el término utilizado en el texto francés es 'obligation'). En este sentido se ha de entregar la cosa antes del término y de la manera prevista, sin defectos y esa misma cosa, según el Proyecto de Pavía. En nuestro Derecho, a mi juicio, es equivalente a que el pago debe cumplir los requisitos objetivos: identidad, integridad e indivisibilidad.

A continuación, en el Proyecto de Pavía se contempla la posibilidad de que se acepte otra cosa o en otro momento si así lo pactan las partes o lo dispone el Juez. En Derecho español se admitiría en virtud del principio de autonomía de la voluntad,

⁴⁸ PÉREZ ÁLVAREZ *op. et loc. cit.*, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

⁴⁹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 146 y PÉREZ ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 158

de modo que los contratantes podrán pactar un pago que no reúna los requisitos referidos, o simplemente el acreedor puede aceptar tal pago. Así sucede por ejemplo en los supuestos de dación en pago o pago por cesión de bienes.

b) Cosa indeterminada

(1) Proyecto de Pavía

El artículo 93 del Proyecto de Pavía se refiere al Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas en los siguientes términos:

"La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas solamente por su género se considera incumplida si no se entrega antes del término y de la manera prevista, si lo entregado es de una calidad o en una cantidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de las que no han sido entregadas todavía, o que dicha prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;

b) el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;

c) el acreedor acepte las cosas recibidas de calidad o en cantidad inferior, entregando una contraprestación proporcionalmente menor, cuya cuantía, en ausencia de pacto, sea fijada por el juez;

d) la cantidad de cosas debidas, o una parte, se haya perdido o deteriorado, sin responsabilidad del deudor, y el acreedor acepte la entrega de una cantidad de cosas diferentes o la sustitución de algunas de ellas o la reparación de aquéllas que presenten un defecto, o el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede considerarse cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o sustituidas en parte o reparadas."

(2) Derecho español

Respecto al requisito de la identidad señala PÉREZ ÁLVAREZ: "Pero la apreciación de que se ha observado el requisito de la identidad en el pago suscita sobre todo problemas en los casos de falta de determinación de la prestación cuando se constituyó la obligación. Así ocurre cuando el deudor a lo que se obligó fue a entregar una cosa indeterminada o genérica. En tales casos, ¿qué debe entregar el deudor para que pueda estimarse cumplido el requisito de la identidad? [...] el Código civil responde al interrogante planteado y lo hace optando, salvo acuerdo de las partes en contrario, por el criterio de la "calidad media". Expresamente, el art. 1.167 Cc. dispone lo siguiente: "*Cuando la obligación consista en entregar cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirle de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior*"."⁵⁰

En el Proyecto de Pavía se prevé que se entregue en el tiempo y forma que se pactó, el objeto de la obligación, salvo que el acreedor y deudor pacten de otro modo. En Derecho español, son requisitos objetivos del pago —como se ha indicado— la identidad, integridad e indivisibilidad. Ahora bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 1255 del Código civil, es posible que el acreedor o el juez, en su caso, pueda conceder una prórroga, aceptar cosas en cantidad inferior o de calidad superior o con la correspondiente rebaja en el precio, etc.

2. OBLIGACIÓN DE HACER**a) Proyecto de Pavía**

El art. 94 del Proyecto de Pavía regula el incumplimiento de una obligación de hacer en los siguientes términos:

⁵⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, *op.cit.*, p. 155.

"1. La obligación de hacer se considera incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o utilizando cosas o materiales inapropiados, a menos que, en los casos mencionados, y dejando a salvo los daños y perjuicios, el acreedor o el juez otorguen al deudor un plazo para la finalización de la obra, o para la eliminación de los defectos, o para la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de cosas o de materiales inapropiados que hayan sido empleados, siempre que tales reparaciones y sustituciones puedan considerarse razonables en virtud del contrato, de los usos, o de la buena fe.

2. No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin culpa, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal consistente en hacer, y el acreedor o el juez le otorgan la posibilidad de ser sustituido por otra persona competente, quedando toda responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión a cargo del deudor en todo caso.

3. Si se trata de una obligación de las mencionadas en el art. 75, apartado 3, se considerará incumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional exigida, cuando ésta sea requerida, y además que ha recurrido en tiempo útil a las técnicas necesarias, así como a los medios, instrumentos, lugares y colaboradores apropiados según las circunstancias."

LOBATO GÓMEZ ha valorado este precepto en los siguientes términos: "Una de las innovaciones más destacables del Código Europeo de Contratos en materia de incumplimiento es el acertado tratamiento que da a las obligaciones de hacer de carácter profesional que tanta importancia social y económica tienen actualmente, acogiendo sin reservas la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, coherentemente con lo que establece en su artículo 75"⁵¹. Finalmente con-

⁵¹ LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, p. 382. De modo más específico, cfr. JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultados: (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *ADC*, Vol. 44, N° 1, 1991, pp. 5-96 y LOBATO GÓMEZ "Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado", *ADC*, Vol. 45, N° 2, 1992, pp. 651-734.

sidera que "con una gran dosis de realismo y huyendo de posibles prejuicios dogmáticos, prescinde de cualquier consideración abstracta cuando acepta la diferencia entre las obligaciones de hacer de medios y de resultado en orden a su incumplimiento, y pasa a utilizar un doble criterio para determinarlo: a) que no se haya conseguido el resultado esperado al contratar, pues aunque no forme parte del contenido de la obligación contractual ambas partes lo tuvieron en cuenta al contratar; y, b) que el acreedor no haya puesto los medios prometidos para alcanzarlo, o, si se prefiere, que en su comportamiento no haya empleado la diligencia que era debida en la ejecución de su prestación de hacer."⁵²

b) Derecho español

El art. 1.166 Cc. establece que "*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. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor*". De este modo, será la voluntad del acreedor, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la que permitirá que no se respete el requisito objetivo de identidad del pago.

En el Proyecto de Pavía se regulan con más detalle los supuestos de incumplimiento. En nuestro Derecho existirá incumplimiento cuando el pago no cumpla los requisitos objetivos de identidad, integridad e indivisibilidad.

⁵² LOBATO GÓMEZ, "El incumplimiento del contrato" en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^a de la Cuesta y José M^a Caballero), Madrid, 2003, p. 391.

3. OBLIGACIÓN DE NO HACER

a) Proyecto de Pavía

El artículo 95 del Proyecto de Pavía establece:

"1. La obligación de no hacer se considera incumplida cada vez que se comete un acto que la viole, a menos que éste sea debido a un auxiliar o a un encargado que no tenga conocimiento de la prohibición que constituye el objeto del acuerdo y que ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y que el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reparación, y que este último las realice en tiempo útil, dejando a salvo los daños y perjuicios."

b) Derecho español

El Proyecto de Pavía regula con mayor minuciosidad este supuesto, fundamentalmente el incumplimiento de la obligación de no hacer por un auxiliar o encargado del deudor que ignora tal prohibición. No encuentro regulación similar en nuestro Derecho vigente, aun cuando la solución práctica sería respetar los referidos requisitos objetivos del pago. No obstante, el Juez podría autorizar o el acreedor podría aceptar, en virtud del referido principio de autonomía de la voluntad, una conducta diferente.⁵³

V. MORA DEL ACREEDOR

A. PROYECTO DE PAVÍA

En el artículo 103 *in fine* se incluye este supuesto. Incurrir en mora el acreedor cuando adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación. Al comienzo de este precepto se afirma: *"Incurrir en mora el acreedor cuando, sin motivo válido, no recibe, o rechaza, o impide, u obstaculiza el cumplimiento de la obligación del deudor; o cuando no realiza la opción pre-*

⁵³ Cfr. en este mismo sentido LOBATO GÓMEZ, *op.cit.*, p. 392.

vista en el artículo 87, apartado 2 respecto a una obligación alternativa, si la otra parte no tiene intención de realizarlo ella misma; o cuando no procura —estando obligado a ello— la presencia de un tercero, o la autorización o la licencia de la autoridad pública, prevista en el artículo 76, apartado 2”.

El artículo 104 regula expresamente el supuesto en que este comportamiento produce incumplimiento, en los siguientes términos: “1. En la situación descrita en el artículo anterior, el deudor puede requerir por escrito al acreedor que ponga fin a su conducta, especificando los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido u obstaculizado el cumplimiento, indicando las acciones u omisiones que deben cesar o los comportamientos necesarios por parte del acreedor, fijándole en dicho requerimiento un plazo apropiado, y en ningún caso inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.

2. Vencido el plazo, si el comportamiento referido no ha cesado, se reputará que hay incumplimiento por parte del acreedor.”

Ante esta conducta obstativa del acreedor, el artículo 105 prevé la reacción del deudor para quedar liberado:

“1. Si en el supuesto de la situación descrita en el artículo 103 el deudor, en lugar de establecer el incumplimiento del acreedor, pretende ejecutar la obligación que le corresponde para liberarse, está obligado a hacer al acreedor, en el lugar⁵⁴ en que dicha obligación deba ser cumplida, un ofrecimiento real o por requerimiento⁵⁵ de la totalidad de la prestación debida, incluidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas indicadas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que el ofrecimiento deba ser efectuado.

2. Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el importe exacto de la suma o la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con la auto-

⁵⁴ Parece que se trata de un error mecanográfico. En el texto francés consta *ou*, pero se ajusta mejor al sentido del precepto entender *où*.

⁵⁵ Tras consultar el Código civil italiano de 1942 y el actual Código civil francés, parece que la traducción más adecuada del término *sommation* es «requerimiento».

rización del juez, puede proponer el importe o la cantidad que ha fijado en virtud de los elementos de que dispone, comprometiéndose a pagar lo que finalmente resulte debido.

3. Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el apartado 2 de este artículo, la liberación queda subordinada al hecho de que el deudor pague lo que todavía debe según la petición fundada y motivada del acreedor.

4. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento, tratándose de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, debe consignar la cosa debida en las formas prescritas por el juez en el apartado 1 de este artículo, y respecto de las cuales, la solicitud puede proponerse en la forma establecida en dicho apartado. El juez determinará la liberación del deudor si la consignación está bien hecha. Si se trata de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir lo ordenado por el juez, que establecerá a continuación su liberación si el comportamiento del deudor es el adecuado.

5. El ofrecimiento es suficiente —y entonces no es precisa la consignación o el cumplimiento— si la prestación no puede ser ofrecida al acreedor o a su representante a causa de la ausencia o incapacidad de éstos para recibirla, o si hay incertidumbre, sin culpa del deudor, sobre la persona a la que debe ser realizada la prestación, o si varios sujetos afirman su derecho a obtenerla, o si hubiese perdido el título que establece que es el titular del derecho a la prestación, y estas circunstancias han sido especificadas en la petición mencionada en el apartado 1 de este artículo."

El artículo 305 del *Contract Code* establece: "La parte contratante que injustificadamente impida u obstaculice el cumplimiento de la otra parte incurre en incumplimiento de contrato."

En el artículo 101 del Proyecto de Pavía, referido al cumplimiento anticipado o realizado en cantidad superior a la debida, se establece: "El acreedor puede recibir la prestación realizada por el deudor antes del plazo fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, pagará una contraprestación proporcionalmente superior, pero si la rechaza, no se le considerará en mora."

En este sentido, afirma CABALLERO LOZANO que "habría que dispensar al deudor de la práctica del ofrecimiento de pago y no de la consignación judicial"⁵⁶.

B. DERECHO ESPAÑOL

La mora del acreedor puede producirse en aquellas obligaciones para cuyo cumplimiento es necesaria la cooperación del acreedor y éste se niega a recibir.

Así como el Código de Pavia regula los supuestos de mora del acreedor, cuándo constituyen incumplimiento y la reacción posible del deudor para quedar liberado (ofrecimiento de pago y consignación), nuestro Código civil no regula sistemáticamente esta materia. Sin embargo, se refiere a ella en diversos preceptos. Así, por ejemplo, en los artículos 1176 y 1185. El Código Civil español regula con cierto detalle el Ofrecimiento de pago y la consignación, en la Sección 1ª, dedicada al pago, incluida en el Capítulo IV del Título I del Libro IV.

Algunos autores estudian la mora del acreedor en sede de incumplimiento, pues se centran en la conducta del acreedor⁵⁷; y otros, en cumplimiento, pues se refieren básicamente a cómo el ofrecimiento de pago y, en su caso la consignación, es un medio de cumplimiento del deudor. Ahora bien, en la doctrina no es unánime la ubicación sistemática del ofrecimiento de pago y la consignación. Unos lo incluyen, como epígrafe separado dentro del tema del cumplimiento de las obligaciones; otros, como DÍEZ PICAZO⁵⁸ y ORDUÑA MORENO⁵⁹ lo incluyen bajo el epígrafe Subrogados del Cumplimiento.

⁵⁶ CABALLERO LOZANO, "Mora del deudor y mora del acreedor", en *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de las Mozas y de los Mozas* (dirigidos por Carlos Vattier, José M^o de la Cuesta y José M^o Caballero), Madrid, 2003, pp. 415.

⁵⁷ Cfr. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

⁵⁸ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Volumen II, Las relaciones obligatorias, Civitas, 1996, pp. 531 y ss.

⁵⁹ ORDUÑA MORENO, en VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, Valencia, 1998, pp. 171 y ss.

Según lo dispuestos en los artículos 1176 a 1181, en los que se regula el ofrecimiento de pago y la consignación, para que el deudor se libere de la obligación mediante el ofrecimiento de pago —en su caso— y la consignación se precisa lo siguiente:

1. El ofrecimiento de pago realizado por el deudor, cumpliendo los requisitos objetivos del pago —identidad, integridad e indivisibilidad— y la negativa injustificada del acreedor a aceptar el pago.

2. El anuncio previo a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación de la consignación que se va llevar a cabo.

3. La consignación. Se realizará, según el artículo 1178 del Código civil, *"depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás"* (art. 1.178.1º). Añade el párrafo 2º que la consignación deberá notificarse a los interesados. El artículo 1179, parece que teniendo en cuenta la injustificada conducta del acreedor, establece que *"Los gastos de la consignación, cuando sea procedente, serán de cargo del acreedor."*

Para que el deudor quede liberado es preciso que la consignación esté bien hecha, es decir que se haya realizado según lo dispuesto en los artículos 1176 a 1179, junto a los requisitos del pago. En caso contrario, la consignación, no extinguirá la obligación, como resulta del artículo 1180 de nuestro Código civil y, mientras tanto, el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación, como se deduce del artículo 1180.2 Cc.

4. Aceptación de la consignación por el acreedor, o declaración judicial, en su caso, de que la consignación ha sido hecha debidamente. En este caso podrá el deudor pedir al juez que mande cancelar la obligación, según el artículo 1180.1 Cc. Además, la consignación bien hecha surte los efectos liberatorios del pago, de modo que los codeudores y fiadores quedan liberados, como se deduce del artículo 1181 del Código civil.

Pero, como anticipamos, el Código civil exime en ciertos casos al deudor de hacer el ofrecimiento de pago. En concreto, no se precisa ofrecimiento de pago previo a la consignación cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación (cfr. art. 1.176, párr. 2º, Cc.). Sin embargo, en el Proyecto de Pavía se exige en estos caso el ofrecimiento de pago y se exime de la consignación.

VI. CONCLUSIÓN

El Proyecto de Pavía incluye un concepto legal de incumplimiento (en su artículo 89). Nuestro Código civil no lo incluye, pero ha sido elaborado por la doctrina. En concreto, prestigiosos juristas españoles proponen su inclusión en el Proyecto de Pavía. Su incorporación no supondría novedad en nuestro Derecho.

El Código de Pavía incluye el incumplimiento contractual de los auxiliares del deudor. Sin embargo, en el Código civil español no se regula como tal, sino como consecuencia de la responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando*.

Los artículos 90 y 91 del Proyecto de Pavía, referidos al incumplimiento anticipado, muestran la influencia del *Contract Code*, y no encuentran regulación similar en nuestro Código civil.

Sin embargo los artículos siguientes, (92, 93, 94, 95 y 96 del Proyecto de Pavía), relativos al incumplimiento de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, siguen un esquema similar al de Derecho español (artículos 1096-1098 Cc. y concordantes de la LEC.) Sobre estas distinciones de las obligaciones, en Derecho español se regula la ejecución, como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, en el Proyecto de Pavía se regulan los supuestos de incumplimiento, y en Derecho español, son los requisitos objetivos del pago (identidad, integridad e indivisibilidad) los que equivalen a esta regulación. En ambas regulaciones, el acreedor,

en virtud del principio de autonomía de la voluntad o, el Juez puede autorizar en determinados supuestos que se excluyan estos requisitos.

La mora del acreedor (arts. 103-105 del Proyecto) se regula en Derecho español como un supuesto en que el deudor puede consignar judicialmente. Es decir, el deudor pretende cumplir, el acreedor se niega a recibir. Incluso el requerimiento sin consignación es suficiente para que el acreedor incurra en mora.

Se observan diferencias en determinados supuestos en que en el Proyecto de Pavía basta con el ofrecimiento de pago, y sin embargo, en Derecho español no es preciso tal ofrecimiento y basta con la consignación. Así sucede cuando el acreedor estuviera ausente o incapacitado para recibir el pago, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar y cuando se hubiera extraviado el título de la obligación.



CAPÍTULO XII

**CESIÓN DE CONTRATO, CESIÓN DE
CRÉDITOS Y CESIÓN DE DEUDAS**

**(Comentario al Título IX del Libro I del
Anteproyecto de Código europeo de
contratos¹)**

José Antonio SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

¹ La versión oficial, en lengua francesa, se contiene en las páginas 59 a 68 de *Code européen des contrats. Avant-projet* (Coordinateur Giuseppe GANDOLFI). Livre premier, 1. Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 2ª ed., 2001. En este volumen, junto a la versión oficial se incluyen, además del prólogo y varias reflexiones y notas introductorias, los diferentes *Rapports introductifs*, obra del Coordinador, imprescindibles para averiguar los antecedentes y motivación de las reglas aprobadas. El *Rapport* relativo a la cesión de contrato y de las relaciones que nacen del mismo comienza en la página 295 y termina en la 350. En adelante la cita de esta obra se abreviará con el nombre de GANDOLFI, *Code européen des contrats*, y la página correspondiente.

En edición posterior de 2002 se incluyen también las versiones alemana, inglesa, española e italiana. La versión española se ha realizado bajo la supervisión de los profesores De los Mozos y Luna Serrano.

En este trabajo utilizaré la traducción española realizada bajo la supervisión del profesor García Cantero y publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2002, pp. 299-396, en la que soy responsable de la traducción de los artículos correspondientes a este Título IX.



SUMARIO: I. PRELIMINAR: 1. Regulación conjunta de los tres tipos de cesión: créditos, deudas y contratos; 2. Sistemática y terminología. II. CESIÓN DE CONTRATO: 1. El desarrollo de la figura y su admisión en Derecho español; 2. Concepto de "cesión de contrato"; 3. La autonomía de la voluntad con motivo de la cesión; 4. Modalidades de cesión; 5. Forma de la cesión y oponibilidad a terceros; 6. Derechos y obligaciones de los sujetos de la cesión: A) Relaciones entre cedente y contratante cedido; B) Relaciones entre cedente y cesionario; C) Relaciones entre cesionario y cedido. III. CESIÓN DE CRÉDITOS: 1. Planteamiento general; 2. Transmisibilidad de los créditos: A) Créditos que pueden ser objeto de cesión; B) Créditos no cedibles; 3. Modalidades de cesión de créditos: A) Dos modalidades alternativas; B) Modalidades excluidas de esta regulación; 4. Efectos de la cesión de créditos: A) Frente al deudor cedido; B) Frente a los terceros; C) La extensión de la cesión a los accesorios del crédito; 5. Obligaciones de las partes, en general; 6. En particular, las obligaciones de garantía del cedente: A) Cedente de buena fe y a título oneroso: a) Garantía de la veritas y de la bonitas nominis; b) Contenido de la responsabilidad del cedente; B) Cedente de buena fe y a título gratuito o de mala fe; 6. Derechos de las partes: A) Relaciones entre el cesionario y el deudor cedido. Excepciones oponibles; B) Derechos del nuevo acreedor por subrogación legal. IV. CESIÓN DE DEUDAS: 1. Características generales y contenido de la regulación propuesta; 2. El cambio de deudor en el Código español. Estado de la cuestión; 3. Cambio de deudor por novación o por asunción de deuda: A) Contenidos imperativos del cambio de deudor: a) Asunción de deuda; b) Cambio de deudor por novación; B) Libertad para configurar el cambio de deudor; C) Aplicación supletoria de la regulación del cambio de deudor. 4. Modalidades de cambio de deudor: A) Asunción meramente interna; B) Asunción interna y externa; C) Expromisión o asunción sólo externa; D) Asunción de deuda como negocio abstracto; E) Cambio de deudor por novación subjetiva. 5. Relaciones entre el deudor primitivo y el nuevo; 6. Relaciones entre el acreedor y el nuevo deudor: A) Excepciones oponibles por el nuevo deudor; B) La suerte de las garantías del crédito; C) La insolvencia del nuevo deudor; D) Invalidez de la obligación novada o asumida.

I. PRELIMINAR

I. REGULACIÓN CONJUNTA DE LOS TRES TIPOS DE CESIÓN: CRÉDITOS, DEUDAS Y CONTRATOS

El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía, conocido como "Proyecto Gandolfi" o "Código de Pavía", que pretende alcanzar la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, en el ámbito de la Unión europea, mediante la aprobación por ley de las reglas necesarias articuladas en forma de código², dedica el Título IX del Libro I, correspondiente a la parte general, a la regulación de la *cesión de contrato y de las relaciones que nacen del mismo*, regulación sistemática y completa, que se extiende desde el artículo 118 al 127, ambos inclusive, distinguiendo en tres secciones sucesivas la *cesión de contrato* (Sección 1ª: arts. 118 a 120), la *cesión de créditos* (Sección 2ª: arts. 121 a 124) y la *cesión de deudas* (Sección 3ª: arts. 125 a 127).

La rúbrica del Título, que puede parecer algo enigmática de entrada al aludir sin mayores precisiones a la cesión de las relaciones que nacen del contrato, queda aclarada con la sistemática del mismo que, junto a la cesión de contrato, trata en concreto de la cesión de créditos y de la cesión de deudas. En el régimen de estas figuras se atiende también, en particular, a la suerte de las garantías y a las excepciones oponibles.

La cesión de créditos se halla regulada en los países de la Unión europea sin excesivas diferencias de fondo (si bien, en Alemania y Austria es considerada un contrato abstracto), o, al menos,

² En palabras del profesor DE LOS MOZOS en el Prólogo a la 2ª ed. de *Code européen des contrats*, op. cit., pág. X. También pueden verse en el mismo volumen, algunas contribuciones de los propios académicos de Pavía sobre la naturaleza y filosofía de este Anteproyecto de Código europeo, como las "Reflexiones marginales" de Jean CARBONNIER (págs. XIII-XV), la "Nota introduttiva" de Pietro RESCIGNO (págs. XVII-XIX), o la "Introduction" de Giuseppe GANDOLFI (págs. XLIX-LVIII), Coordinador del grupo de trabajo que ha preparado el Anteproyecto.

con muchas menos diferencias que en materia de cesión de deudas o cesión de contrato. En España, como en Francia, dicha regulación se halla contenida en el Código civil en el título dedicado a la compraventa (arts. 1526 a 1536 Cc.) porque se parte del principio de que el crédito es un bien y de que frecuentemente la cesión tiene lugar a título oneroso. Es peculiar de nuestra regulación la distinción entre cedente de buena fe y mala fe².

La posibilidad de una de las partes contratantes de ceder a un tercero las obligaciones nacidas del contrato está excluida en el *Contract code* de McGregor (art. 662) pero, en cambio, se halla ampliamente regulada en el Código civil italiano (que distingue entre delegación, expromisión y sustitución o "accollo": arts. 1268-1274), que son los dos modelos tomados como punto de partida para la redacción de las reglas del «Proyecto de Pavía». En los Códigos francés y español la cesión de deudas está regulada como una forma de novación de la obligación (arts. 1203.3º y 1205 a 1207 Cc. español; arts. 1275 y 1276 Cc. francés), la que se produce por el cambio o sustitución del deudor, si bien la jurisprudencia y la doctrina admiten que el cambio de deudor puede tener lugar también sin extinción de la obligación (novación modificativa o asunción de deuda). Por otra parte, la asunción de deuda está prevista, aunque de manera más restrictiva que en el Código italiano, en el BGB (§§ 414 a 418), en el Código austríaco (§§ 1405 y 1406), en el Código suizo de obligaciones (arts. 176-180), en el Código holandés (art. VI-156 y ss.), en el

² GANDOLFI, en el *Rapport* correspondiente a estos artículos, además de describir la regulación de estas materias en el *Contract code* de McGregor (arts. 661-673) y en el Código civil italiano (arts. 1406-1410 —cesión de contrato—, 1260-1267 —cesión de créditos—, 1268-1274 —delegación, expromisión y sustitución—), que son los dos esquemas que sirven de base a los trabajos de los académicos, da cuenta también de la regulación contenida en el Código francés, español, alemán, suizo de las obligaciones y holandés (*Code européen des contrats*, págs. 295 a 304).

En particular, de la cesión de créditos se ocupan los arts. 661 a 673 del *Contract code* de McGregor, arts. 1260 a 1267 del Cc. italiano, arts. 1689 y ss del Cc. francés, §§ 398 a 413 del BGB, arts. 164 y ss. del Código suizo de las obligaciones y art. VI-145 del Código holandés.

Código griego (arts. 471 a 475) y en el Código portugués (arts. 595 y ss.)⁴.

Ante un panorama tan diverso, el Anteproyecto de Código europeo de contratos ha optado por regular la cesión de deudas de una manera sencilla, pero al mismo tiempo dejando un amplio campo a la autonomía de la voluntad. La regulación menciona también la cesión por novación, y para satisfacer las exigencias del área alemana prevé la posibilidad de que tenga lugar con abstracción de la causa.

Los juristas ingleses entendieron que el Código europeo de contratos, al no tratar de la obligación en general, no debía ocuparse tampoco de su modificación por cambio de acreedor o deudor⁵. Ciertamente, la cesión de créditos y la asunción de deudas no son materias propias de la teoría general del contrato sino de la parte general del Derecho de obligaciones, en donde suelen ser estudiadas por los autores, en ocasiones junto con la figura de la cesión de contratos (así lo hace, por ejemplo, DÍEZ PICAZO en los *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*⁶) que, en cambio, sí que es propia de la teoría general del contrato. Por ello, también hay autores que la estudian en la parte general de los contratos separadamente de las otras dos figuras (así, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO en los *Elementos de Derecho Civil*⁷).

⁴ Como se ha dicho, la información sobre la regulación contenida en el *Contract code* de McGregor y en el Código civil italiano, que son los dos esquemas que sirven de base a los trabajos del grupo de Pavía, así como en los Códigos francés, español, alemán, suizo de las obligaciones y holandés, la facilita el propio GANDOLFI en los dos puntos iniciales de su *Rapport* relativo a este Título (págs. 295 a 304). La información sobre la regulación en los restantes Códigos citados procede de las contribuciones de los Académicos recogidas en *Code européen des contrats*, páginas 304 a 342.

⁵ GANDOLFI, *Code européen des contrats*, págs. 307-308.

⁶ En la cuarta edición (primera de Civitas), de 1993, que es la que aquí voy a seguir, en el volumen II dedicado a las relaciones obligatorias, comienza hablando de las modificaciones de la relación obligatoria, luego se refiere a los cambios de acreedor y de deudor, con alusión especial a la delegación, y termina con la cesión de contrato (págs. 791 a 869).

⁷ En la segunda edición de los *Elementos de Derecho Civil, II: Derecho de obligaciones*. Vol. I: *Parte general. Teoría general del contrato*, revisada y puesta al día por F. Rivero Her-

Sin embargo, parece obvio que la admisión de la cesión de la entera posición contractual de una de las partes en un contrato entraña el reconocimiento de la posibilidad de ceder los créditos y deudas nacidos de ese contrato, porque si se puede lo más se ha de poder lo menos: si se puede ceder globalmente toda la posición contractual también se ha de poder ceder aisladamente los créditos o las deudas que la componen. Hay, por tanto, una clara relación entre la cesión de contrato y la modificación subjetiva de la obligación por cambio de acreedor o deudor, lo que permite, o incluso aconseja, tratar de las tres figuras conjuntamente, cosa que en tal caso la doctrina suele hacer en sede de teoría general de la obligación⁶.

2. SISTEMÁTICA Y TERMINOLOGÍA

El Anteproyecto de Código europeo de contratos, en cambio, se ha inclinado por regular conjuntamente las tres figuras, comenzando por la cesión de contrato que sirve de punto de conexión a las otras dos, en un mismo Título del Libro Primero dedicado a la parte general del contrato.

Puede afirmarse, en consecuencia, que —como dice DE LOS MOZOS— la parte general del Código europeo de contratos “es mucho más que lo que, en la dogmática y en la legislación de los países del *Civil law*, se denomina comúnmente *doctrina general del contrato*, por comprender otras cuestiones del Derecho de obligaciones”⁷.

nández, la cesión de créditos, así como la asunción de deuda, la delegación y figuras afines, aparecen tratadas en la parte general del Derecho de obligaciones (págs. 215 a 224 y 320 a 328); mientras que la cesión de contrato se incluye en la Teoría general del contrato en un apartado titulado eficacia y dinámica del contrato (págs. 531 a 535).

⁶ En España, la Compilación navarra dedica un capítulo, dentro del Título sobre las obligaciones en general, a la cesión de las obligaciones en el que trata sucesivamente de la cesión de créditos, la asunción de deudas y la cesión de contrato, si bien añade también el contrato con facultad de subrogación (leyes 511 a 514).

⁷ DE LOS MOZOS, *op. et loc. cit.*

La cesión de contrato sólo está prevista de manera general en algunos países europeos (Italia, Portugal, Holanda)¹⁰, mientras que en otros, no estando regulada globalmente en su Código civil, aparece contemplada como cesión *ex lege* en la regulación de algunos contratos determinados como en el arrendamiento o en el contrato de trabajo en caso de venta de empresa, etc. (Francia, Alemania, España). En estos países, partiendo de la existencia de esos supuestos especiales de cesión de contrato *ex lege*, la opinión dominante considera que la cesión voluntaria de la posición en un contrato es también admisible, si bien, en cuanto implica cesión conjunta de créditos y deudas, requiere el concurso de las voluntades de cedente, cesionario y cedido. La mayoría de los académicos, con excepción de los del área inglesa, consideró oportuno regular expresamente en el Anteproyecto de código europeo de contratos la cesión de la posición contractual de una de las partes, además de para evitar toda posible interferencia con el contrato a favor de tercero, por ser una situación muy frecuente en la vida económica actual que engloba tanto la cesión de créditos como la cesión de deudas, figuras que no suelen emplearse con tanta frecuencia aisladamente, especialmente la cesión de deudas¹¹.

Es una importante novedad la regulación de los tres tipos de cesión y es también novedoso y muy positivo que la regulación se haga conjuntamente en un mismo título, facilitando su estudio y mejor comprensión así como la más fácil diferenciación de otras figuras de distinta naturaleza (la novación, el contrato a favor de

¹⁰ En el Cc. italiano se ocupan de la cesión del contrato los arts. 1406 a 1410, en el Código holandés el art. VI-159, y en el portugués los arts. 424 a 426 (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, págs. 296-297, 304 y 311-312).

¹¹ Además de los Académicos de los países en los que la cesión de contrato se halla regulada de forma general, se muestran a favor de su regulación en el Anteproyecto todos los del área alemana (Medicus, Rainer, Schlechtriem y Siehr), Daskarolis (área helénica), Carbonnier y Sortais (área francófona), De los Mozos y García Cantero (área española). Se oponen, junto a los juristas ingleses, Stranard y Sace (del área francófona). Puede verse las contribuciones de los Académicos a propósito de la cesión de contrato en GANDOLFI, *Code européen des contrats*, págs. 304-313.

tercero)¹². Tal vez hubiera sido más lógico tratar primero de la cesión de créditos, después de la cesión de deuda y por último de la cesión de contrato: este es el orden en que históricamente estas instituciones han ido naciendo y consolidándose en el mundo jurídico y es también el que va de lo más sencillo a lo más complejo. No obstante, hay que tener en cuenta que, al ser un código de contratos, la figura central para él es la cesión de contrato y que, además, en la práctica es la más usada, por lo que parece justificado que haya comenzado por ella y a continuación haya expuesto el régimen de las cesiones de créditos y deudas realizadas aisladamente y, por tanto, al margen de la cesión de contrato.

La terminología empleada parece adecuada en líneas generales; no obstante, el término "cesión" o "transmisión" parece adecuado cuando se aplica a los créditos o al contrato mismo (entendida como cesión de la posición contractual), casos en los que hay un activo, un valor positivo, que se transfiere de un titular a otro, pero en cambio parece inadecuado tanto para la asunción de deuda como para la novación de la obligación por cambio de deudor: en estos supuestos el deudor primitivo no cede o transmite al nuevo la deuda (ya sea la misma o una nueva surgida de la novación) sino que éste la absorbe o asume, por la causa que sea; las deudas no pueden ser el objeto de un contrato traslativo en el

¹² La profesora Silvia DÍAZ ALABART («La recodificación en España: un futuro incierto», en *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo. Materiali del Seminario 2007* (Consiglio Nazionale Forense) raccolti da Guido Alpa e Emilio Nicola Bucico. Giuffrè editore, Milano, 2002, págs. 157-185) nos informa de que la sección civil de la Comisión General de Codificación lleva algún tiempo preparando de «motu proprio», esto es sin que exista un encargo del Gobierno para hacerlo, una propuesta de modificación o reelaboración de la parte del Código civil referente al Derecho de obligaciones, lo que sin duda supone —independientemente de cuales puedan ser los resultados prácticos de este trabajo—, una labor encomiable, y de interés para cualquier jurista. Actualmente se encuentra bastante avanzada la parte correspondiente a la teoría general de las obligaciones y contratos (Libro IV del Código, Títulos I a V). Pues bien, en la página 173 dice que «como acierto indudable se presenta la regulación de la novación extintiva independientemente de las meras modificaciones de la obligación, materias que se encuentran entremezcladas en el Código civil».

que el deudor sea el cedente o transmitente: quien nada tiene nada puede transmitir y quien tiene menos que nada (el deudor) aún puede transmitir menos.

Tras estas observaciones iniciales vamos a pasar a analizar el contenido de cada una de las secciones, tratando de poner de manifiesto las consecuencias que para el Derecho español tendría la entrada en vigor de una regulación como la propuesta en este Anteproyecto, para lo cual es necesario compararla con la contenida en el Libro IV del Código civil español y con la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia vienen haciendo, en términos generales, de ella. Para esta tarea nos vamos a servir especialmente, sin que ello excluya la consulta de obras más generales y algunas monografías, de los *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* de DÍEZ-PICAZO, obra que refleja mejor que ninguna otra el estado de la cuestión en estas materias en el Derecho español.

II. CESIÓN DE CONTRATO

1. EL DESARROLLO DE LA FIGURA Y SU ADMISIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

La regulación de este Título IX del Proyecto comienza, como se ha dicho, por el final, es decir por la figura de la cesión de contrato, que es "el último, en el orden del tiempo, de una serie de esquemas que la ciencia jurídica ha venido elaborando en el curso de los siglos para viabilizar el complicado fenómeno de la comercialización y dinamización de la relación obligatoria a partir de un cambio de sujetos en la misma"¹³. Primero se admitió la cesión de créditos, después la asunción de deuda y finalmente la llamada "cesión de contrato" o, mejor dicho, la cesión de la posición contractual de una de las partes de un contrato¹⁴.

¹³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, 1993, pág. 859.

¹⁴ Una exposición reciente, breve aunque bien documentada, sobre el desenvolvimiento del instituto de la cesión de contrato puede verse en FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «La cesión de contrato», en *Código Europeo de Contratos*. Academia de Inusprivatistas

Esta nueva figura tiene como presupuesto la admisibilidad por separado de la cesión de créditos, por un lado, y de la asunción de deudas, por otro. Si las partes de la relación obligatoria son simplemente uno acreedor del otro y éste deudor del primero, el cambio de sujeto activo o pasivo de la relación contractual puede conseguirse a través de la cesión de créditos y de la asunción de deuda respectivamente. Empero, cuando se trata de un contrato con prestaciones recíprocas que están aún pendientes de ejecución, en todo o en parte, los sujetos de esta relación contractual son entre sí a la vez acreedores y deudores, de manera que el cambio o sustitución de una de las partes del contrato implica la cesión de sus derechos de crédito a un tercero y también la asunción por éste de las deudas del cedente, asunción que tendrá efecto liberatorio si el contratante cedido la consiente¹⁵.

Por tanto, la admisión de la cesión de la entera posición contractual en un contrato que produce relaciones sinalagmáticas entre las partes requiere de manera necesaria no sólo la admisión de la cedibilidad de los derechos de crédito, que es un fenómeno universalmente admitido, sino también la "transmisibilidad" de las deudas y el cambio de deudor sin que por ello la obligación deje de ser objetivamente la misma, lo cual es algo que no todos ordenamientos admiten. Sin admitir la asunción de deudas es imposible configurar la cesión de contrato.

Aún admitida la asunción de deudas, la cesión de un contrato puede configurarse, de conformidad con la teoría atomista o teoría de la descomposición —ya felizmente superada—, como

Europeos (Pavía), II: *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, págs. 453-480.

¹⁵ Como dice FERNÁNDEZ ARROYO, «la figura encuentra su campo de aplicación y su más firme sosten en los contratos de ejecución continuada o periódica, aunque también es posible en los de ejecución total o parcialmente diferida a su celebración, como acontece, por ejemplo, con la venta a plazos. En cambio, huelga hablar de transmisión de la posición contractual en los contratos de ejecución instantánea al coincidir la perfección estructural del contrato con la consumación del mismo» (*op. cit.*, pp. 453-454).

la cesión por separado de cada uno de los créditos y de cada una de las obligaciones que integran la entera posición contractual de una de las partes. No se trataría de un único negocio, sino de una serie de negocios diferentes (cesiones de créditos y asunciones de deudas), que a lo sumo aparecerían entre sí coligados por referirse cada uno de ellos a los elementos que integran la posición contractual de una de las partes.

En la actualidad la doctrina acoge de manera generalizada la "teoría unitaria" que configura la cesión de un contrato como una transferencia única que es referida a la posición contractual que se transfiere como un todo. "Se trata, en suma, de que circule y se transmita una relación contractual en su complejo o en su unidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de escindir el fenómeno en una serie de transmisiones separadas de los elementos activos (cesión de créditos) y de los elementos pasivos (asunción de deudas)"¹⁶.

Así configurada, la cesión de contrato se ha ido imponiendo en la práctica y se halla ampliamente difundida en la vida económica actual porque, además de poder contribuir a la reducción de gastos (gastos de documentación, de orden fiscal, de sucesivas negociaciones), permite que la relación contractual ya establecida continúe produciendo una utilidad y desarrollando sus propios fines, con independencia de los sujetos que la soportan o que se sirven de ella¹⁷. La difusión de esta figura, que como se acaba de decir produce la transmisión global y unitaria de todos los derechos y obligaciones de una de las partes del contrato, ha tenido como contrapartida que la simple cesión de un crédito o la asunción de una deuda, permaneciendo el resto del contenido de la posición contractual en manos del cedente, no sean fenómenos frecuentes, pero sí posibles. La mayoría de las cesiones de créditos y asunciones de deudas tienen lugar en el seno de negocios de cesión de contratos.

¹⁶ Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, pág. 859.

¹⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, pág. 860.

En el Código civil español no está regulada con carácter general la figura de la cesión de contrato¹⁸, si bien "la ley la contempla y la admite en algunas concretas ocasiones de las que son buen ejemplo la cesión del arrendamiento, la cesión de los contratos de trabajo —sobre todo en la transmisión de la empresa— y la cesión de la relación contractual en las acciones no liberadas de una sociedad anónima¹⁹. Aunque en el Derecho estatal falta una regulación general, la mayoría de la doctrina ha defendido que es posible convenir la cesión de una relación contractual como una cesión unitaria al amparo del principio de libertad contractual del art. 1255 Cc. sin que ello implique novación, es decir extinción del contrato originario y su sustitución por otro nuevo²⁰.

¹⁸ La figura fue regulada por primera vez en los arts. 1406 a 1410 del Cc. italiano de 1942 y tiempo después en los arts. 424 a 427 del Cc. portugués de 1966, más recientemente también en el Código holandés (art. VI-159).

En España, la Compilación de Navarra de 1973 regula expresamente la figura en la Ley 513 que dice así: «Todo contratante puede ceder el contrato a un tercero, para quedar sustituido por éste en las relaciones pendientes que no tengan carácter personalísimo.

Si una de las partes hubiere consentido preventivamente la cesión del contrato a un tercero, la sustitución será eficaz, respecto a aquella, desde el momento en que le hubiere sido notificada; si no hubiere consentido preventivamente la cesión, ésta sólo le afectará si la aceptare.

Desde que sea eficaz la sustitución, por la notificación o aceptación en sus respectivos casos, el cedente queda desligado del contrato, y el cesionario subrogado en su lugar.

El contratante cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente.

Los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento del contrato quedarán liberados por la cesión, a no ser que hubiesen prestado su consentimiento.»

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 859. De la cesión del arrendamiento de vivienda se ocupa el art. 8.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que requiere el consentimiento escrito del arrendador; el art. 32.2 del mismo texto legal se ocupa de la cesión del arrendamiento en que se ejerza una actividad empresarial o profesional, caso en que no se requiere el consentimiento del arrendador. En el ámbito del Derecho público, el art. 114 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, considera codibles los contratos administrativos con la autorización expresa y previa del órgano de la contratación, siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido la razón determinante de la adjudicación del contrato.

²⁰ Para la doctrina tradicional, de la que es representante máximo DE CASTRO («Cesión del arrendamiento y subarriendo», *RCLJ*, 1930), toda cesión de contrato entraña una nova-

También la jurisprudencia ha reconocido, a la luz de dicho principio, que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en la relación derivada de un contrato con prestaciones recíprocas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) presta su consentimiento anterior o coetáneo o posterior²¹.

CRISTÓBAL MONTES llega a la conclusión de que "la cesión de contrato no es sino una manifestación concreta del mecanismo sucesorio general, que importa una auténtica y genuina sucesión a título particular y por acto entre vivos en el contrato, dispuesta por la voluntad de los interesados (cesión negocial o *ex voluntate*), en cuanto un tercero subentra en la posición de parte contractual, reemplazando o sustituyendo a uno de los contratantes originarios en la titularidad activa y pasiva de la totalidad (como conjunto unitario) de las relaciones jurídicas derivadas de la relación contractual transferida"²².

La amplia regulación general de la cesión de contratos contenida en el Anteproyecto de Pavía (art. 118 a 120), totalmente acorde con los principios de libertad de contratación y libre con-

ción subjetiva de la relación jurídica. Importantes defensores de la teoría unitaria han sido GARCÍA AMIGO: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; CRISTÓBAL MONTES: «La cesión de contratos», ADC, tomo XXI, 1968, pp. 851 y ss. (= en *Estudios de Derecho civil*, Caracas, 1970; y en *Estudios de Derecho de obligaciones*, Librería General, Zaragoza, 1985).

En la doctrina actual, ver por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, págs. 860-861 y LACRUZ BÉRDEJO, *Elementos*, II-1°, p. 532.

²¹En las primeras sentencias dictadas en esta materia (como las de 14 junio 1966 y 25 abril 1975) el Tribunal Supremo fundamentó la figura recurriendo a las disposiciones previstas para la transmisión de las singulares relaciones obligatorias, al entender que la figura estaba amparada por lo que a los derechos se refiere en el art. 1526 y en cuanto a las deudas en los arts. 1203, en relación con el 1204 y 1205, todos ellos del Código civil. En la jurisprudencia más reciente (por ej., Ss. 23 febrero 1984, 4 febrero 1993, 19 mayo 1998, 9 diciembre 1999), el Tribunal Supremo dice que, aunque la cesión de contrato no está contemplada especialmente en el Código civil, es posible a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el art. 1255 del Código civil, en relación al 1091. Vid. FERNÁNDEZ ARROYO: «La cesión de contrato», cit., p. 461, nota 24.

²²«La cesión de contrato», op. cit. p. 175 de sus *Estudios de Derecho de obligaciones*, Ed. Librería General, Zaragoza, 1985, de donde lo cito.

currencia, hace gala de una técnica precisa y depurada, aunque lógicamente está muy influida por la regulación que en las secciones siguientes hace de la cesión de créditos y la cesión de deudas, algunos de cuyos preceptos se reproducen parcialmente aquí y en otros es preciso, para completarlos, tener en cuenta lo regulado luego en dichas secciones. Desde el punto de vista del Derecho del Código civil español es una regulación que se acomoda bien a las exposiciones de la doctrina y la jurisprudencia por lo que su puesta en vigor no supondría grandes cambios ni contratiempos y, en cambio, facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación práctica de esta figura al llenar el vacío legal actualmente existente²³.

2. CONCEPTO DE "CESIÓN DE CONTRATO"

El artículo 118 del Anteproyecto lleva por rúbrica "concepto", titulillo que no refleja con total precisión el contenido total del precepto, porque sólo el apartado 1 es el que propiamente se ocupa de definir esta figura, mientras que los restantes añaden otras cuestiones meramente complementarias, aclaratorias o delimitadoras de su ámbito de aplicación; también porque en el apartado 1, como veremos, falta un requisito necesario para completar el concepto que es el consentimiento del contratante cedido, según se deduce con claridad del art. 119²⁴.

²³ FERNÁNDEZ ARROYO señala como aspecto más innovador de la regulación de la figura en el Anteproyecto de Pavía la consagración desde una perspectiva general de la idea de mutabilidad del contenido del contrato cedido («La cesión de contrato», cit., p. 455). Añade en la p. 463 que «con ello el Grupo de Trabajo de Pavía ha venido a marcar un verdadero hito histórico en la materia, hasta el punto de poder afirmar, sin que ello entrañe exageración alguna, que la cesión de contrato representa, en este nuevo sistema, la definitiva culminación del paulatino proceso de superación experimentado a lo largo del pasado siglo en torno a la transmisión de la posición contractual, al propiciar su transferencia a un tercero sin necesidad de que la relación permanezca inalterada en su dimensión objetiva».

²⁴ Nos dice GANDOLFI que el art. 118 ha sido diseñado modificando en varios puntos la fórmula del art. 1406 del Código italiano. Todas las innovaciones se inspiran en el principio de la autonomía privada, al que se ha puesto sin embargo el límite de que la concreta relación en sentido amplio permita la cesión (*Code européen des contrats*, págs. 342-343).

El Anteproyecto utiliza en la rúbrica de la sección y luego en el articulado la terminología tradicional de "cesión de contrato" pero no ignora su impropiedad y a la hora de construir su concepto la sustituye por la "cesión de la posición contractual" de las partes de un contrato²⁵. El objeto de la cesión no es el contrato mismo como negocio jurídico, sino la situación creada por él para cada una de las partes contratantes concebida como un todo: lo que cada una de las partes puede ceder a uno o varios terceros es, como dice el apartado 1, "su propia posición contractual en un contrato cuyos efectos no han concluido todavía", clara manifestación de la llamada concepción unitaria.

Ahora bien, aunque no está dicho directamente, normalmente se tratará de cesión de la posición contractual en un contrato del que derivan prestaciones recíprocas para ambas partes (obligaciones sinalagmáticas), como lo corroboran los art. 118.2 y 120.3 del Anteproyecto, pero no cabe descartar tampoco que la cesión de contrato pueda ser de utilidad también en los unilaterales.

Además se precisa que los efectos de este contrato creador de obligaciones recíprocas para las partes no hayan terminado todavía, es decir que las prestaciones convenidas por las partes estén aún pendientes de ejecución, en todo o en parte, o que se trate de contratos de ejecución continuada o periódica. No impide la cesión el hecho de que la ejecución del contrato haya comenzado; lo necesario es que no haya concluido aún, de manera que pueda existir un tercero interesado en continuarla²⁶.

La cesión de contrato está condicionada por el límite genérico de que la concreta relación contractual lo permita. La introducción de este inciso en el art. 118.1 obedece a la necesidad de salvaguardar el conjunto de hipótesis en las cuales la cesión se considera inadmisibles en virtud de la ley o por la naturaleza misma

²⁵ Así lo habían sugerido Antunes Varela, Bianca, Carboennier, Oppo y Trabucci (GAN-DOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 342).

²⁶ Se defiende incluso la aplicación de la cesión a los contratos bilaterales en los que una de las partes haya cumplido por entero sus prestaciones. Ver, por todos, FERNÁNDEZ ARROYO, «La cesión de contrato», op. cit., pp. 477-478.

del contrato²⁷. «Con ello —dice FERNÁNDEZ ARROYO— se ha venido a reforzar el carácter absoluto de las prohibiciones legales impuestas en la materia por los distintos Estados miembros de la Unión Europea, con el objeto de tutelar diversos intereses pertenecientes al orden público económico, por lo que no podrán quedar sin efecto con la voluntad del contratante cedido al tratarse de una materia indisponible, en contra de lo hasta ahora defendido por quienes les otorgaban un mero carácter relativo [...] Tampoco serán cedibles los contratos en los que la cesión se haya excluido convencionalmente, dado que el pacto de incedibilidad equivale a considerar infungibles las personas de los contratantes. Por la misma razón tampoco podrán cederse los contratos *intuitu personae*, aunque no se haya establecido a este respecto ninguna interdicción expresa. Con esta solución culmina la tendencia progresiva a la inadmisión de la cesión en los contratos personalísimos, como lo corroboran el párrafo final de la ley 513 del Fuero Nuevo de Navarra y el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a *contrario sensu* interpretado»²⁸. Estos límites de la cesión de contrato están más desarrollados en los artículos 121 y 122.1 para la cesión de créditos.

En otros incisos introducidos en el Anteproyecto se contempla expresamente la posibilidad de ceder el contrato a título gratuito u oneroso, total o parcialmente, y a uno más terceros²⁹. Que

²⁷ Así lo dice GANDOLFI (*Code européen des contrats*, pág. 342), quien añade que el inciso procede del art. 665 del *Contract code* y así fue sugerido, entre otros, por Ferri.

Si la relación lo permite «concrètement» no debe traducirse por si la relación lo permite «en concreto» o «expresamente», sino simplemente si la concreta relación lo permite, en el sentido indicado por GANDOLFI.

²⁸ «La cesión de contrato», op. cit., pp. 476-477. En el Derecho español, DÍEZ PICAZO defiende el alcance puramente relativo de las prohibiciones legales, así como que no constituye ningún obstáculo para la cesión de contrato el *intuitu personae* si concurre el consentimiento de los tres interesados (Fundamentos, pp. 865-866). El art. 70 de la Ley de Arrendamientos Rústicos ha establecido, además de la nulidad de la cesión de los derechos del arrendatario, que no podrá ser convalidada por el consentimiento del arrendador.

²⁹ El primero según propuesta de Antunes Varela, Blanca y García Cantero; el segundo sugerido por Blanca y el tercero apuntado por Giorgianni para la cesión de deuda (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 342-343).

la cesión de la posición contractual pueda ser a título gratuito u oneroso muestra que no se trata, al menos en nuestro Derecho, de un contrato abstracto, sino que tiene siempre causa aunque ésta sea variable. El cedente puede transmitir su posición contractual por mera liberalidad o bien onerosamente porque recibe a cambio una contraprestación o porque se ha obligado previamente a ello o porque el cedente fue originariamente un gestor, aunque actuando en su propio nombre, etc.³⁰

Si la posición contractual puede transmitirse por entero o totalmente, también ha de poderse transmitir sólo parcialmente, en ambos casos a favor de uno o más terceros; las posibles combinaciones resultantes de estas posibilidades son múltiples, desde la más sencilla en la que el cedente cede toda su posición contractual a un tercero, hasta la más compleja en que el cedente sólo cede parte de su posición contractual y lo hace a favor de varios terceros. También puede suceder que el cedente sea sólo uno de los varios sujetos existentes en la misma posición contractual. En todos los casos en que como consecuencia de la cesión haya una pluralidad de sujetos en la posición contractual objeto de cesión, habrá que estar a lo pactado y, en su defecto, entender que son acreedores-deudores mancomunados parciarios. Para la cesión parcial de un crédito hay norma especial en el apartado 2 del art. 121 que bien puede ser también de aplicación a la cesión parcial de una posición contractual en lo relativo al ejercicio del derecho de crédito.

³⁰ Así se entendía ya mayoritariamente en nuestra doctrina. Ver, por todos, DÍEZ—PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 866. Como dice FERNÁNDEZ ARROYO, «el Grupo de Trabajo de Pavía ha venido a dar la razón a quienes consideraban que, aunque la función típica de este negocio es siempre constante por consistir en la transmisión de la posición contractual, sin embargo su causa es variable o fungible, pero no por asumir la causa del contrato cedido como ha pretendido algún autor, porque si así fuera el contrato quedaría configurado como un contrato derivado o subcontrato, sino porque varían los intereses en cada caso perseguidos, ya que pueden radicar en la mera liberalidad del cedente, lo que tendrá lugar cuando exista un *animus donandi*, o en la contraprestación realizada por el cesionario si la cesión se ha constituido onerosamente» («La cesión de contrato», op. cit., p. 465).

Parece que en la cesión parcial de una posición contractual lo normal ha de ser ceder al tercero o terceros parte del activo y parte proporcional del pasivo, pero las partes son libres de configurar la cesión parcial como convengan, si bien para poder hablar de cesión de posición contractual será preciso que el tercero reciba una parte de créditos y otra de obligaciones del cedente, aunque esas partes no sean proporcionales. Veremos que el apartado 6 del artículo 121 al regular la cesión de créditos permite al cedente convenir con el cesionario que este último asuma el compromiso de cumplir sólo determinadas obligaciones. Un caso así, contemplado entre los supuestos de cesión de créditos y dejando a salvo los supuestos de cesión de la posición contractual como si fueran cosa distinta, parece sobre todo una cesión de créditos con la asunción accesoria de determinadas obligaciones unidas al crédito (obligaciones *propter rem*).

El concepto del apartado 1 del art. 118, con las precisiones que los apartados 2 y 3 añaden sobre autonomía de la voluntad para modificar el contenido del contrato o su cláusula compromisoria, hay que completarlo con un requisito esencial que se deduce del art. 119: el acuerdo, consentimiento o aceptación de la otra parte del contrato. Es éste un elemento constitutivo de la cesión que se impone para evitar que el cedido resulte perjudicado por ella. Se trata, por consiguiente, de un presupuesto de validez y no de un simple requisito de eficacia²¹.

El apartado 4 del artículo 118 se encarga de precisar el ámbito de aplicación de las reglas de la presente sección, del que excluye expresamente a la transmisión de la posición contractual que se produce en virtud de la ley y por actos *inter vivos*, o bien por sucesión a causa de muerte. En estos supuestos no se aplican las reglas de la presente sección, sino, en el marco de cada uno de los Estados de la Unión Europea, las reglas que en él se encuentren en vigor, atendiendo, en su caso, para la determinación de las apli-

²¹ Así lo entiende también FERNÁNDEZ ARROYO: «La cesión de contrato», *op. cit.*, pp. 467-469.

cables a los principios del derecho internacional privado³². Este apartado, interpretado a contrario, permite deducir que la cesión de la posición contractual regida por las reglas de esta sección es exclusivamente la que se efectúa a título particular, por acto entre vivos y por voluntad de los interesados (cesión negocial o *ex voluntate*).

Cuando la permanencia de una determinada relación jurídica se produce por ministerio de la ley, además de prescindirse del consentimiento del contratante cedido, el nuevo titular viene obligado a soportar la relación jurídica transferida, a pesar de su eventual desacuerdo con la subsistencia de la misma, al resultar totalmente ajena a la voluntad de los interesados. Es la ley la fuente de la cesión y la que determina el alcance y eficacia de la misma. Por ello, como dice FERNÁNDEZ ARROYO, la categoría dogmática más adecuada para describir el efecto traslativo *ope legis* producido es la de subrogación real, a pesar de haberse generalizado su consideración como cesión *ex lege*³³.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CON MOTIVO DE LA CESIÓN

En principio la cesión de la posición contractual de una de las partes no introduce más cambios en la relación contractual originaria que la sustitución de la persona del cedente por la del cesionario que entra a ocupar su lugar en el contrato; en todo lo demás, el contenido del contrato y la relación entre las partes permanecen inalteradas. De manera que lo que se produce por virtud del negocio de cesión es una traslación de la originaria rela-

³² El apartado 4 del art. 118 ha sido formulado teniendo en cuenta las sugerencias de Daskarolis y de Rainer, pero sin ignorar los arts. 672 y 673 del *Contract code* (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 343).

³³ «La cesión de contrato», *op. cit.*, pp. 479-480, que pone como ejemplos de subrogación real los contenidos en los arts. 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, así como en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que prevé la permanencia de los contratos de trabajo cuando tenga lugar la sucesión en la empresa.

ción jurídica contractual, que pasa del cedente al cesionario, sin que se produzca una renovación, total o parcial, del contrato primitivo, que sigue siendo el mismo, con el mismo contenido y los mismos derechos y obligaciones para las partes. Ahora bien, la transmisión de la cláusula compromisoria se considera un efecto natural y no esencial de la figura al poder ser eliminada en virtud de una disposición en sentido contrario, como dice el párrafo tercero del art. 118³⁴.

Pero es lógico que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, las partes quieran aprovechar la ocasión de la cesión de una de las posiciones contractuales para introducir otros cambios en la reglamentación del contrato, sobre todo si la ejecución ha sido comenzada por el cedente y debe ser ahora continuada por el cesionario. Por ello dice el apartado 2 del art. 118 que "las partes pueden modificar el contenido del contrato que se cede e igualmente convenir y transigir sobre los derechos y obligaciones ya nacidos o que pueden nacer del mismo o de su cumplimiento o incumplimiento"³⁵. La aportación es novedosa al consagrar desde una perspectiva general la regla de la mutabilidad del contenido del contrato cedido, sin que la falta de identidad objetiva provocada por la modificación impida la cesión de contrato y, por tanto, sin que tenga lugar necesariamente la novación del contrato. La facultad para acordar y transigir, lejos de propiciar la extinción

³⁴ El apartado 3 ha sido formulado de conformidad con lo propuesto por Oppo en la p. 326 (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 343). FERNÁNDEZ ARROYO no cree que, en pureza de doctrina y rigor terminológico, la eliminación de la cláusula compromisoria deba ser el resultado de una voluntad paccionada, sino que cree que se trata de una facultad cuyo ejercicio debe corresponder unilateralmente al cesionario por versar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocido en el art. 24.1 de nuestra Carta Magna, razón por la cual su transmisión no puede venirle impuesta por ninguna voluntad ajena» («La cesión de contrato», p. 465).

³⁵ Posibilidad prevista conforme a lo sugerido por Bianca, que satisface una necesidad sentida en la práctica (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 343). Bianca, partiendo de la distinción entre cesión de contrato y novación, consideró que la permanencia de la relación contractual, inherente a la cesión, no se excluye aunque se modifique su contenido (ídem. *op. cit.*, p. 312).

de la relación originaria y su sustitución por otra nueva, es un corolario lógico y necesario de toda negociación tendente a la producción de una alteración objetiva de la relación contractual. Por ello, FERNÁNDEZ ARROYO concluye que «la cesión de contrato, lejos de generar un nuevo contrato, producirá una modificación mixta, cuando, además de la sustitución de uno de los contratantes por un tercero en la relación contractual, se altere alguno de sus elementos objetivos»³⁶.

Si se aprovecha la cesión para introducir este tipo de modificaciones objetivas, la cesión debe tener lugar necesariamente mediante acuerdo trilateral entre cedente, cedido y cesionario, como dice el art. 119.2. Efectivamente, si hay cambios en el contenido del contrato o en los derechos y obligaciones de las partes, es imprescindible que el contratante cedido los consienta. Las partes en la relación contractual son ahora el cesionario y el cedido, sujetos principales de esta negociación, pero antes lo eran cedente y cedido, por lo que la participación del cedente es igualmente necesaria, no sólo para la cesión de su propia posición contractual al cesionario, sino también para convenir y transigir sobre los derechos y obligaciones ya nacidos del contrato o de su cumplimiento o incumplimiento.

4. MODALIDADES DE CESIÓN

De las modalidades de cesión, incluido el endoso de los títulos a la orden, se ocupa el artículo 119, que atiende también en sus apartados finales a la forma de la cesión de contrato. Como bien expone FERNÁNDEZ ARROYO, no se ha otorgado a la cesión de contrato una configuración unitaria, sino que puede revestir carácter bilateral (art. 119.1) o trilateral (art. 119.2) en función del momento en que el contratante cedido emita su consentimiento, que puede ser previo, simultáneo o posterior al de cedente y cesionario. La cesión sólo tiene carácter trilateral cuando concurre simul-

³⁶ «La cesión de contrato», *op. cit.*, p. 475.

táneamente el consentimiento de los tres sujetos, en otro caso la cesión será progresiva (primero consentimiento del cedido y luego acuerdo entre cedente y cesionario) o sucesiva (primero acuerdo entre cedente y cesionario y luego aceptación del cedido). Lo variable en cada caso es el valor que haya de otorgarse al convenio celebrado entre cedente y cesionario. En cambio, el consentimiento del cedido, que es persona extraña a la causa de la cesión y por ello se sitúa en un plano diferente al que ostentan las restantes partes, es siempre un elemento constitutivo de la cesión, un presupuesto de validez y no un simple requisito de eficacia³⁷. Sin el consentimiento del contratante cedido el cedente no podría quedar liberado de sus obligaciones y el cesionario no podría adquirir la entera posición contractual del cedente.

Cuando, además de la perfección del negocio de cesión de contrato, fuera necesaria autorización de un órgano judicial o administrativo o de un tercero, la cesión producirá efectos desde que sea concedida (apartado 3 del art. 119)³⁸.

En la cesión bilateral el acuerdo para la sustitución de una de las partes del contrato, sin alterar para nada el resto del contrato, se produce exclusivamente entre cedente y cesionario, pero este acuerdo no produce efectos, desde luego no los propios de la cesión de contrato, mientras no cuente con el consentimiento del contratante cedido, que puede ser previo o posterior (art. 119.1).

El contratante cedido ha podido dar, de forma expresa o tácita, su consentimiento a la cesión de la posición contractual del otro antes de que haya acuerdo entre cedente y cesionario. Este consentimiento es una autorización a la cesión futura, que, por ello, equivale a calificar como fungible la persona del otro contratante, de modo que la cesión producirá efectos desde el momento en que el acuerdo entre cedente y cesionario sea notificado al cedido.

³⁷ «La cesión de contrato», *op. cit.*, pp. 466-468.

³⁸ Apartado propuesto por Schlechtriem (GANDOLFI, *Code rompin des contrats*, pág. 344).

La notificación es necesaria simplemente para que el cedido que ya consintió la cesión sea conocedor de la persona en cuyo favor debe realizar su prestación.

Una forma especial de prestación anticipada del consentimiento del cedido está constituida por la inserción de la cláusula «a la orden» u otra equivalente en un documento en el que figuren todos los elementos del contrato. En esta hipótesis, expresamente prevista en el apartado 4 del artículo 119³⁹, resulta innecesaria la notificación para la eficacia de la cesión, la cual se produce con el endoso del documento. «En consecuencia —afirma FERNÁNDEZ ARROYO—, dicha cláusula debe ser interpretada como una renuncia a la notificación de la cesión, exigible en todos los demás casos en que el contratante cedido ha emitido previamente su consentimiento; razón por la cual la fungibilidad del cesionario alcanza en este caso su máxima expresión»⁴⁰.

El consentimiento del contratante cedido puede ser posterior al acuerdo de cesión entre cedente y cesionario. En estos casos, aunque el negocio de cesión sólo exista con el consentimiento del cedido, el acuerdo entre cedente y cesionario es una propuesta conjunta que les vincula a mantenerla y no revocarla unilateralmente mientras sea posible que recaiga la aceptación del cedido. Pero no hay cesión de la posición contractual hasta que el cedido comunica a cedente y cesionario su aceptación⁴¹.

Si falta la aceptación del cedido, o mientras llega, lo que es seguro es que no hay cesión de la posición contractual del cedente, porque la asunción de las obligaciones de éste por el cesionario para ser liberatoria de aquél precisa que así lo declare expresa-

³⁹ Dicho apartado 4 es análogo al art. 1407.2 del Código civil italiano (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 344).

⁴⁰ «La cesión de contrato», *op. cit.*, p. 465, nota 45.

⁴¹ «Como en las ofertas, el negocio no llega a celebrarse si no hay aceptación» (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 864). Si el cedido acepta pero manifiesta que no libera al cedente, habría una contraoferta que de ser aceptada por cedente y cesionario produciría los efectos previstos en el apartado 1 del art. 120 del Anteproyecto.

mente el contratante cedido que es el acreedor. A falta de cesión de la posición contractual, los efectos de ese acuerdo entre cedente y cesionario sin el consentimiento del cedido dependen de lo que las partes hayan querido para este evento: si todos los efectos están condicionados a la liberación del cedente, como ésta no se ha producido, no se produce efecto alguno entre ellos; en cambio, si aunque falte el consentimiento del cedido y la consiguiente liberación del cedente, se ha querido que el acuerdo surta efectos entre las partes, podrá entenderse que ha habido una cesión de créditos y una asunción de deudas sin liberación del cedente frente al cedido. En la duda, parece preferible entender que el convenio entre cedente y cesionario no produce efectos entre las partes si la aceptación del cedido no llega a recaer.

La otra modalidad de cesión de contrato, que está contemplada en el apartado 2 del artículo 119, requiere la perfección de un acuerdo trilateral entre cedente, cedido y cesionario, y debe efectuarse siempre de esta manera en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 118. Pero esta modalidad es también utilizable en cualesquiera otras ocasiones. En el acuerdo trilateral deben definirse todas las posiciones de las partes y precisarse los derechos y obligaciones respectivos así como su duración⁴².

5. FORMA DE LA CESIÓN Y OponIBILIDAD A TERCEROS

En nuestro Derecho rige el principio de libertad de forma de los contratos (art. 1278) y no habiendo un precepto específico que indique la forma que debe observarse para la cesión de la posición contractual, habría que concluir que ésta puede efectuarse cualquiera que sea su forma. Sin embargo este razonamiento es rechazado por la doctrina diciendo que "cuando se trata de nego-

⁴² El apartado 2 del art. 119 introduce una modificación respecto del texto del art. 1407.1 del Código italiano. Esta innovación se ha producido teniendo en cuenta los puntos de vista de Bianca, García Cantero, Medicus, Rainer, Siber y Sortais (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 344).

cios de segundo grado, debe entenderse que la forma requerida por el ordenamiento jurídico es la misma que corresponde al negocio de primer grado. Y un contrato de segundo grado es la cesión en cuanto que modifica desde el punto de vista subjetivo el contrato anterior⁴³. El número 6 del artículo 1280 de nuestro Código civil apunta a esta solución, que es la que el Anteproyecto ha establecido al inicio del apartado 5 del artículo 119: "La cesión debe tener lugar, bajo pena de nulidad, en la forma requerida para la celebración del contrato que se cede". La precisión "bajo pena de nulidad" significa que es de aplicación en todo caso la disposición del apartado 2 del artículo 36 del Anteproyecto⁴⁴. No obstante, el apartado 6 del artículo 119 deja a salvo las reglas vigentes de los Estados miembros de la Unión Europea que prescriban formas determinadas para el contrato de cesión, así como la intervención en él de sujetos u órganos colegiados determinados. Si no existen reglas de este tipo, la regulación es la del apartado 5 del art. 119.

La oponibilidad de la cesión de la posición contractual a terceros se regula de manera similar a la que veremos para la cesión de créditos (*cfr.* apartado 6 del art. 122). Dice la segunda parte del apartado 5 del art. 119 que la cesión "será oponible a terceros cuando la notificación al cedido o su aceptación o el contrato tri-lateral hayan tenido lugar por actos de fecha cierta, a menos que se demuestre que los terceros tenían pleno conocimiento de ella". Luego, la cesión es oponible a los terceros que tengan pleno conocimiento de ella, si esto puede probarse; pero no es necesario probar el conocimiento de la cesión si existen documentos de fecha cierta que contienen la notificación al cedido o su aceptación o el contrato tri-lateral.

⁴³ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 867.

⁴⁴ Así lo indica GANDOLFI, que además informa de que el apartado 5, en su primera parte, ha sido formulado aceptando la proposición de Bianca. La parte segunda ha sido construida teniendo en cuenta el art. 1690 del Código francés, el art. 1526 del Código español y el art. 164 del Código suizo de obligaciones en materia de cesión de créditos (*Code européen des contrats*, pág. 344).

6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS DE LA CESIÓN

El largo artículo 120 se ocupa de los derechos y obligaciones de los sujetos, es decir, de cedente, cesionario y cedido, que son las personas que necesariamente han de intervenir en la operación para su perfección, si bien, como ya se ha visto, no es necesario que los tres sean parte del negocio de cesión (acuerdo trilateral) sino que basta con un acuerdo bilateral de cesión entre cedente y cesionario al que se añade el consentimiento previo del cedido o su aceptación posterior.

Para exponer los efectos de la cesión de la posición contractual de una de las partes del contrato y analizar mejor los derechos y obligaciones de los sujetos implicados en ella parece conveniente distinguir los tres grupos de relaciones que en virtud de este negocio se generan: la relación entre cedente y cedido; la relación entre cedente y cesionario; y la relación entre cesionario y cedido.

A) *Relaciones entre cedente y contratante cedido*

El apartado 1 del art. 120 se refiere a los efectos de la cesión de contrato en las relaciones entre el cedente y el contratante cedido. Estos efectos tienen como presupuesto que el negocio de cesión se haya perfeccionado y, por ello, haya devenido eficaz, bien como consecuencia del acuerdo trilateral (art. 119.2) o bien por medio del acuerdo bilateral entre cedente y cesionario más el consentimiento, previo o posterior, del cedido previsto en el apartado 1 del art. 119.

El efecto natural que se sigue de la eficacia de la cesión de contrato es, como en el art. 1408 del Código civil italiano, que el cedente queda liberado de sus obligaciones frente al cedido, obligaciones que son asumidas en el mismo instante por el cesionario. Esta es la hipótesis ordinaria. Pero se ha previsto también otra hipótesis «anormal»⁴⁵: que el cedido, en su adhesión preventiva,

⁴⁵ Así la califica GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 344, que añade que esta «hipótesis anormal» ha sido prevista atendiendo a lo expuesto por Rescigno y a la posibilidad de que la cesión tenga lugar por medio de un acuerdo trilateral.

simultánea o sucesiva, haya declarado que no quiere liberar al cedente de sus obligaciones frente a él, en cuyo caso el cedente no queda liberado. Por tanto, la liberación del cedente es un efecto natural de la cesión de contrato que el cedido puede evitar oponiéndose a ella⁴⁶. El cedido no puede ser obligado a liberar al cedente ni éste puede quedar liberado de forma alguna sin su voluntad; si el cedido no quiere liberar al cedente, puede suceder que cedente y cesionario desistan de la operación, en cuyo caso no se produce ningún efecto; pero puede suceder también que quieran la cesión de la posición contractual sin liberación del cedente.

Pues bien, cuando la cesión es liberatoria, el cedente deja de ser parte contratante y deja, por tanto, de ser acreedor de los derechos derivados del contrato y deudor de las obligaciones procedentes del mismo. El cedido sigue siendo parte contratante pero, desde la eficacia de la cesión, los derechos y obligaciones que tenía en relación al cedente pasa a tenerlos ahora con el cesionario⁴⁷.

Por contra, cuando la cesión no tiene efectos liberatorios para el cedente, el cedido podrá actuar contra él si el cesionario no cumple sus obligaciones, siempre que el propio cedido haya noti-

⁴⁶ Así lo ha visto también FERNÁNDEZ ARROYO, quien suministra información al respecto sobre la jurisprudencia española en la que es mayoritaria la línea que otorga plenos efectos liberatorios al cedente, si bien hay alguna sentencia que ha admitido la posibilidad de que la cesión no comporte la liberación del deudor («La cesión de contrato», *op. cit.*, p. 468 y nota 46.).

⁴⁷ Pero como la cesión puede ser total o parcial (art. 118.1), habrá que estar a la extensión pactada; también habrá que ver, en caso de acuerdo trilateral, si se ha convenido y transigido sobre los derechos y obligaciones ya nacidos del contrato o de su cumplimiento o incumplimiento (art. 118.2). A falta de pacto modificativo del contenido del contrato que se cede, la liberación del cedente no tiene efecto retroactivo, por lo que, como dice DÍEZ-PICAZO, «tratándose de un contrato de ejecución continuada o periódica, que había tenido ya una ejecución parcial, el cedente continúa obligado a cumplir las obligaciones correspondientes al período anterior a la cesión y, correlativamente, podrá exigir del contratante cedido la satisfacción de aquellas prestaciones, cuya contraprestación hubiese efectuado (Fundamentos, II, pág. 865).

ficado al cedente dicho incumplimiento dentro de los quince días siguientes a aquél en que haya sido constatado, quedando obligado, en su defecto, a la reparación del daño (art. 120.1, segunda parte). En esta hipótesis, el cesionario es el nuevo contratante pero el cedente sigue vinculado subsidiariamente⁴⁸; los dos son deudores y de las mismas obligaciones, pero la responsabilidad del cedente es eventual y subsidiaria⁴⁹. Además el Anteproyecto hace responsable al cedido de los daños que sufra el cedente por no haberle notificado oportunamente (en el plazo de 15 días) el incumplimiento del cesionario.

Por otra parte, cuando los correspondientes deudores tengan dudas fundadas en cuanto a la validez o eficacia del acuerdo de cesión, para evitar en tales casos un pago de lo indebido en el apartado 3 del art. 120⁵⁰ se les ha otorgado la facultad de solicitar al juez la consignación o depósito de la prestación debida, conforme a lo previsto en el art. 105. Algo similar se ha dispuesto en el apartado 3 del art. 124 para la cesión de créditos.

⁴⁸ FERNÁNDEZ ARROYO entiende que la vinculación subsidiaria del cedente conlleva la exclusión de la solidaridad pasiva entre los dos obligados (cedente y cesionario). «lo cual —dice—, además de constituir una manifestación elocuente de la eliminación en el terreno positivo de la concepción atomística, implica una nítida atenuación de la responsabilidad del cedente frente al contratante cedido, al comportar el abandono de la condición de obligado principal para asumir la de obligado subsidiario a título de garante». Añade que «en ello reside, precisamente, una de las principales diferencias existentes entre la disciplina de la cesión de contrato y la que regula la transmisión de deudas por vía de sucesión, pues, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 125 del Anteproyecto, el efecto natural de esta última es la solidaridad de los deudores, cuya regla sólo resultará inoperante cuando el acreedor declare expresamente que libera al deudor originario» («La cesión de contrato», *op. cit.*, p. 469).

No obstante, no debe olvidarse que el apartado 2 del art. 127 dispone que el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el deudor original si previamente no ha exigido el cumplimiento al tercero. Con lo que parece que la solidaridad entre el primitivo y el nuevo deudor no es paritaria sino accesorio o dependiente como luego se dirá.

⁴⁹ Para el Código civil español así lo defiende DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 868.

⁵⁰ Apartado formulado a partir de las consideraciones de Rainer y Siehr así como de lo dispuesto en el art. 168 del Código suizo de obligaciones en materia de cesión de créditos (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 344).

B) Relaciones entre cedente y cesionario

De forma análoga a la prevista para la cesión de créditos (*cfr.* art. 123.1), el apartado 2 del artículo 120⁵¹ establece la obligación del cedente de proporcionar al cesionario toda la información necesaria así como los documentos pertinentes que le permitan hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato. Añade, cosa que no hace el art. 123, que el incumplimiento de estas obligaciones conllevará la aplicación del art. 7.2 que señala las consecuencias de haber incurrido en responsabilidad precontractual.

Además, puesto que la cesión de la posición contractual implica la cesión de los créditos, el cedente puede estar obligado a garantizar la validez del contrato y el cumplimiento del mismo por parte del cedido, pero, como dice el apartado 5 del art. 120⁵², la responsabilidad del cedente en ambos extremos depende de la naturaleza del contrato de cesión (compraventa, donación), y en todo caso de la voluntad de las partes. Es materia enteramente dispositiva que, a falta de voluntad de las partes, depende de la naturaleza del contrato.

Pero con carácter residual, es decir, si en la cesión las partes no han hecho referencia a ninguna figura contractual, ni ésta puede deducirse del contenido del acuerdo por vía de interpretación, el apartado 6 señala que "se observarán, salvo pacto en contrario, la reglas siguientes", que distinguen, partiendo del presupuesto de que el cedente sea de buena fe, según sea la cesión a título oneroso o gratuito⁵³. En el primer caso, como bien ha resumido

⁵¹ Apartado construido tomando en consideración lo que prescriben el § 402 BGB y el art. 456.1 del Código helénico en materia de cesión de créditos y en armonía con lo que dispone el art. 7 de este Anteproyecto (GANDOLFI, *Codr européen des contrats*, pág. 344).

⁵² Apartado que refleja el punto de vista de Antunes Varela, Bianca, Daskarolis, García Cantero, Schlechtriem, Siehr y Sortais (GANDOLFI, *Codr européen des contrats*, pág. 344).

⁵³ Dice GANDOLFI que, para cuando el apartado 5 resulte inaplicable, se han previsto soluciones en el apartado 6, soluciones que es posible no aplicar por acuerdo de las partes, y en cuya formulación se ha tenido en cuenta lo dicho por Oppo y lo que dispone

FERNÁNDEZ ARROYO⁵⁴, se agrava la responsabilidad del cedente, pues, además de responder de la invalidez e ineficacia del contrato cedido, se le impone la obligación de garantizar como fiador, y no como parte de la relación contractual de la que ha salido, el cumplimiento de las obligaciones del cedido, en los límites de la suma recibida, siempre y cuando la inejecución no sea imputable al cesionario. En cambio, en la cesión a título gratuito el cedente responde únicamente de la validez del contrato cedido y sólo debe garantizar el cumplimiento de las obligaciones del cedido si lo ha prometido⁵⁵.

C) Relaciones entre cesionario y cedido

Producida la cesión, el cesionario ocupa la posición contractual del cedente y pasa a ser, por tanto, acreedor y deudor de la otra parte contratante (el cedido) en los términos que deriven del contrato cedido y de las modificaciones que, en su caso, se hayan podido introducir en el acuerdo trilateral. El contratante cedido y el cesionario asumen, recíprocamente, la figura de partes del contrato cedido y la totalidad (salvo si la cesión es parcial) de los correspondientes derechos y obligaciones derivados del mismo.

Por ello, el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato (lo mismo que el cesionario al cedido), pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que se las haya reservado expresamente en el momento de

el § 1396 del Código austríaco, así como los arts. 1266-1267 (en materia de cesión de créditos) y el art. 1410 del Código italiano. Estas soluciones derivan en todo caso del criterio contenido en el apartado 5 por lo que concierne a la cesión a título oneroso, y se inspiran en un elemental deber de corrección en lo que concierne a la cesión a título gratuito. En cuanto a la buena o mala fe del cedente, se ha tenido en cuenta también lo que disponen los arts. 1526 y ss. del Código español en materia de cesión de créditos (*Code européen des contrats*, pp. 344-345).

⁵⁴ «La cesión de contrato», *op. cit.*, p. 470.

⁵⁵ Para la cesión de créditos, a título oneroso o gratuito, véanse los apartados 2, 3 y 4 del art. 123 que ayudan a la mejor comprensión de lo dispuesto en este apartado 6 del art. 120.

la adhesión preventiva, simultánea o sucesiva (art. 120.4)⁵⁶. Como la cesión de contrato, a diferencia de la cesión de créditos, requiere el consentimiento del cedido, la regulación parte de que éste al consentirla sin reservas ya no puede hacer valer las excepciones personales, como la compensación, que tuviera contra el cedente; de manera que éstas sólo se conservan si se las ha reservado expresamente⁵⁷. Además, es claro que, quedando sustituido el cedente por el cesionario, el contratante cedido no puede ya cumplir el contrato a favor del cedente. Si lo hiciera así, llevaría a cabo un acto sin carácter solutorio y continuaría obligado respecto del cesionario⁵⁸.

III. CESIÓN DE CRÉDITOS

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La sustitución de la persona del acreedor no plantea mayores problemas en nuestro ordenamiento jurídico; este cambio puede llevarse a cabo mediante los negocios de cesión, subrogación y novación subjetiva por cambio de acreedor. La subrogación y la cesión, reguladas expresamente en nuestro Código civil, permiten sustituir la persona del acreedor sin extinguir el vínculo obligatorio, mientras que la nota característica de la novación por cambio de acreedor, no regulada de un modo expreso, es que a través de esta opción se extingue la obligación primitiva y se crea un nuevo vínculo entre el deudor y el nuevo acreedor, lo que requiere necesariamente el consentimiento de ambos⁵⁹.

El Anteproyecto de Código europeo de contratos dedica la sección segunda del Título IX a la "cesión de créditos", es decir

⁵⁶ El apartado 4 reproduce la fórmula contenida en el art. 1409 del Código italiano, teniendo en cuenta en particular lo apuntado por Oppo, y que las variantes dependen de su aceptación en el acuerdo trilateral (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 344).

⁵⁷ Para la cesión de créditos, véase el apartado 4 del art. 124.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*. II, pág. 868.

⁵⁹ En la Compilación navarra véase la Ley 511.

al cambio de acreedor por acuerdo entre el antiguo (cedente) y el nuevo (cesionario) acreedor sin que esta alteración subjetiva conlleve la extinción de la obligación. A diferencia de la sección 3ª en la que, como veremos, al regular la "cesión de deudas" se contempla tanto la vía de la novación subjetiva por cambio de deudor como la de la sustitución del deudor por asunción de la deuda por uno nuevo sin extinción de la obligación, en esta sección no se hace alusión a la novación subjetiva por cambio de acreedor. Sin embargo, la sección segunda, junto al negocio de cesión de créditos alude también, en el apartado 4 del artículo 124, a la subrogación legal en el crédito, es decir a la cesión de crédito de origen legal, fenómeno que describe en líneas generales y al que se aplican supletoriamente las reglas del presente título. Nada se dice de la subrogación convencional.

Nuestra doctrina afirma que el Código civil regula la cesión de créditos de una forma muy imperfecta, pues se refiere a ella en los arts. 1526 y ss., bajo la rúbrica de "transmisión de créditos y demás derechos incorporales" y como un apéndice de la regulación del contrato de compraventa. La rúbrica es incorrecta porque todos los derechos son incorporales y la transmisión de derechos, de cualquier clase, no se regula junto a la cesión de créditos; por otra parte, la colocación dentro de la normativa de la compraventa da a entender que la cesión de créditos es siempre una venta de créditos, cuando en realidad puede obedecer a causas muy diversas y cumplir funciones variadas y distintas de la compraventa de créditos⁶⁰.

La disciplina de la subrogación en el crédito es también problemática en nuestro Derecho donde el análisis del art. 1203.3º y de los 1209 a 1213, junto con los del pago por tercero (arts. 1158 y 1159), plantea dudas e incertidumbres resueltas de diferente manera por los autores.

⁶⁰ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 805.

2. TRANSMISIBILIDAD DE LOS CRÉDITOS

A) *Créditos que pueden ser objeto de cesión*

El apartado 1 del artículo 121 contiene la regla general de transmisibilidad de los créditos contractuales así como las excepciones o supuestos de intransmisibilidad⁶¹. La regla, aunque limitada al ámbito de los créditos adquiridos en virtud de obligaciones contractuales, es equivalente a la de nuestro artículo 1112 Cc. si bien con una formulación mucho más rica en detalles y precisiones.

Los créditos transmisibles no son sólo los nacidos del contrato al perfeccionarse sino también los nacidos de su cumplimiento o incumplimiento; todos los créditos adquiridos en virtud de cualesquiera obligaciones contractuales están contemplados en esta fórmula; quedan fuera lógicamente, porque no son objeto de este Código, los créditos nacidos de otras fuentes de obligaciones.

Los créditos pueden transmitirse enteramente, a una o varias personas (en este último caso pasan a ser acreedores cada una de estas personas por parte de crédito si no se ha pactado la solidaridad entre ellos), pero pueden transmitirse también sólo parcialmente, es decir, conservando el acreedor original una parte del crédito y surgiendo así una pluralidad de créditos, en principio mancomunados parciarios salvo pacto distinto. No obstante, para

⁶¹ En el apartado 1 del art. 121 se toma también en consideración el crédito nacido del incumplimiento del contrato, de manera análoga a lo que prevé el art. 664 del *Contract code*, y ha sido redactado teniendo sobre todo en cuenta: para lo que concierne a la transmisibilidad del crédito a varios sujetos, las indicaciones de Giorgianni; en cuanto a la transmisión parcial, el art. 1262.2 del Código italiano, el art. 668 *Contract code*, así como el punto de vista de Antunes Varela y Bianca; para la transmisibilidad del crédito no exigible, los arts. 668 a 670 *Contract code*, así como la opinión de Carbonnier; para la cesión de créditos futuros, el art. 671 *Contract code* y las sugerencias de Bianca y Daskarolis; en cuanto a la naturaleza personal del crédito no transmisible, el art. 1260 del Código italiano, el art. 664 *Contract code*, así como la opinión de Daskarolis; en cuanto a la imposibilidad de cesión por causa de la naturaleza del contrato, el § 399 BGB, el art. 665 *Contract code* y la sugerencia de Daskarolis (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

el caso de cesión parcial, pero extensible al de cesión total a varios sujetos, el apartado 2 precisa que el juez puede disponer, si lo estima oportuno, que cedente y cesionario (o los acreedores cesionarios) actúen en litisconsorcio frente al deudor cedido⁶². Con lo cual queda claro que si el juez nada dispone cada uno de los acreedores puede reclamar por separado su crédito.

La transmisión del crédito no requiere que sea exigible, por haber vencido el plazo o haberse cumplido la condición; el Anteproyecto indica que el crédito es transmisible incluso si no es todavía exigible, por ejemplo por estar sometido a condición suspensiva o a término inicial. En nuestra doctrina se señala además que es también cedible el crédito prescrito o el que proceda de una obligación natural, siempre que el cesionario conozca tales circunstancias; en estos casos el crédito no es exigible pero puede ser pagado voluntariamente por el deudor.

También pueden cederse los créditos futuros siempre que, como precisa el apartado 3, estén determinados o sean determinables⁶³. En este caso, como es lógico, el efecto de la cesión al no existir el crédito todavía no se producirá hasta que el crédito exista para el cedente. Pero en el mismo momento del nacimiento del crédito para el cedente habrá que entender que al operar el efecto transmisivo de la cesión el titular del mismo es ya el cesionario. Por tanto, la posibilidad de ceder créditos futuros no cambia el requisito objetivo de toda transmisión de créditos: un crédito efectivamente existente y fundado en un título válido que sea transmisible. El contrato de cesión de créditos puede tener por objeto un crédito futuro, siempre que sea algo determinado o determinable, pero el efecto transmisivo no puede producirse mientras que el crédito no exista.

⁶² El apartado 2 es análogo al art. 668 *Contract code* (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

⁶³ El apartado 3 está redactado conforme a lo sugerido por Bianca (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

Nuestro Código civil admite también la posibilidad de que se transmita un crédito, cediéndolo como dudoso (cfr. art. 1529). En este caso, si en el negocio de cesión se pone de manifiesto el carácter dudoso del crédito, el cesionario acepta y asume el riesgo de que no exista. De igual modo se admite en nuestro Código que sea cedido un crédito litigioso (art. 1535), en cuyo caso el cesionario asume también el riesgo que supone la tensión del litigio que sobre tal crédito pesa. En el Anteproyecto no están previstos expresamente estos supuestos, pero parece que pueden asimilarse —no sin cierta dificultad— a los casos de créditos todavía no exigibles o futuros en los que puede ser dudoso que el crédito llegue a existir o a ser exigible. Con mayor motivo hay que afirmar que en estos casos especiales el cedente no garantiza que la condición que impide la exigibilidad del crédito se cumpla ni que el crédito futuro llegue a existir.

Nuestra doctrina señala que es igualmente cedible el crédito que se encuentra todavía integrado en una relación de carácter sinalagmático, pendiente de cumplimiento, si bien ha de considerarse que la cesión debe afectar sólo a la posición activa del cedente, de manera que quede a su cargo la obligación, ya que, en otro caso, debe considerarse que se trata de una cesión de contrato. Sin embargo, el Anteproyecto parece mucho más flexible y en el apartado 6 permite al cedente convenir con el cesionario que este último asuma el compromiso de cumplir sólo determinadas obligaciones⁶⁴, sin que ello deba identificarse necesariamente con la figura de la cesión de contrato, ni siquiera con una cesión parcial de contrato pues se asumen sólo determinadas obligaciones.

Los créditos de carácter personal, por su inherencia a la persona del acreedor son intransmisibles. También lo son aquéllos que sin tener que ver con la personalidad del acreedor (no siendo,

⁶⁴ El apartado 6 del art. 121 ha sido formulado teniendo en cuenta lo indicado por Roy Goode (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

por tanto, de carácter personal) sí que están en relación con lo que necesita para vivir, con sus expectativas de vida, con los riesgos mayores o menores de padecer enfermedades, accidentes o la muerte, etc.

B) Créditos no cedibles

La cesión de créditos requiere créditos efectivamente existentes y fundados en un título válido, pero además precisa que tales créditos sean transmisibles. Según el Anteproyecto, la intransmisibilidad puede ser debida al carácter personal del crédito o la existencia de una prohibición o exclusión de la cesión del crédito derivada de una disposición legal, del acuerdo de las partes o de la propia naturaleza del contrato. La enumeración de supuestos de incedibilidad del crédito es más completa que la deducible del art. 1112 del Cc. (incedibilidad por disposición legal y por acuerdo de las partes).

Los créditos de carácter personalísimo por su íntima relación con la personalidad y la capacidad creadora de su titular son siempre intransmisibles. También lo son, sin ser estrictamente personalísimos, aquéllos cuyo contenido depende de las características del acreedor, como cuando dependen de sus necesidades vitales, de su edad, de su esperanza de vida, del mayor o menor riesgo de perder la vida o sufrir enfermedades o accidentes. En estos casos, o bien son intransmisibles por su carácter personal o por la naturaleza del contrato. La distinción entre uno y otro supuesto no es fácil. El apartado 5 facilita la distinción diciendo que se considera intransmisible por la naturaleza del contrato el crédito cuya cesión determinaría una alteración sustancial del contenido de la obligación que soporta el cedido⁶⁵. Así sucede, por ejemplo, en el contrato de vitalicio y en la mayoría de los contratos de seguros.

⁶⁵ El apartado 5 ha sido redactado conforme a lo dispuesto en el § 399 BGB y en el art. 665 *Contract code*, así como según el punto de vista de Daskarolis (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

Estos créditos intransmisibles por la naturaleza del contrato pueden, no obstante, transmitirse si el deudor consiente la cesión (*cfr.* art. 122.1).

También son incedibles los créditos que una expresa disposición legal declara intransmisibles. Por ejemplo, es incedible el derecho de crédito a percibir una pensión de alimentos derivada de una obligación legal (*cfr.* art. 151 Cc.). El consentimiento del deudor no hace a estos créditos transmisibles (*cfr., a sensu contrario*, art. 122.1): sería una obligación distinta (en el caso del ejemplo, no serían ya alimentos legales).

Por último, no son transmisibles aquellos créditos cuya cesión ha sido excluida por acuerdo de las partes, es decir, aquéllos que están afectados por una prohibición convencional de ceder el crédito (*pactum de non cedendo*). En nuestro Derecho la validez de una cláusula de este estilo resulta evidente a la luz de la letra del art. 1112 Cc. pero, en cambio, se discute el alcance de su eficacia. Como dice DÍEZ-PICAZO "la cuestión radica en determinar si la cesión realizada por el acreedor que expresamente pactó la incedibilidad, determina una objetiva imposibilidad de llevar a cabo la cesión, de manera que ésta es en todo caso nula, o si engendra la obligación de no ceder, con eficacia relativa entre las partes que así lo convienen, de manera que la posterior cesión sólo entraña una infracción del contrato y obliga al cedente a resarcir a la otra parte los daños que con la cesión le pueda ocasionar"⁶⁶. La mayoría defiende la eficacia meramente obligacional de este pacto de no ceder el crédito, de manera que si se incumple pero el cesionario es de buena fe, por ignorar la prohibición contractual de ceder, vale la cesión. En esta misma dirección se inclina el Anteproyecto al establecer en el apartado 4 el régimen de la prohibición convencional de ceder el crédito.

Dice el apartado 4 que *la prohibición convencional puede oponerse al cesionario si el cedido prueba que aquél la conocía al tiempo de*

⁶⁶ *Fundamentos*, II, pág. 813.

la cesión; en este caso la prohibición impide que el cesionario adquiera el derecho frente al cedido, pero no respecto al cedente⁶⁷. Luego, la regla general es que la prohibición convencional no tiene efectos frente a terceros de buena fe, que desconozcan al pactar la cesión del crédito la existencia de tal prohibición; el cesionario de buena fe se convierte en acreedor y a él deberá pagarle el deudor desde que conozca la cesión; pero, como se ha dicho, la infracción de esta disposición contractual obliga al cedente infractor a resarcir al deudor los daños que la cesión le pueda ocasionar. Sólo si el cesionario era de mala fe porque conocía al tiempo de la cesión la existencia de la prohibición convencional —cosa que corresponde probar al cedido—, podrá éste oponer al cesionario la falta de eficacia externa de la cesión (invalidez) en cuyo caso el cesionario no adquiere ningún derecho frente al cedido; no obstante, la falta de eficacia de la cesión frente al cedido no impide que la cesión se haya producido entre cedente y cesionario y que produzca efectos entre ellos: en la relación interna el acreedor es el cesionario.

En nuestro Derecho no existe ninguna dificultad para considerar que el deudor cedido, mediante su aceptación, anterior o posterior a la cesión, convalida ésta y renuncia a los efectos de la prohibición convencional⁶⁸. El Anteproyecto así lo recoge expresamente en el apartado 1 del art. 122 al decir que la cesión no requiere para su validez el consentimiento del deudor salvo que la cesión de crédito esté excluida por el propio contrato, es decir, por la existencia de una prohibición convencional. El consentimiento del deudor a la cesión del crédito sólo se precisa cuando el cesionario es de mala fe, para evitar así la invalidez de la cesión; cuando el cesionario es de buena fe, el consentimiento del deudor a la cesión implica su renuncia a reclamar al

⁶⁷ El apartado 4 tiene en cuenta en su primera parte al art. 1260.2 del Código italiano y el punto de vista de Bianca; y, en su segunda parte, al art. 663 *Contract code* (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

⁶⁸ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 813.

cedente por la infracción de la prohibición convencional de ceder el crédito⁶⁹.

3. MODALIDADES DE CESIÓN DE CRÉDITOS

El artículo 122 del Anteproyecto se ocupa, según reza su rúbrica, de las *modalidades y efectos de la cesión de créditos*, pero tiene un apartado inicial que se limita a decir que, salvo prohibición convencional o que la propia naturaleza del contrato la excluya, *la cesión no requiere para su validez el consentimiento del deudor* y puede realizarse en alguna de las modalidades previstas en este artículo⁷⁰. Por tanto, sujetos del negocio de cesión de créditos son exclusivamente el acreedor-cedente y el tercero-cesionario; el deudor-cedido no es, en rigor, parte de él, ni tiene por qué manifestar su consentimiento.

No obstante, el propio apartado 1, como ya sabemos, matiza esta afirmación al requerir el consentimiento del deudor para la validez de la cesión cuando ésta esté excluida por el propio contrato (que contiene una prohibición convencional de ceder el crédito) o por su naturaleza (al ser un crédito cuya cesión determinaría una alteración sustancial del contenido de la obligación que soporta el cedido, según dice el art. 121.5). En estos casos, el consentimiento del deudor convalida la cesión que, en otro caso, sería inválida. La prohibición convencional de ceder el crédito es una disposición contractual que puede ser modificada o privada de efectos por acuerdo de las partes que la establecieron (acreedor y deudor); por otra parte, que el cambio de acreedor suponga una

⁶⁹ VAZQUEZ DE CASTRO («Cesión de créditos», en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos* (Pavía), II: *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pág.491) entiende que es lógico que el deudor cedido, mediante su aceptación, anterior o posterior a la cesión, convalida ésta y renuncia a los efectos del pacto de *non cédendo*.

⁷⁰ El apartado 1 del art. 122 se corresponde en sus primeras palabras con el art. 1260.1 del Código italiano y es conforme al punto de vista de Siehr, Roy Goode y Daskarolis: el inciso refleja lo sugerido por Bianca (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 345).

alteración sustancial del contenido de la obligación que soporta el cedido no invalida la cesión si la consiente el deudor. Tanto la prohibición convencional como la exclusión de la cesión por la naturaleza del contrato son supuestos de intransmisibilidad del crédito cuya eficacia invalidante de la cesión depende de que no concurra el consentimiento del deudor, que es la persona a la que tratan de proteger y que, lógicamente, puede renunciar a esa protección. No sucede así en los supuestos de incedibilidad del crédito por ser de carácter personal, al ser la persona del acreedor insustituible, ni en los de exclusión de la cesión por disposición legal que los interesados no pueden modificar.

Por otra parte, que en principio la cesión no requiera para su validez el consentimiento del deudor no quiere decir, como veremos, que la aceptación de la cesión o el conocimiento de ella por el cedido no incidan de manera decisiva en su eficacia.

A) *Dos modalidades alternativas*

En los apartados 2 y 3 del art. 122, el Proyecto ha dado entrada a dos vías, alternativamente utilizables, una que corresponde al sistema alemán basado en la validez del negocio abstracto y otra que refleja el sistema franco-italiano del efecto transmisivo derivado del simple acuerdo de cesión; no obstante, la primera de las modalidades puede servir también para acoger la figura del pre-contrato y distinguir entre la promesa de cesión y la cesión⁷¹.

⁷¹ Nos dice GANDOLFI que la doble articulación que en los apartados 2 y 3 se contiene proviene de una doble idea: sugerida por los arts. 164 y 165 del Código suizo de obligaciones (que hacen alusión, aunque sólo a efectos de la forma requerida, a la promesa de cesión y a la cesión), así como por la observación de Carbonnier en cuanto al hecho de que la ley francesa regula en el título de la venta la cesión de créditos al considerarlos como un bien. Ello ha conducido a admitir en el proyecto, para que sean utilizables alternativamente, tanto el sistema alemán basado en la *Trennungsprinzip* (que los jurista de esta área han reclamado, aunque no de una manera uniforme ni cerrada, sea incluida en el proyecto), como el sistema franco-italiano en el que el efecto deriva del simple acuerdo. De esta manera se intenta resolver el problema creado por la divergencia existente entre las dos citadas concepciones tradicionales (teniendo en cuenta también que la figura del contrato preliminar

El apartado 2, basado en el sistema alemán, dice que *el cedente puede comprometerse frente al cesionario a cederle su crédito, mediante contrato a título oneroso o gratuito, de eficacia obligacional. En este caso la cesión del crédito tendrá lugar por la perfección de un segundo contrato de cesión de naturaleza abstracta entre ambas partes; el cedido podrá excepcionar la invalidez o la ineficacia de este último, pero no la del precedente contrato causal*⁷².

La modalidad alternativa, propia del sistema franco-italiano, es la del apartado 3 que dice así: *Cedente y cesionario pueden convenir también, por contrato oneroso o gratuito, que un crédito del primero sea cedido al segundo, de manera que la cesión se produzca por efecto del simple consentimiento. En caso de duda sobre la modalidad elegida para la cesión, se presume que se trata de la indicada en este apartado*⁷³.

En nuestro Derecho en el que la transmisión del dominio y de los derechos exige título y modo (cfr. arts. 609 y 1095 Cc.), podría cuestionarse cuál de estas fases cumple el negocio de cesión de créditos. A primera vista podría pensarse que la cesión alude al momento traslativo y que requiere un acuerdo precedente, con el que se encuentre causalmente enlazada⁷⁴. Sin embargo, la mayo-

es habitualmente aplicada en el área francoitaliana), pero evidentemente aplicando a la solución derivada del *Trennungsprinzip* el principio de abstracción, pues, si no se hiciera así, el problema no se resolvería. Así el apartado 2 es conforme a lo dispuesto en el § 417 BGB así como a los puntos de vista de Medicus, Rainer, Schelechtriem, Siehr y Sturm. Y el apartado 3 es conforme a lo que disponen los arts. 1260 del Código italiano, 666 del *Contract code* y 1583 del Código francés, así como a las opiniones expresadas, entre otros, por Bianca, Carbonnier y Daskarolis (*Code européen des contrats*, págs. 345-346).

⁷² VÍF GAVIDIA: «Sistemas germánicos de cesión de créditos (I)», ADC, 1992, págs. 153 y ss.; «Sistemas germánicos de cesión de créditos (II)», ADC, 1992, 599 y ss.

⁷³ VÍF GAVIDIA: «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión inter vivos de otros bienes», ADC, 1990, pp. 1093 a 1188; «El sistema codificado francés de cesión de créditos», ADC, 1991, pp. 486 y ss.

⁷⁴ Como dice PANTALEÓN («Cesión de créditos», ADC, 1988, pág. 1060) tampoco tendría éxito cualquier intento de aplicar a la cesión de créditos la teoría del título y el modo por la vía de considerar «modo» a tal efecto la notificación de la cesión al deudor cedido.

ría entendiéndose que esta conclusión tiene muy escasos apoyos en nuestro Código, por lo cual debe entenderse que acuerdo y traslación se encuentran en el negocio de cesión indisolublemente unidos como en el sistema franco-italiano⁷⁵. Por otra parte, en nuestro sistema la cesión de créditos no es un negocio abstracto, sino un negocio idóneo para albergar diferentes tipos de causas según la concreta función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda. Nuestro ordenamiento a la sumo lo que admite es la llamada abstracción procesal de la causa (cfr. art. 1277 Cc.)⁷⁶.

En España, por tanto, la modalidad utilizable para la cesión es la del apartado 3. Como dice DÍEZ-PICAZO, se trata de una figura autónoma frente a cualquier otro tipo de actos de transmisión de derechos de naturaleza diferente. La cesión de créditos es un negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito entre uno y otro. Deben englobarse dentro de ella todos los actos traslativos de los créditos, que se realicen por negocios *inter vivos* y que respondan al interés de la circulación de los créditos, cualquiera que sea la causa de que vayan precedidos⁷⁷.

El contrato de cesión de créditos puede ser oneroso o gratuito. Será oneroso, por ejemplo, cuando se realice por causa de venta o cuando se permute el crédito con otros bienes de naturaleza distinta o cuando se aporte a una sociedad para integrarse en su patrimonio. La cesión se realizará *donandi causa* cuando el cedente busque hacer una liberalidad a favor del cesionario.

⁷⁵ El acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso un acto especial de entrega ni el consentimiento ni el conocimiento del deudor cedido. No obstante, existen algunas diferencias con el sistema francés: la distinción que hace el Código civil español entre el cedente de buena y mala fe y la cuestión del conocimiento de la cesión por el deudor.

⁷⁶ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, págs. 805-806.

⁷⁷ *Fundamentos*, II, págs. 804-805.

El cedente del crédito deberá tener la necesaria capacidad de obrar y poder de disposición sobre el crédito. Los créditos siguen en punto a su transmisión el régimen jurídico de los bienes muebles, salvo que se trate de créditos garantizados con hipoteca, que deben ser considerados como inmuebles. El cesionario deberá tener la capacidad de obrar necesaria para celebrar eficazmente el negocio jurídico de cesión de conformidad con la causa del mismo. Así, en la cesión de créditos por venta se aplicarán las reglas establecidas en los arts. 1458 y 1459 Cc. y en las cesiones gratuitas el art. 625⁷⁸.

B) Modalidades excluidas de esta regulación

El apartado 8 del art. 122 dice que *a las cesiones de créditos efectuadas por bancos o por empresas que practican el factoring no se aplican los artículos precedentes, sino las disposiciones legales en vigor o las reglas uniformes del correspondiente sector económico y, en su defecto, los usos*⁷⁹. Este amplio sector de la actividad comercial dedicado a la cesión de créditos se rige por otras normas, no siéndole de aplicación esta reglamentación pensada para las cesiones sujetas al Derecho civil tradicional.

4. EFECTOS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS

El art. 122 alude a algunos de los efectos que produce la cesión, además de la transmisión del crédito de cedente a cesionario, sin perjuicio de que los principales efectos se hallen en los arts. 123 y 124 que regulan las obligaciones y derechos de las partes. Ni nuestro Código ni el Anteproyecto exigen ninguna forma especial para el negocio de cesión, por lo cual debe entenderse que impera el principio general de libertad de forma. No obs-

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 811.

⁷⁹ El apartado 8 ha sido redactado teniendo en cuenta en particular las observaciones de Bianca, Schlechtriem y Sortais (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 346).

tante, el art. 36.2, al que se remite el apartado 5 del art. 122⁶⁰, establece que para la prueba de los contratos de un valor superior a 5.000 euros se requiere la forma escrita.

A) Frente al deudor cedido

Según el art. 1527 Cc. *el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*. Ha sido frecuente en nuestra doctrina interpretar este artículo bajo la influencia del Código francés (y del Código italiano de 1865) entendiéndose que, como en ellos, contiene el requisito de la notificación de la cesión al deudor cedido como condición de eficacia respecto de él, notificación que tiene la carga de realizar el cesionario. Más recientemente se ha sostenido con razón que en nuestro código no existe dato normativo alguno que sirva para apoyar esta tesis y que la liberación del deudor, no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia jurídica. El deudor actúa de buena fe porque desconoce la existencia de la cesión, con lo que el supuesto es similar al del art. 1164 Cc.⁶¹. El art. 1527 Cc. no afecta, por tanto, directa ni indirectamente a la transmisión del crédito en cuanto tal.

En el Anteproyecto queda claro que el consentimiento del deudor no es un requisito para la validez de la cesión del crédito (salvo en las excepciones previstas en el art. 122.1) y también que la notificación de la existencia de la cesión al cedido no es un requisito para la eficacia frente a éste; es más bien una carga que soporta el cesionario si quiere evitar que el cedido, al no conocer la cesión, pague válidamente al que cree sigue siendo su acree-

⁶⁰ El apartado 5 ha sido redactado en coherencia con lo dispuesto en el art. 36.2 de proyecto y teniendo en cuenta el art. 164 del Código suizo de las obligaciones, así como lo advertido por el grupo español (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 346).

⁶¹ Véanse, por todos, PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», ADC, 1988, pág. 1063; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, págs. 815-816).

dor. Así parece deducirse de la completa regulación contenida en el apartado 4 según el cual *la cesión produce efecto para el deudor cedido cuando se le notifica o cuando la acepta. Pero el deudor cedido que antes de la notificación o de la aceptación paga al cedente no se libera si el cesionario prueba que el deudor conocía la cesión. La notificación al deudor puede ser simultánea a la petición de cumplimiento*⁶².

La cesión produce efecto entre las partes desde que se perfecciona y para el deudor cedido produce efecto desde que la conoce y el cesionario puede probarlo. Es cierto que la cesión produce efecto para él, en primer lugar, desde que se le notifica o, incluso sin notificación, desde que la conoce y hace saber al cesionario su aceptación; tanto en el caso de la notificación, que puede efectuar el cedente o el cesionario, como en el de la aceptación, el deudor cedido conoce la cesión y el cesionario puede probar este hecho con facilidad. Pero también sin notificación y sin aceptación es posible que el cedido haya llegado a tener conocimiento de la cesión: si paga y el cesionario puede probar que conocía la cesión, no se libera. La posible liberación del cedido que paga de buena fe al antiguo acreedor es un riesgo para el cesionario que puede evitar notificándole oportunamente la cesión. Siempre que el deudor no haya pagado ya válidamente, la notificación puede ser simultánea a la petición de cumplimiento.

B) Frente a los terceros

Según el art. 1526 Cc. *la cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los arts. 1218 y 1227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro. La mejor doc-*

⁶² El apartado 4 ha sido redactado conforme a lo que disponen sobre todo los arts. 1264 del Código italiano y el 667 del *Contract code*, así como a las opiniones expresadas en particular por Antunes Varela, Bianca, García Cantero, Rainer, Rescigno, Schlechtriem, Siehr y Trabucchi. La última frase se debe a la sugerencia de Sortais y tiene también en cuenta lo previsto en el art. 667.2 del *Contract code* (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 346).

trina ha entendido que la fehaciencia de la fecha de la cesión constituye un requisito de la oponibilidad respecto del tercero, que, en el supuesto que nos ocupa, pueden ser los acreedores del cedente u otros cesionarios diferentes, en el supuesto de una doble cesión⁸³.

El Anteproyecto regula esta cuestión de forma parecida pero con mayor precisión y detalle. Dice el punto primero del apartado 6 del art. 122 que *la cesión es oponible a terceros siempre que los contratos, la notificación o la aceptación sucesiva consten en documentos que tengan fecha cierta, así como cuando se demuestre que los terceros conocían la cesión*. Luego, la cesión es oponible a los terceros que la conozcan, si esto puede probarse; pero no es necesario probar el conocimiento de la cesión si existen documentos de fecha cierta que contienen el contrato de cesión o la notificación o la aceptación de la misma.

La segunda parte del apartado 6 dice que *si un mismo crédito ha sido objeto de varias cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero haya sido notificada al deudor o aceptada por acto de fecha cierta*⁸⁴. En caso de duda sobre quién es el acreedor sería de aplicación el art. 124.3.

C) La extensión de la cesión a los accesorios del crédito

Indica el art. 1528 Cc. que *la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio*. De forma similar, aunque sin ejemplos y con algunas salvedades lógicas, dispone el apartado 7 del Anteproyecto que *la cesión de un crédito determina, salvo pacto en contrario,*

⁸³ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, págs. 815.

⁸⁴ El apartado 6 ha sido redactado en su primera frase en relación con el art. 1690 del Código francés, así como con las opiniones del grupo español, de Carbonnier, Stranard y, en las palabras finales de la primera frase, teniendo en consideración lo dicho por Ghestin. La segunda frase es conforme al art. 1265 del Código italiano y al punto de vista de Carbonnier (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 346).

la transferencia de todos sus accesorios, excepto aquéllos que tengan carácter estrictamente personal⁸⁵. La regla tiene carácter dispositivo y queda por tanto sujeta en su aplicación a que se haya pactado, por las partes de la cesión o por quienes estipularon las garantías, lo contrario; se excluyen de la cesión los accesorios del crédito que tengan carácter estrictamente personal y vayan unidos necesariamente a la persona del acreedor primitivo. Entre los accesorios hay que incluir los intereses devengados y pendientes de percepción, la pretensión para exigir las penas convencionales, las garantías de carácter personal o real y los privilegios que acompañan al crédito.

5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES, EN GENERAL

El art. 123 lleva por rúbrica *obligaciones de las partes* pero sólo trata de las obligaciones del cedente, no así de las del cesionario, e incluye también una referencia final a las obligaciones del deudor cedido aunque no es parte en el contrato de cesión del crédito.

Comenzando por el final, el apartado 5 dice simplemente que *el deudor cedido sigue teniendo las mismas obligaciones que tenía frente al cedente*⁸⁶. El cambio de acreedor por contrato de cesión del crédito no entraña extinción de la obligación primitiva y su sustitución por otra nueva con el contenido pactado, sino que la obligación sigue siendo la misma, excepto que ha cambiado la persona del acreedor, por lo que el deudor sigue teniendo, ahora frente al cesionario, las mismas obligaciones que tenía frente al cedente.

⁸⁵ El apartado 7 es conforme al art. 1263.1 del Código italiano, así como a la opinión expresada por Carbonnier, el cual, entre los accesorios de carácter estrictamente personal, coloca la suspensión de la prescripción debida a razones relativas a las relaciones personales entre cedente y cedido. Esta reserva no está aquí enunciada, pues el problema de las excepciones oponibles por el cedente está tratado en el artículo siguiente (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 346).

⁸⁶ El apartado 5 ha sido redactado teniendo en cuenta el art. 661.2 del *Contract code* y sobre todo el artículo 462 del Código griego, así como la sugerencia de Daskarolis (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 347).

El cesionario tendrá frente al deudor cedido las obligaciones que en particular haya asumido (*cf.* apartado 6 del art. 121); frente al cedente vendrá obligado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato de cesión cuando tenga causa onerosa (por ejemplo, tendrá las obligaciones del comprador si la cesión se ha realizado por causa de venta).

En cuanto a las obligaciones del cedente, el apartado 1 del art. 123 dice que *el cedente está obligado a entregar al cesionario los documentos acreditativos del crédito que él tenga, o bien una copia auténtica de ellos si la cesión ha sido parcial, y también debe proporcionarle todas las informaciones necesarias y útiles para hacerlo valer*²⁷. En nuestro Código civil falta una norma semejante, pero nuestra doctrina entiende que por el principio de la buena fe el cedente queda obligado a realizar todos aquellos actos necesarios para proporcionar al cesionario los medios para lograr la plena efectividad del crédito, en particular los documentos acreditativos de la titularidad o, en su caso, copia auténtica de ellos, y las informaciones que el cesionario deba conocer para facilitarle hacer efectivo el crédito.

Los restantes apartados del art. 123 se ocupan de la obligación del cedente de garantizar la existencia del crédito en el momento de la cesión y la solvencia actual del cedido. El régimen de esta garantía distingue la responsabilidad del cedente de buena y mala fe, y en el de buena fe distingue a su vez según sea la cesión a título oneroso o gratuito.

Un criterio más acorde con la dogmática actual para resolver estas cuestiones hubiera sido pensar que la inexistencia del crédito cedido o su falta de legitimidad o la desconocida insolvencia actual del deudor, más que una genuina obligación de garantía, determina una nulidad de la cesión por falta de los pre-

²⁷ El apartado 1 del art. 123 está inspirado en el art. 1262 del Código italiano y, en la segunda parte, en el § 402 BGB y en la opinión de Daskarolis (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 347).

supuestos objetivos del negocio de cesión⁶⁸. Por consiguiente, se impondría la restitución de las cosas a la situación que tenían en el momento anterior a la cesión con la consiguiente responsabilidad por culpa *in contrahendo* en el caso de que el cedente conociera el vicio o defecto del negocio de cesión, que, como toda responsabilidad de este tipo, se concreta en el llamado interés negativo⁶⁹.

El Anteproyecto ha preferido no remitir estas cuestiones a las consecuencias de la invalidez del negocio de cesión por falta de objeto y configurar a la manera tradicional un régimen jurídico distinto para la garantía de la *veritas nominis* (veracidad del crédito) y de la *bonitas nominis* (solvencia del deudor), régimen jurídico que cuando el cedente es de mala fe es más favorable para el cesionario, en la medida en que no se encuentra limitada la indemnización por el criterio del interés negativo. Son unas garantías que guardan un claro paralelo con las que en materia de compraventa obligan al vendedor a responder de la evicción y de los vicios ocultos de las cosas vendidas.

En España la regulación de las garantías del cedente, no demasiado distinta de la del Proyecto, se encuentra en los arts. 1529 y 1530 Cc. para la cesión a título oneroso, de buena o mala fe; a la cesión a título gratuito debe aplicarse el art. 638 Cc. Dice el art. 1529 Cc. que *el vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública.*

⁶⁸ Informa GANDOLFI de que en la redacción del art. 123 se han tenido en cuenta también diferentes observaciones de Antunes Varela, Carbonnier, Daskarolis y Sortais, y no se ha ignorado el punto de vista de Schleichtrien y de Siehr en cuanto a la conveniencia de no afrontar aquí el problema de la garantía, reenviándolo a las reglas relativas al simple contrato que constituye la base de la cesión; pero se ha considerado también que ello podría comportar diferencias de regulación en los diferentes países, hasta que sea también abordada en el código la parte concerniente a los contratos en particular (*Cadre européen des contrats*, pág. 347).

⁶⁹ Cfr., para el Derecho español, Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, pág. 818.

Aun en estos casos sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1º del artículo 1518. El vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios. Del art. 638, en sede de donación, se deduce que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, a no ser que la donación tenga causa onerosa (donación modal), en cuyo caso el donante responde por evicción hasta la concurrencia del gravamen.

6. EN PARTICULAR, LAS OBLIGACIONES DE GARANTÍA DEL CEDENTE

A) *Cedente de buena fe y a título oneroso*

De las obligaciones de garantía del cedente se ocupa el apartado 2 del artículo 123 del Anteproyecto⁹⁰.

Se trata de unas garantías de origen legal, establecidas en beneficio del cesionario, que éste puede renunciar y, como dice el precepto, ambas partes pueden excluirlas de común acuerdo; en tal caso (y también en el de renuncia) el cedente sólo resultará obligado cuando el crédito quede impagado por hecho propio, es decir cuando el incumplimiento del deudor le sea imputable a él. Siendo el cedente de buena fe, la posible inexistencia del crédito o la insolvencia actual del deudor no se deberán a hecho propio del cedente por lo que no responderá de ellas si se ha excluido esta garantía.

⁹⁰ Dice GANDOLFI que el apartado 2 viene a reforzar, por razones de equidad, la posición del cesionario a título oneroso, permitiendo en todo caso el pacto en contrario. La regla ha sido redactada en la primera parte de la primera frase conforme a lo propuesto por Rainer (de acuerdo con el § 1397 del Código austríaco) y por Stranard, y teniendo también en cuenta lo sugerido por Bianca en cuanto a la garantía de la solvencia futura, así como el art. 1198 del Código italiano y el art. 1695 del Código francés. La segunda parte de la primera frase es análoga a la del art. 1267.2 del Código italiano y fue sugerida por Bianca. La segunda frase del apartado 2 extiende lo previsto para la garantía del crédito por el art. 1266.1 del Código italiano a la garantía de su buen fin (*Code européen des contrats*, pág. 347).

a) *Garantía de la "veritas" y de la "bonitas nominis"*

Si las garantías no han sido excluidas, el cedente de buena fe y a título oneroso garantiza, por un lado, la existencia del crédito en el momento de la cesión (*veritas nominis*) y, por otro, la solvencia actual del cedido (*bonitas nominis*).

Respecto de la *veritas nominis* la coincidencia con el art. 1529 Cc. es casi total. La garantía de la existencia del crédito en el momento de la cesión parece que garantiza no sólo que el crédito existe en ese momento sino que pertenece al cedente y puede disponer de él. Por tanto, el cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión; hay que entender, aunque nada dice el precepto al respecto a diferencia del art. 1529 Cc., que esta responsabilidad no existe en la cesión de créditos futuros o dudosos porque en el momento de la cesión o no ha nacido todavía el crédito o el cesionario ha asumido el riesgo de que pueda no existir. Al ser una garantía limitada al momento de la cesión, no cubre los fenómenos de extinción del crédito provocados por hechos o negocios posteriores a la cesión, cuando no haya intervenido en ellos falta de diligencia del cedente⁹¹.

En cuanto a la *bonitas nominis* las diferencias con el Código civil español son mayores. El punto de partida del art. 1529 Cc. es que el cedente de buena fe y a título oneroso no garantiza la solvencia del deudor, ni la futura ni la actual, a menos que se haya estipulado expresamente; en cambio, el Anteproyecto parte de que el cedente de buena fe en la cesión onerosa responde de la solvencia actual del deudor cedido, salvo cuando el incumplimiento de este último sea debido a negligencia del cesionario. El supuesto tiene como presupuestos, por un lado, la buena fe del cedente, que por ello desconoce la existencia de la insolvencia en el momento de la cesión, y, por otro, la buena fe del cesionario, pues si conociera la insolvencia del deudor o no contrataría la cesión o no estaría luego legitimado para reclamar al cedente en

⁹¹ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 819.

base a esa insolvencia. Se trata, por tanto, de una insolvencia actual del deudor desconocida por cedente y cesionario, y sin que, por otra parte, pueda entenderse que ese desconocimiento es culpable. En tal caso, el Anteproyecto, si no hay pacto en contrario, obliga al cedente, como en el caso de inexistencia del crédito cedido, a responder de la insolvencia del deudor. De manera que, en definitiva, el cedente responde ante el cesionario de la insolvencia actual del deudor cedido, aunque la ignorase. Hay en esta regulación un claro paralelismo con las obligaciones del vendedor de prestar el saneamiento por los defectos o vicios ocultos de la cosa vendida, que procede aunque los ignorase (*cfr.* arts. 1484 y ss. Cc.).

La garantía por la solvencia actual desaparece cuando el incumplimiento del deudor se debe a la negligencia del cesionario; en este caso, si el cesionario no cobra no es por la insolvencia del deudor en el momento de la cesión sino por su propia falta de diligencia en exigir el pago.

El cedente, en cambio, no garantiza la solvencia futura del deudor cedido, salvo si expresamente se ha comprometido a ello. En este punto hay coincidencia con el art. 1529 Cc. La insolvencia del deudor cedido, producida con posterioridad al negocio de cesión, constituye para el cesionario un riesgo normalmente derivado del negocio de cesión, un riesgo que le es conocido y que ha debido conocer, de manera que es el cesionario quien lo debe asumir. Las variaciones en la solvencia del deudor posteriores a la cesión son por completo ajenas al cedente⁹². No obstante, aunque se haya comprometido a garantizar la solvencia futura del deudor, el cedente no responderá cuando el incumplimiento del cedido sea debido a negligencia del cesionario.

En España el art. 1529 Cc. acaba diciendo que el cedente de buena fe y a título oneroso responde de la solvencia del deudor cuando la insolvencia fuese anterior y pública. El supuesto es de

⁹² Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 819.

difícil interpretación⁹³. Para nosotros, a la luz de la regulación del Anteproyecto, la interpretación que nos parece que tiene más sentido y cierta lógica es la que la hace coincidir con lo dicho en el propio Anteproyecto: salvo que haya sido excluida, el cedente garantiza la solvencia actual del cedido, es decir, responde de la insolvencia que fuese anterior a la cesión (o coetánea con ella) y "pública"; este adjetivo hay que entenderlo en el sentido de que la insolvencia anterior "existía" realmente, se podía conocer con los medios oportunos, era más o menos notoria, aunque de hecho ni cedente ni cesionario tuvieran noticia de ella en el momento de la cesión. En definitiva, nos parece que ha de tratarse de una insolvencia anterior y pública pero oculta para cedente y cesionario que han celebrado el negocio de cesión de buena fe.

El art. 1530 Cc. se ocupa de la duración de la obligación del cedente de buena fe de garantizar la solvencia futura del cedido cuando ésta se hubiere establecido convencionalmente, en una cesión onerosa o gratuita, pero los contratantes no hubieren estipulado nada sobre la duración de tal responsabilidad. La doctrina entiende que la misma regla debe aplicarse en los casos de obligación *ex lege* de garantía de la insolvencia⁹⁴. Según el artículo citado la garantía durará sólo un año, contado desde la cesión del crédito, si estaba ya vencido el plazo. Si el crédito fuere pagadero en término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento. Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad se extinguirá a los diez años, contados desde la fecha de la cesión.

Falta en el Anteproyecto una norma como ésta. La duración de esta garantía será la pactada y, en su defecto, habrá que acudir a mecanismos supletorios que permitan deducir la duración de la obligación.

⁹³ Véanse, por todos, J. GIL RODRIGUEZ: *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Madrid, 1989; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, págs. 820-821.

⁹⁴ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 822.

b) *Contenido de la responsabilidad del cedente*

En nuestro Derecho se discute si las consecuencias de la inexistencia o ilegitimidad del crédito y de la falta de la solvencia garantizada en el deudor cedido tienen o no las mismas consecuencias. El art. 1529 Cc. en su párrafo segundo dice que *aun en estos casos* [aquellos en los que el cedente responde de la solvencia del deudor por ser su insolvencia anterior y pública] *sólo responderá del precio recibido y de los gastos expresados en el número 1º del artículo 1518*. Para algunos el inciso inicial de este párrafo «aun en estos casos...» da a entender que las consecuencias en él previstas se aplican a todos los casos del párrafo primero; para otros, la tesis de que la referencia del párrafo segundo se entiende hecha sólo al último inciso del párrafo primero y, por consiguiente, de modo exclusivo a la garantía de la *bonitas nominis* o solvencia del deudor cedido, parece la más probable.

Pero de ser como proponen los segundos, el Código español dejaría sin regular el contenido especial de la obligación de garantía de la *veritas nominis*, proponiendo la doctrina para integrar tal laguna acudir a las normas sobre evicción en la compraventa de cosas corporales y, en especial, al artículo 1478 Cc., que contiene un régimen muy similar al del art. 1518 Cc.⁹⁵

En nuestra opinión, la interpretación gramatical del inciso en cuestión lleva a entender que la responsabilidad prevista en el párrafo segundo del art. 1529 es aplicable también a la falta de existencia o legitimidad del crédito, porque al decir que «aun en estos casos sólo responderá de ...» está diciendo que también en los otros casos sólo responde de ...; el adverbio «aun» equivale a «incluso» y viene a indicar que también en estos casos se responde como en los otros. La responsabilidad del cedente es la misma en todos los casos y, en relación a la del cedente de mala fe, es una responsabilidad limitada («sólo responde de ...»), que no se extiende a todos los gastos y daños que el cesionario haya

⁹⁵ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 818-819.

tenido por razón de la cesión sino exclusivamente al precio recibido por el cedente y a los gastos expresados en el número 1º del art. 1518, que son, en su aplicación al supuesto que examinamos, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo realizado como consecuencia de él, así como los gastos necesarios y útiles hechos como consecuencia de la cesión, que deben considerarse que son los gastos para la efectividad del crédito⁹⁶.

En definitiva, en ambos casos, el cedente a título oneroso y de buena fe viene obligado a restituir al cesionario el precio de la cesión y los gastos que al cesionario se le hubiesen causado como consecuencia de la misma. De ello se deduce que la llamada obligación de garantía, sea de la *veritas nominis* o de la *bonitas nominis*, funciona técnicamente como un mecanismo de restitución, similar al que entra en funcionamiento en los casos de ineficacia del negocio.

Pues bien, en el Anteproyecto las consecuencias de la infracción de la obligación de garantía del cedente son las mismas, tanto en caso de inexistencia del crédito como en caso de insolvencia del deudor: el cedente responde ante el cesionario "hasta el límite de lo recibido" a causa de la cesión. En el apartado 2 del art. 123 se establece simplemente el límite máximo de la responsabilidad del cedente, pero no se especifica qué tipo de gastos y daños se incluyen en ella. Como mucho habrá que restituir el importe de lo recibido por la cesión, en metálico o en especie o de otra manera, con sus intereses o frutos. Más allá sólo se responde en caso de mala fe del cedente. Cuando la insolvencia del deudor no impida cobrar parte del crédito, el cedente sólo responderá del resto.

B) Cedente de buena fe y a título gratuito o de mala fe

Como en España (*cf.* art. 638 Cc.), en la cesión a título gratuito, el cedente de buena fe no responde por ley de la existen-

⁹⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 818.

cia del crédito ni de la solvencia del deudor. Dice el apartado 3 del art. 123 del Anteproyecto que el cedente solo responde *si lo ha prometido y dentro de los límites en que lo haya hecho*⁹⁷. La garantía de la *veritas nominis* y de la *bonitas nominis* no son propias de la cesión a título gratuito y de buena fe, a no ser que la donación tenga causa onerosa, en cuyo caso el donante responde hasta la concurrencia del gravamen; pero en este caso ya estamos en el régimen del apartado 2 del art. 123. En la medida que la cesión sea gratuita, la existencia de esta garantía requiere compromiso por parte del cedente aceptado por el cesionario y su contenido concreto depende enteramente de los términos en que se haya comprometido el cedente.

En el tratamiento de la responsabilidad del cedente de mala fe, tanto si la cesión es onerosa como gratuita, hay plena coincidencia entre el Código español y el Anteproyecto de código europeo de contratos, si bien la formulación de éste es más amplia y algo más completa.

Según el texto español (art. 1529.3 Cc.), *el vendedor de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios*; el apartado 4 del artículo 123, por su parte, dice que *el cedente de mala fe, responde en todos los casos de los daños que el cesionario sufra, a menos que el incumplimiento sea debido a negligencia de éste último*⁹⁸.

Cedente de mala fe es, entre otros casos imaginables, el que conoce, en el momento de hacer la cesión, que el crédito no existe o que no le pertenece o que no puede disponer de él o que en ese momento el deudor es insolvente y, sin comunicar esta información al cesionario, se lo cede.

⁹⁷ El apartado 3 ha sido redactado sin ignorar lo dicho en el art. 1266.2 del Código italiano (GANDOLFI, *Codice europeo des contrats*, pág. 347).

⁹⁸ El apartado 4 tiene en cuenta lo sugerido por el grupo español, que ha hecho referencia a los arts. 1526-1530 del Código español (GANDOLFI, *Codice europeo des contrats*, pág. 347).

La mala fe puede darse tanto en la cesión a título oneroso como en la gratuita; en ambos casos, es decir, siempre (o en todos los casos), el cedente de mala fe es hecho responsable por la ley de todos los daños que el cesionario sufra por razón de la cesión, incluidos lógicamente todos los gastos y en especial, en la cesión onerosa, el precio pagado por la cesión. Existe responsabilidad contractual plena, centrada en el interés positivo⁹⁹.

No obstante, si pese a la mala fe del cedente, el crédito existe y se puede cobrar porque el cedido ha recuperado la solvencia, pero de hecho no se cobra por culpa o negligencia del cesionario, el cedente no responde en este caso.

6. DERECHOS DE LAS PARTES

El artículo 124, que lleva por epígrafe *derechos de las partes*, alude en el apartado 1 a los del cesionario, regula las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario en el apartado 2, y en el 3 el derecho del cedido a acudir al Juez en caso de duda sobre quién es su acreedor. En estos tres primeros apartados estamos ante los derechos de los sujetos que son parte en la relación obligatoria después de la cesión del crédito: el cesionario es el nuevo acreedor y el cedido sigue siendo deudor como antes. En el apartado 4 ya no se trata del negocio de cesión del crédito entre el acreedor y un tercero sino de la subrogación legal por pago, es decir de la cesión de crédito por disposición legal a favor del tercero que paga deuda ajena.

A) Relaciones entre el cesionario y el deudor cedido. Excepciones oponibles.

Después de efectuada la cesión del crédito, la relación entre cedente y cedido por razón del crédito cedido desaparece y queda sustituida por la relación entre el cesionario y el cedido. El cedido

⁹⁹ Véase, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 819.

es ya sólo deudor del cesionario. Por ello, como ya hemos visto, el apartado 5 del artículo 123 indica que *el deudor cedido sigue teniendo las mismas obligaciones que tenía frente al cedente, pero ahora las tiene frente al cesionario*. Es la misma relación obligatoria inicial con un nuevo acreedor: el cesionario. En consecuencia, dice el apartado 1 del art. 124 que *el cesionario adquiere los mismos derechos que tenía el cedente*¹⁰⁰; el cesionario es titular del crédito transmitido y, salvo pacto en contrario, de todos sus accesorios, excepto aquéllos que tengan carácter estrictamente personal (art. 122.7).

Pero cuando lo que se transmite es sólo la posición activa del cedente en una relación sinalagmática pendiente de cumplimiento en la que sigue siendo deudor de la otra parte de la relación, las relaciones entre cedente y cedido se mantienen en todo lo no cedido de manera que el cedente sigue siendo deudor del cedido como lo era antes de la cesión. En tal caso el cedido es deudor del cesionario que ha recibido el crédito y acreedor del cedente, que sigue siendo su deudor porque no ha transmitido su entera posición contractual, lo que hubiera exigido una cesión de contrato. En una situación como ésta, al cedido le puede reclamar el pago el cesionario sin que el cedente haya cumplido por su parte con la contraprestación pactada, y hay que dilucidar si el cedido puede oponer o no al cesionario las mismas excepciones que hubiera podido oponer al cedente cuando le hubiera reclamado el pago. La misma cuestión se plantea a la inversa cuando el cedido reclama el pago al cedente sin haber pagado todavía al cesionario.

Nuestro Código civil guarda silencio al regular la cesión de créditos sobre la cuestión de las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario y la aborda únicamente, de una manera parcial e incompleta, al reglamentar la compensación. Dice el art. 1198 Cc. que *el deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al*

¹⁰⁰ El apartado 1 del art. 124 —como el apartado 5 del art. 123— concuerda con el art. 661.2 del *Contract code*, así como con lo propuesto por Daskarolis (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 348).

cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.

Respecto de las otras excepciones, nuestra doctrina entiende que las derivadas de la relación obligatoria con un carácter objetivo, pueden ser opuestas al cesionario (por ej., excepciones de nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo de la obligación, prescripción de la deuda, falta de vencimiento de la misma, pago o, en general, extinción de la obligación anterior a la cesión). El problema se plantea con las excepciones derivadas de la relación personal del deudor cedido con el cedente, como por ejemplo la *exceptio non adimpleti contractus*. La doctrina suele entender que el deudor cedido conserva también la excepciones personales, derivadas de sus relaciones personales con el cedente, siempre que sean previas al conocimiento de la cesión, no la haya consentido y no sean personalísimas¹⁰¹.

El Anteproyecto sí que aborda con bastante detalle y claridad la cuestión de las excepciones oponibles por el deudor cedido al cesionario del crédito. Dice en el apartado 2 del artículo 124 que *el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión; pero, si la ha aceptado sin reservas, no puede excepcionar la compensación. Puede además invocar, salvo lo previsto en el art. 122 apartado 2, las excepciones relativas a la invalidez de la cesión y, de no haberla consentido, también las relativas a su inadmisibilidad convencional, dentro de los límites previstos en el art. 121 apartado 4*¹⁰².

¹⁰¹ Véanse, por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 823 y LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, II-1, 2000, pág. 220.

¹⁰² El apartado 2, en la primera parte de la primera frase, concuerda con el § 404 BGB y con el art. 145 libro VI del Código holandés, así como con el punto de vista de Antunes Varela, Bianca, Carbonnier, García Cantero, Rainer, Stranard y Trabucchi; la segunda parte

La regla general es que puede oponer al cesionario todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente, tanto las inherentes a la relación obligatoria cuanto las relativas a la situación del primer acreedor, pero sólo las que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión, no las que deriven de las relaciones entre cedente y cedido posteriores a la cesión; son, en definitiva, las excepciones que el deudor ya tenía contra el cedente en el momento de la cesión, con exclusión de todas las posteriores.

El momento de la cesión para el deudor cedido no es necesariamente el de la fecha del negocio de cesión sino el momento en que tiene conocimiento de ella, bien por notificación, bien de otra manera. Recordemos que la eficacia de la cesión del crédito para el deudor cedido esta regulada en el apartado 4 del art. 122. Por tanto, parece que puede oponer al cesionario todas las excepciones que tenía contra el cedente hasta el momento en que la cesión le fue oponible¹⁰³.

La aceptación de la cesión por parte del deudor cedido no afecta al régimen de las excepciones oponibles al cesionario, salvo al de la compensación. En principio, el deudor puede oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente por créditos anteriores al momento en que tuvo conocimiento de

de la frase concuerda con el art. 1248 del Código italiano y con el punto de vista de Oppo (sin ignorar el § 406 BGB). En la segunda frase, el apartado 2 refleja la sugerencia de García Cantero (así como de Medicus, Rainer, Schlechtriem y Siehr); las últimas palabras, que hacen referencia al consentimiento del deudor, guardan relación con la confianza que éste puede crear en el cesionario (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 348).

¹⁰³ Añade VÁZQUEZ DE CASTRO («Cesión de créditos», cit., p. 504) que «aunque el párrafo segundo habla de «hasta el momento de la cesión», parece lógico pensar que el deudor cedido podrá oponer al cesionario aquellas excepciones cuyo supuesto de hecho se hubiera realizado o completado después de la cesión, con tal que la causa o situación jurídica en la que tales excepciones tuvieran su fundamento ya existiesen al tiempo de la cesión. Dentro de estos supuestos, podríamos poner como ejemplo el de la condición resolutoria, cuya realización tras la cesión podría ser hecha valer por el deudor cesionario, o la facultad resolutoria que el deudor podría ejercitar también después de la cesión si es entonces cuando, por ejemplo, se producía la evicción de lo recibido por el deudor».

la cesión; pero pierde la posibilidad de excepcionar la compensación contra el cedente si consiente o acepta la cesión sin reservas.

Además, como indica la segunda parte del art. 124.2, el cedido puede oponer, salvo en la modalidad de cesión abstracta propia del área alemana, las excepciones relativas a la invalidez de la cesión del crédito, por entender que la cesión es nula o anulable, y en particular por tratarse de un crédito de carácter personal o estar su cesión excluida por la ley, por acuerdo de las partes o por la naturaleza del contrato (*cf.* art. 121.1). Ahora bien, para poder oponer al cesionario la existencia de una prohibición convencional de ceder el crédito, se requiere que el cedido no haya consentido la cesión (*cf.* art. 122.2) y que pruebe que el cesionario la conocía al tiempo de la cesión (*cf.* art. 121.4), porque en otro caso la prohibición convencional sólo surte efectos internos.

Puede ser relativamente frecuente que el deudor cedido entienda, y así lo invoque ante el cesionario, que la cesión ha sido inválida mientras que éste la considere válida y eficaz frente al cedido. Pues bien, para este tipo de casos, en el apartado 3 del art. 124 se ha previsto que cuando el cedido estime que hay razones fundadas para dudar de si la prestación se debe al cesionario o al cedente, puede instar del juez autorización para efectuar el depósito o para proceder de la manera que le ordene, conforme a lo previsto en el art. 105¹⁰⁴. En caso de duda razonable sobre quién es el acreedor se permite al deudor acudir al juez para pedirle autorización bien para consignar el precio bien para pagar a quien el juez le indique o proceder de la manera que le ordene.

B) Derechos del nuevo acreedor por subrogación legal

El apartado 4 del art. 124 del Anteproyecto ha incluido la regulación genérica de la subrogación legal en el crédito. Es una

¹⁰⁴ El apartado 3 ha sido redactado conforme a lo que dispone el art. 168 del Código suizo de las obligaciones y a la sugerencia de Suehr (*GANDOLFI, Code européen des contrats*, pág. 348).

opción no compartida por todos los académicos por la notable diferencia que existe entre la cesión de créditos y la subrogación en el crédito en orden a la función económica que tratan de realizar uno y otro fenómeno y a los intereses que resultan protegidos a través de ellos. La cesión es un cauce institucional para realizar el interés de la circulación del crédito y, se basa, por consiguiente, en la consideración del crédito como un bien patrimonial o como un objeto de tráfico jurídico con el que se puede comerciar. La cesión es siempre negocial. La subrogación, en cambio, realiza a favor del subrogado un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que ha sido efectuado al acreedor satisfecho. La subrogación es una medida de protección del subrogado para facilitarle la recuperación de lo pagado por deuda ajena, que es el caso normal de subrogación.

El Anteproyecto no regula más que un tipo de subrogación, aquella en la que la cesión de crédito es de origen legal (subrogación legal); no regula, a diferencia del art. 1209.2 Cc. español, una subrogación de origen convencional o voluntaria que es la establecida merced a una estipulación o pacto celebrado entre el acreedor y el adquirente del crédito (subrogación convencional). Parece que habiendo acuerdo de subrogación entre el acreedor satisfecho y el que le paga la deuda ajena, la equiparación de tal subrogación con la cesión del crédito es bastante evidente. Podrá, acaso, ser típicamente distinto el propósito de quien adquiere un crédito (por compra, donación, etc.), y el de quien lo paga y conviene la subrogación con el acreedor pagado, pero el efecto es el mismo. Así lo ha defendido en España parte de la doctrina¹⁰⁵ y la jurisprudencia (las Ss. 25 noviembre 1974 y 29 mayo 1984 afirman esta identidad). A los supuestos de subrogación convencional por pago se aplicaría, por tanto, el régimen de la cesión de créditos ya visto.

¹⁰⁵ Por ejemplo, LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, II-1, pág. 227.

De esta manera la distinción entre la subrogación en el crédito y la cesión de créditos se facilita notablemente, al margen de su distinta función económica, porque la cesión se produce siempre en virtud de un negocio jurídico que celebran el cedente y el cesionario y la subrogación es siempre obra de la ley y se caracteriza como cesión o transmisión legal.

Como dice DÍEZ-PICAZO, la subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la ley y el crédito resulta adquirido por la subrogación, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica¹⁰⁶. Así, por ejemplo, el art. 1839 Cc. dice que el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Puede hablarse también de subrogación legal en aquellos casos en que, aunque la adquisición del crédito no se produzca de manera automática por la ley, le es atribuida a una persona la facultad de demandar frente al acreedor satisfecho que el crédito le sea subrogado (por ejemplo, arts. 1897 y 1159 Cc., éste interpretado *a contrario*). Los supuestos de subrogación legal se encuentran dispersos en una serie de preceptos esporádicos de nuestro Código civil y de algunas otras leyes (por ejemplo, art. 43 Ley de Contrato de Seguro, art. 34 Estatuto de los Trabajadores). La doctrina discute si los supuestos del art. 1210 Cc. lo son de subrogación legal o convencional. A nuestro entender son supuestos claramente de subrogación legal porque coinciden, en parte, con los casos de subrogación previstos en los arts. 1159 y 1839 Cc.

Pues bien, a todos los casos de subrogación en el crédito previstos por la ley, dice el Anteproyecto que se aplican, a falta de disposiciones específicas, las de la cesión de créditos (art. 124.4). La aplicación supletoria de estas reglas de la cesión se hace sin dejar a salvo aquellas normas que por la distinta naturaleza de la subrogación legal puedan no resultar de fácil aplicación. Así, nues-

¹⁰⁶ *Fundamentos*, II, pág. 827.

tra doctrina suele decir que a la subrogación legal, en la que no media una relación contractual con el titular del crédito, no tiene aplicación directa la obligación de garantía de los arts. 1529 y 1530 Cc. fundada en la actitud subjetiva del acreedor cedente¹⁰⁷.

No obstante, parece que el propio apartado 4 del art. 124 tiene a continuación unas disposiciones específicas para los dos casos principales de subrogación en el crédito por pago que alejan el régimen de estos supuestos del de la cesión de créditos, en la medida que la subrogación en los derechos del acreedor pagado sólo se produce hasta el límite de lo que el tercero haya pagado, pero no transmite íntegramente el derecho de crédito del acreedor que se ha dado por satisfecho con un pago por tercero de cuantía inferior a la debida por su deudor. La limitación de la cuantía es compatible con la transmisión de los accesorios del crédito, como son, en particular, las garantías y los privilegios.

En nuestro Derecho, pese a la dicción literal del art. 1212, también se ha cuestionado cuál es la cuantía de la obligación tras la subrogación, si la totalidad del crédito o solamente un crédito por la cuantía efectivamente satisfecha por el subrogado al acreedor. A favor de esta segunda tesis se aduce que la subrogación no es una operación especulativa sino un mecanismo legal para favorecer la recuperación de lo pagado en vía de regreso.

Esta es también la tesis del Anteproyecto pues dice el citado apartado 4 que *en todo caso, el que ha cumplido se subroga en los derechos del acreedor hasta el límite de lo que haya pagado, si se trata de una deuda de la que debe responder*¹⁰⁸. Este es el primero de los supuestos, que en España está contemplado de manera general en el art. 1210.3º (pago por el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, como el codeudor o el fiador) y de manera particular

¹⁰⁷ Véanse, por todos, LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, II-1, pág. 231-232; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pág. 827.

¹⁰⁸ El apartado 4 ha sido redactado en su primera parte conforme al § 412 BGB, así como al punto de vista de Antunes Varela y Siehr (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 348).

para éste en el art. 1839 cuyo párrafo segundo indica que "si (el fiador) ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado".

Continúa el apartado 4 diciendo que *por el contrario si ha pagado una deuda de la que no estaba obligado a responder, puede pedir hasta el momento del cumplimiento que se le subroge, y quedará subrogado en los derechos del acreedor hasta el límite de lo que haya pagado si media una declaración unilateral simultánea de éste último, a la que se aplica lo previsto en el art. 36 apartado 2¹⁰⁹*. Es un supuesto distinto, también de subrogación legal (no hay convenio de subrogación), pero no automática sino que aquí la ley se limita a facultar al tercero (que paga o piensa pagar una deuda por la que no está obligado) para pedir al acreedor que se le subroge; es una facultad de origen legal que puede ejercitar antes del pago o coetáneamente; ejercitada oportunamente, la subrogación requiere además una declaración unilateral simultánea del acreedor que entendemos está obligado a emitir.

No hay en nuestro Derecho un supuesto de subrogación legal que coincida con los requisitos y la mecánica de éste, aunque el previsto en el núm. 2º del art. 1210 Cc. y, con pequeñas diferencias, en el 1159 Cc., se le aproxima mucho. El hecho base es coincidente pues en estos artículos se trata del pago por tercero no interesado en la obligación, que es lo mismo que el pago de tercero no obligado a responder de la deuda; pero nuestra regulación pone como requisito que pague "con aprobación expresa o tácita del deudor" (art. 1210.2º) o, al menos, sin que éste ignore el pago (art. 1159 a contrario) y siempre que no se haya hecho contra su expresa voluntad (art. 1158.2); en cambio, el Anteproyecto no exige requisito alguno en relación al deudor, de manera que la subrogación puede producirse tanto si el deudor aprueba

¹⁰⁹ La segunda parte del apartado 4 ha sido redactada a partir de la sugerencia de Rainer, que ha citado el § 1358 ABGB, y del punto de vista de Sortais, sin ignorar tampoco, entre otros, las reglas contenidas en los arts. 1201 y ss. del Código italiano y en los arts. 1249 y ss. del Código francés (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 348).

el pago como si lo ignora o se manifiesta contrario a él, si bien para que la subrogación le sea oponible será preciso que la conozca. Por otra parte, el mecanismo para provocar la subrogación legal previsto en el Anteproyecto no está tan claro en las normas españolas: el art. 1210 dice que se "presume" que hay subrogación y la doctrina discute qué quiere decir esa expresión aunque parece haber acuerdo en que el que ha pagado puede pedir si quiere la subrogación (no está obligado a ello: la subrogación no es automática) y el acreedor vendría obligado a favorecerla, para unos salvo que pruebe que no había convenio de subrogación convencional y para otros siempre.

IV. CESIÓN DE DEUDAS

1. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y CONTENIDO DE LA REGULACIÓN PROPUESTA

Esta es la parte dogmáticamente más difícil y la que presenta en los distintos países soluciones positivas más alejadas entre sí. Ya hemos dicho en la introducción que, ante un panorama tan diverso, el Anteproyecto de Código europeo de contratos ha optado por regular la cesión de deudas de una manera sencilla, pero al mismo tiempo dejando un amplio campo a la autonomía de la voluntad. La regulación menciona también la cesión por novación, y para satisfacer las exigencias del área alemana prevé la posibilidad de que tenga lugar con abstracción de la causa¹¹⁰.

¹¹⁰ En palabras de GANDOLFI: La regulación de la cesión de deudas se encuentra simplificada en relación a las reglas de los códigos en vigor, pero al mismo tiempo se ha dejado un amplio ámbito a la autonomía privada: todo ello como había sido sugerido, sobre todo, por Antunes Varela, Bianca, Carbonnier, Ferri, García Cantero, Ghestin, Rescigno. Pero esta regulación está también completada por la mención de la cesión por novación. Esto para satisfacer exigencias del área del *common law* y ajustarse a las sugerencias sobre todo de Beatson, Bianca, Gioglianni, Rescigno, Schlechtriem y Sortais, y sin ignorar, por otra parte, el art. 1235 del Código italiano. Además está prevista la posibilidad de aplicar el *Trennungsprinzip* y el *Abstraktionsprinzip*, para satisfacer una exigencia del Área alemana expuesta, sobre todo, por Medicus y Sturm (*Code européen des contrats*, pág. 348).

Así mismo hemos comentado que la terminología que emplea el proyecto al hablar de "cesión" o "transmisión" no nos parece la apropiada en esta sección relativa a las deudas. Que las deudas no se ceden o transmiten por el deudor a un tercero parece obvio en el caso de cambio de deudor por novación en el que la primitiva obligación se extingue y es sustituida por otra nueva; pero tampoco existe una cesión o transmisión de la deuda del primitivo deudor al nuevo en el supuesto de asunción de deuda, en el que la obligación se mantiene pese al cambio de la persona del deudor. El nuevo deudor no lo es nunca por haber adquirido la deuda que le ha cedido o transmitido el deudor anterior, sino porque la ha asumido ante el acreedor o ante el deudor o ante ambos. Las deudas no pueden ser objeto de una cesión o transmisión en cuanto no son un bien o derecho (un activo) que pueda circular de un patrimonio a otro¹¹¹. En lugar de "cesión de deudas" es preferible hablar de "asunción de deudas" cuando la obligación no se extingue y de "novación por cambio de deudor" en los demás casos; para incluir a los dos supuestos sería preciso hablar de "cambio de deudor" o de "sustitución del deudor".

En realidad de lo que trata esta sección 3ª del Anteproyecto es del cambio o sustitución del deudor, que puede tener lugar, como dice el apartado 1 del artículo 125, por dos vías:

a) Por sucesión de un nuevo deudor en la misma relación obligatoria que permanece objetivamente sin modificación alguna y que puede ser una asunción meramente cumulativa (el nuevo deudor responde solidariamente con el deudor original) o una asunción perfecta y liberatoria del deudor original.

¹¹¹ En la misma crítica incide, con cita de Pacchioni, José Manuel GONZÁLEZ PORRAS («La cesión de deuda», en *Código Europeo de Contratos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), II: *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero), Dykinson, Madrid, 2003, pág. 510) que propone como más acertado hablar de «sustitución en la deuda» o «sustitución en la relación obligatoria».

b) Por novación con extinción convencional de la obligación originaria y constitución simultánea de una nueva con sujeto pasivo diferente.

El cambio de deudor sólo tiene lugar por novación si así se declara de forma expresa e inequívoca por las partes en un acuerdo trilateral. En caso de duda se presume que la sustitución del deudor ha sido realizada por sucesión (apartado 3). En todo lo demás, dice el apartado 4 que el cambio de deudor se puede efectuar de la manera que los interesados consideren más conveniente para ellos y, en particular, en alguna de las formas indicadas a título de ejemplo en el artículo 126. Un deudor puede ser sustituido por uno o varios nuevos deudores (apartado 5). Por último, el apartado 6 del art. 125 aplica supletoriamente las disposiciones de esta sección al cambio de deudor producido por ley o como elemento accesorio de la transmisión de uno o varios bienes¹¹².

En efecto, el artículo 126 indica, a título de ejemplo, algunas de las principales modalidades de cambio de deudor: la asunción interna con efectos solamente entre deudor y tercero (apartado 1); la asunción externa, que cuando es cumulativa hace que el tercero quede obligado solidariamente con el deudor original (cosa ya dicha en el apartado 2 del art. 125) y cuando es liberatoria de éste requiere declaración expresa del acreedor en tal sentido (apartado 2); la expromisión o acuerdo para la sustitución del deudor original entre el acreedor y un tercero adoptado por iniciativa propia de éste y que produce una asunción cumulativa, si el acreedor no declara expresamente que libera al deudor original, o liberatoria en otro caso (aunque no vinculante para el deudor original) (apartado 3);

¹¹² Dice GANDOLFI que en el art. 125 se ha dado entrada a la doble vía, sucesoria y novativa, y se han indicado las condiciones imperativas a las que la operación debe siempre estar sujeta. Se precisa después que, dentro de su marco, se deja un amplio margen a la autonomía privada y que la cesión puede ser hecha —como sugiere Giorgianni— en favor de varios nuevos deudores (apartado 5). La presunción contenida en el apartado 3 es conforme a la sugerencia de Sortais. El apartado 6 se ha introducido teniendo en cuenta la sugerencia del grupo español, de Carbonnier y de Giorgianni (*Code européen des contrats*, págs. 348-349).

en los derechos del área alemana, el contrato abstracto de asunción de deuda precedido de un acuerdo de carácter obligacional (apartado 4); ya no como hipótesis de asunción de deuda, el acuerdo trilateral por el que las partes efectúan la novación subjetiva por cambio de deudor (apartado 6). El apartado 5 del art. 126 regula para las modalidades de cambio de deudor por asunción de deuda el régimen de las relaciones entre el tercero y el deudor principal, según aquel sea o no, a su vez, deudor de éste. Si no lo es, se presume que la asunción es onerosa y que tiene derecho a ser reembolsado, salvo pacto diferente, de lo que haya efectivamente desembolsado, pero el deudor principal podrá oponerle las mismas excepciones que habría podido hacer valer ante el acreedor.

El artículo 127 se ocupa de las relaciones entre el acreedor y el nuevo deudor, es decir de los derechos y obligaciones de las partes de la relación obligatoria, que puede ser objetivamente la misma (asunción de deuda) o una nueva que ha sustituido a la extinguida (extinción). En los casos de cambio de deudor por asunción de deuda, el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones que tenía el deudor original; las garantías del crédito se extinguen, a menos que quienes las hayan prestado consientan expresamente su mantenimiento (apartado 1); si la asunción es cumulativa, el acreedor no puede dirigirse contra el deudor original si previamente no ha exigido el cumplimiento al tercero y si es liberatoria no tiene acción contra el deudor original en caso de insolvencia del tercero, salvo reserva expresa (apartado 2). Si el cambio de deudor se ha producido por acuerdo novatorio, los derechos y obligaciones de las partes son los derivados del acuerdo mismo, salvo cuando éste sea nulo o se anule (supuesto para el que el apartado 4 se remite al art. 130.5). En la asunción liberatoria la nulidad o anulabilidad permite al acreedor exigir el cumplimiento al deudor original, pero ya no puede hacer valer las garantías prestadas por terceros.

Hay en el Anteproyecto, por tanto, una regulación bastante completa y que atiende a muchos de los principales problemas

que el régimen del cambio de deudor, en particular, por asunción de deuda, plantea. Como dice GONZÁLEZ PORRAS¹¹³, el Anteproyecto «aclara dudas que se suscitaban siempre en nuestra interpretación del Código civil, sobre si era posible la transmisión pasiva de las obligaciones, cambio de deudor, con la subsistencia del vínculo. Desde este punto de vista la solución de éste Código Europeo es acertada».

2. EL CAMBIO DE DEUDOR EN EL CÓDIGO ESPAÑOL. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Dice HERBOSA MARTÍNEZ¹¹⁴ que la sustitución de la persona del deudor, a diferencia de la del acreedor que no plantea mayores problemas, ha sido siempre una cuestión debatida en la doctrina, debido a la influencia del dogma romanista de la intransmisibilidad de las deudas y al hecho de que nuestro Código civil no proporciona datos decisivos para llegar a una conclusión clara en este punto. A pesar de que este cuerpo legal configura el cambio de deudor como un supuesto de *novación*, esta expresión no tiene un sentido necesariamente extintivo, pues el artículo 1203 Cc. traduce *novación por modificación* y los escasos preceptos dedicados a este instituto, los artículos 1203-2º, 1205 y 1206 Cc., pueden ser explicados tanto desde la perspectiva de la *novación extintiva* como de la *simple modificación*¹¹⁵.

Nuestra doctrina, con notables excepciones, se ha preocupado sobre todo de resolver si se puede sustituir la persona del deudor conservando la identidad de la relación primitiva o si se debe recurrir necesariamente al cauce de la *novación extintiva*,

¹¹³ «La cesión de deuda», op. cit., p. 511.

¹¹⁴ *La asunción de deuda garantizada con hipoteca* (Actualizado a la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 36. Me servirá principalmente del estudio de esta autora para hacer una breve exposición de la posición de la doctrina y la jurisprudencia en torno a la transmisión pasiva de las obligaciones y también para reflejar el estado de la cuestión en el momento presente.

¹¹⁵ En la Compilación navarra la «asunción de deudas» está regulada en la Ley 512.

esforzándose por fundamentar en nuestro Código civil la posibilidad legal del fenómeno de la asunción de deudas pero, al mismo tiempo, despreocupándose hasta tiempos recientes de aclarar las consecuencias que produce el cambio de deudor sobre la relación inicialmente constituida entre el acreedor y el deudor original.

En el tratamiento doctrinal de esta materia se pueden distinguir tres etapas, separadas entre sí por la obra de dos insignes autores, F. Clemente DE DIEGO y Luis DÍEZ-PICAZO, que no sólo representan una aportación fundamental en la materia sino que constituyen un verdadero punto de inflexión en el estudio de esta cuestión:

a) La primera etapa comprende desde la promulgación del Código civil hasta la obra de DE DIEGO¹⁶, durante la cual los autores sostienen, de manera más o menos explícita, que el cambio de deudor sólo se puede producir mediante el cauce de la novación, con extinción de la obligación primitiva y el nacimiento de otra distinta.

b) En la segunda etapa, a partir de la difusión de la obra de DE DIEGO, los autores, notablemente influidos por éste, se cuestionan si en nuestro ordenamiento jurídico tiene cabida la llamada *transmisión pasiva de las obligaciones o sucesión en la deuda*, como un modo de operar el cambio de deudor distinto de la novación, haciendo depender el régimen del cambio de deudor de la posición que se adopte sobre su configuración legal.

La mayoría de la doctrina, siguiendo a DE DIEGO, admite la posibilidad de la asunción de deuda con subsistencia del vínculo original, pero para fundamentar legalmente esta posibilidad se recurre a dos tipos de argumentos ya contenidos en la obra de DE DIEGO, si bien el segundo con carácter subsidiario. Para unos la asunción de deuda está regulada en el Código con eficacia meramente modificativa, dentro de los preceptos dedicados a la novación en el Código (arts. 1203, 1204, 1205 y 1206)

¹⁶ Felipe Clemente DE DIEGO: *La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912.

y por ello algunos hablan de una "novación modificativa". Otros, por el contrario, entienden que la sustitución del deudor está configurada en el Código con un alcance extintivo, aunque cabe convenir la asunción de la deuda, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1255 Cc.¹¹⁷.

Con un criterio distinto a la opinión dominante, un sector doctrinal minoritario no considera fundada en Derecho español la asunción de deuda y estima que el único modo de operar el cambio de deudor es la novación extintiva. Se basan para ello en argumentos de corte puramente dogmáticos ligados a la intransmisibilidad de las deudas y en consideraciones de orden práctico al estimar que la asunción de deuda no permite lograr determinados efectos pretendidamente ligados a ella¹¹⁸.

Superada la concepción personalista del vínculo obligatorio, el cambio de deudor no tiene que imponer necesariamente la extinción de la obligación. Y, por otra parte, aunque las deudas no pue-

¹¹⁷ La configuración legal del cambio de deudor como un supuesto de modificación encuentra apoyo, entre otros muchos autores, en los anotadores de Ennecerus (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones al Tratado de Derecho civil de Ennecerus-Lehman*, tomo II, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1947, págs. 410-414), GONZÁLEZ PALOMINO ("La adjudicación para pago de deudas", AAMN, 1943, tomo I, págs. 226-227), GARCÍA VALDECASAS ("La sucesión en las deudas a título singular", en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, vol. II, Eunsia, Pamplona, 1969, págs. 209 y ss.) y CRISTÓBAL MONTES ("La llamada novación modificativa en el Derecho español", *Temis*, 1973-1974, Zaragoza, págs. 752-754 (= RCDI, 1973, págs. 1167-1217; = *Estudios de Derecho de obligaciones*, Ed. Librería General, Zaragoza, 1985, págs. 54-99). Este autor, aunque coincide con la posición mayoritaria, critica el uso de la expresión "novación modificativa" por considerarla contradictoria e innecesaria.

¹¹⁸ Abordada inicialmente por DE CASTRO ("Cesión del arrendamiento y subarrendo", RGLJ, 1930, págs. 143-144), la tesis contraria a la asunción de las deudas fue desarrollada por ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU ("La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, págs. 297-300.) y en la doctrina más reciente ha sido firmemente defendida por SANCHO REBULLIDA ("La novación de las obligaciones en el Derecho español", "Estudios de Derecho civil", tomo I, Nauva, Pamplona, 1978, págs. 223 y ss.; *Comentario a los artículos 1203-1212 del Código civil*, tanto en los de Edersa (tomo XVI, vol. 1º, 2ª ed., 1991) como en los del Ministerio de Justicia (tomo II, 2ª ed., Madrid, 1993), que ha sido seguido por algunos autores (LALAGUNA DOMINGUEZ, REY PORTOLÉS, CASTILLO MARTÍNEZ).

den ser objeto de cesión o transmisión por el deudor a un tercero, ello no impide que un tercero pueda asumir obligaciones de otro. Los argumentos de corte dogmático decaen por tanto; también los de orden práctico, porque esta postura doctrinal parte del prejuicio indemostrado de que la asunción de deuda implica necesariamente determinados efectos cuando, en realidad, tales efectos no vienen establecidos por la legislación.

También en la jurisprudencia hubo una primera etapa, desde la promulgación del Código civil hasta la STS de 22 febrero 1946, en la que el TS hablaba invariablemente de "novación subjetiva por cambio de deudor" o "novación por sustitución de la persona del deudor", con efectos extintivos sobre la obligación primitiva. La STS 22 febrero 1946 alude por primera vez a la asunción de deuda como distinta de la "novación por cambio de deudor", y la STS 10 febrero 1950 la configura como un supuesto de "novación modificativa" con efectos puramente modificativos sobre la obligación primitiva. Admitida ya la posibilidad legal del fenómeno, algunas sentencias construyen esta figura al amparo de las normas que regulan la novación de las obligaciones, que no tiene que ser necesariamente extintiva, mientras que otras estiman que la asunción de deudas no está específicamente regulada en el Código civil, sino que nace de la iniciativa de las partes, conforme a lo establecido en el art. 1255 Cc. No obstante, las imprecisiones terminológicas introducen cierta oscuridad en el tratamiento jurisprudencial de esta figura.

c) La última etapa en esta evolución viene marcada por la obra de Luis Díez-PICAZO¹¹⁹, quien no se preocupa tanto de decidir si la configuración legal del cambio de deudor ha de ser necesariamente extintiva o puede ser también modificativa de la obligación como de fijar los requisitos necesarios para la sustitución del deudor y los efectos que produce. Partiendo del precedente

¹¹⁹ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, volumen I: *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Tecnos, Madrid, 1ª ed. de 1970; en la cuarta edición (primera de Civitas), 1993, las relaciones obligatorias se tratan en el volumen segundo).

metodológico que supuso COSSÍO Y CORRAL y de que la posibilidad de cambiar de deudor no ofrece dudas, propone como nuevo enfoque determinar primero los requisitos que el cambio exige y dilucidar luego, tras el cambio, si se mantiene inalterada la relación obligatoria primitiva o ha habido una variación tan esencial que debe concluirse que ya es una distinta.

La polémica doctrinal relativa a la transmisión de las obligaciones ha sido calificada como absolutamente irrelevante y falta de interés¹²⁰ en tanto el régimen jurídico aplicable no depende de si la sustitución conlleva o no la extinción de la obligación primitiva, sino de la razonable armonía entre la libertad contractual dentro de los límites del art. 1255 Cc. y la protección de los intereses de terceros, que no deben verse afectados por un contrato en el cual no han sido parte.

3. CAMBIO DE DEUDOR POR NOVACIÓN O POR ASUNCIÓN DE DEUDA

A) *Contenidos imperativos del cambio de deudor*

Hoy se admite pacíficamente en nuestra doctrina que el cambio de deudor puede tener lugar tanto por vía de novación extintiva como por un procedimiento distinto, no necesariamente extintivo, que puede producirse de formas muy variadas, y que no es otro que la llamada en sentido genérico asunción de deuda. En este procedimiento un tercero asume la condición de deudor, junto al deudor primitivo o en sustitución de él, en una relación obligatoria que pese a la alteración subjetiva permanece siendo la misma sin modificación objetiva alguna y, por supuesto, sin novación. Cuando la asunción de deuda es perfecta y conlleva por voluntad expresa del acreedor la liberación del deudor primitivo, el nuevo deudor sucede a éste en la posición pasiva de la relación obligatoria que continúa siendo objetivamente la misma tras

¹²⁰ Entre otros autores recientes, por GÁLVEZ CRIADO («Contrato de asunción de deuda. Inexistencia. Efectos. Comentario a la STS 30 junio 1996», ADC, 1997, págs. 1547 ss.) y BASOZÁBAL («El contrato de asunción de deuda», ADC, 2000, págs. 83 ss.).

el cambio de la persona del deudor; en este caso puede decirse con absoluta propiedad que el cambio de deudor tiene lugar por sucesión en la relación obligatoria. Pero la asunción de deuda ante el acreedor (asunción externa) puede carecer de efectos liberatorios para el deudor original si el acreedor no desea liberarle, en cuyo caso el nuevo deudor se añade al primitivo y ambos pasan a ser deudores solidarios de la misma deuda; en este supuesto la asunción es cumulativa o de refuerzo porque de la misma relación obligatoria pasa a responder también otra persona en las mismas condiciones que el deudor primitivo.

Con algunas imprecisiones terminológicas, que ya han sido comentadas, el artículo 125 del Anteproyecto inicia la regulación del cambio de deudor distinguiendo entre el que tiene lugar por "sucesión" (que preferimos llamar por "asunción") y el que se produce por novación, es decir, por extinción convencional de la obligación originaria y constitución simultánea de una nueva con sujeto pasivo diferente. El contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 125 tiene carácter imperativo por expresa declaración del inciso inicial del apartado 4. El contenido del apartado 1 también puede considerarse imperativo al aportar la descripción de la doble vía para conseguir el cambio de deudor.

a) Asunción de deuda

En la primera hipótesis (asunción de deuda) el deudor responde solidariamente con el deudor original cuando el acreedor no ha declarado expresamente que libera a este último (apartado 2). Por tanto, en principio el tercero al asumir ante el acreedor la deuda ajena se hace responsable de ella como deudor solidario, siempre que el acreedor no lo rechace, pues la voluntad del tercero de asumir la deuda y sustituir al deudor primitivo no es suficiente para liberar a éste último, efecto liberatorio que depende de la voluntad del acreedor. La asunción de la deuda ajena por el tercero unida a la liberación del deudor primitivo hecha por el acreedor provoca el cambio de deudor, que hay que entender pro-

ducido con efectos retroactivos desde el momento de la asunción por el tercero ante el acreedor con intención de sustituir al deudor primitivo. Por tanto, para que la asunción de deuda pueda ser liberatoria y provocar el cambio de un deudor por otro nuevo que le sustituya se precisa el consentimiento del tercero, con voluntad de asumir la deuda ajena y sustituir al deudor, pero se requiere también que el acreedor apruebe la asunción y preste su consentimiento para la liberación del deudor primitivo. Si el acreedor no presta este consentimiento, la asunción es meramente cumulativa o de refuerzo. Y si la voluntad del tercero de asumir la deuda y sustituir en ella al deudor actual no es notificada al acreedor, de modo que sólo cuenta con la aprobación del deudor, sólo existirá una asunción interna o asunción de cumplimiento en la que el tercero se ha obligado ante el deudor a cumplir la obligación de éste; sin embargo, en la relación interna entre los deudores, dada la finalidad de sustitución que tiene la asunción, el asumente es desde entonces el único deudor.

De manera que aunque la voluntad del asumente esté dirigida a liberar o exonerar al deudor primitivo, pueden darse tres tipos de asunción, que —como dice CANO MARTÍNEZ DE VELASCO¹²¹— representan fases sucesivas de su progresivo perfeccionamiento. La primera es interna, sólo entre deudores, la segunda, desde la notificación al acreedor, es cumulativa, con solidaridad entre el deudor y el asumente frente al acreedor, la tercera, desde el consentimiento del acreedor a tal efecto, es liberatoria.

Si falta la voluntad específica del asumente de liberar al deudor primitivo, aunque el acreedor condone la deuda al deudor primitivo, no existirá propia asunción liberatoria sino asunción cumulativa o de refuerzo seguida de la condonación de la deuda a uno de los deudores solidarios. Y es que la intención del asumente puede ser la de adquirir la condición de deudor junto con

¹²¹ *La asunción de deuda*. J. M. Bosch Editor, Sevilla, 2003, pág. 32.

el deudor primitivo, de forma solidaria; también puede ser la de obligarse sólo respecto al deudor primitivo a cumplir la obligación de éste, sin que el acreedor adquiera derecho alguno respecto de él (asunción interna o asunción del pago como tercero).

En todo caso la asunción de deudas, en cualquiera de sus modalidades, requiere ineludiblemente la voluntad clara del asumente pues, por aplicación de los principios generales del Derecho de obligaciones, nadie queda obligado de modo distinto a su voluntad, fuera de los casos de obligación nacida de la ley o el acto ilícito, que aquí no nos interesan.

La asunción cumulativa en la que el asumente se comprometa frente al acreedor a cumplir la obligación del deudor precisa simplemente el conocimiento y la no oposición del acreedor; en cambio, la asunción liberatoria requiere que el acreedor libere al deudor primitivo. La liberación del deudor primitivo por voluntad del acreedor tiene como presupuesto una válida asunción de la deuda por un tercero. El consentimiento liberatorio del acreedor puede ser posterior a la asunción de la deuda por el tercero, siempre que la asunción subsista, y en España, según la jurisprudencia, no es preciso que sea expreso, pero sí inequívoco¹²². El Anteproyecto, en cambio, siguiendo el modelo italiano, requiere que el acreedor declare expresamente que libera al deudor primitivo. Por tanto, este consentimiento no puede presumirse, ni deducirse de actos concluyentes. Se requiere que la voluntad de liberar al deudor se declare expresamente, es decir mediante palabras, oralmente o por escrito, que así lo manifiesten.

En España la asunción de deuda no precisa el consentimiento ni el conocimiento del deudor primitivo (art. 205 Cc.). Si el acreedor todavía no le ha liberado, sigue siendo aún deudor junto con el asumente. Si el acreedor le libera, el deudor, incluso si no conoció o no consintió la asunción, queda liberado. Así ocurre en la asunción de pago (art. 1158 Cc.) y también en la asunción de deuda.

¹²² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 38.

Según CANO MARTÍNEZ DE VELASCO¹²³, la explicación de este fenómeno, que consiste en que extraños (el acreedor y el tercero) parece que disponen del posible interés del deudor en pagar personalmente sin tener en cuenta su voluntad, es triple: Primero, en la asunción cumulativa el deudor no ha quedado liberado, por lo que puede todavía pagar la deuda como propia. Segundo, en la asunción liberatoria la liberación del deudor es obligatoria para el acreedor, pero potestativa para el deudor, que puede todavía pagar la deuda como propia en virtud de la obligación natural que todavía queda. Tercero, el interés público en el cumplimiento cuanto antes de los contratos, que permite a un tercero asumir o pagar una deuda al margen totalmente del conocimiento o del consentimiento del deudor. El Anteproyecto, en el apartado 3 del art. 126, parece que va algo más lejos al permitir al deudor original, manifestando su oposición cuando tenga conocimiento de la expromisión, dejar sin efecto el acuerdo entre acreedor y asumente, tanto si la asunción es cumulativa o liberatoria. Parece, pues, que, además de pagar, puede oponerse y evitar que el otro pueda pagar como deudor. No podrá evitar que pague como tercero. Parece, entonces, que la liberación del deudor no requiere su aceptación, pero sí que pudiendo no manifieste su oposición.

b) Cambio de deudor por novación

El cambio de deudor por novación tiene lugar solamente si así se declara de forma expresa e inequívoca por las partes en un acuerdo trilateral (art. 125.3). Así es también en el Derecho español, pues admitida la posibilidad de cambiar el deudor sin tener que recurrir a la extinción de la relación obligatoria, la novación sólo se producirá cuando se haya pactado de un modo expreso, dado que la novación, como regla general, no se presume (*cfr.* art. 1204 Cc.). La novación por cambio de deudor, en cuanto que entraña la extinción convencional de la obligación primitiva y la constitución simultánea de una nueva con sujeto pasivo diferente,

¹²³ *Op. cit.*, pág. 37. Véanse también las páginas 44 y 45.

requiere un acuerdo trilateral entre el acreedor, el antiguo y el nuevo deudor.

El acuerdo trilateral también puede ser la base de una asunción de deuda liberatoria, sin voluntad de extinguir la obligación asumida. Para los casos de duda, aclara la segunda parte del apartado 3 del art. 125 que hay que presumir que el cambio de deudor se ha producido por asunción de deuda y no, pues, por novación. Así se ha defendido también en la doctrina y jurisprudencia españolas¹²⁴.

B) Libertad para configurar el cambio de deudor

Salvo lo previsto en los apartados 2 y 3 (configuración de la asunción cumulativa y liberatoria; necesidad de declaración expresa e inequívoca en un acuerdo trilateral para que haya novación; presunción, en caso de duda, de que el cambio de deudor se ha producido por asunción de deuda), que tiene carácter imperativo, las partes pueden efectuar el cambio de deudor de la manera que consideren más conveniente a sus intereses, con total libertad para ello, es decir, sin tener que elegir entre alguna de las modalidades típicas que a título de ejemplo se indican en el art. 126. Así lo dice el apartado 4 del art. 125.

El apartado 5 del art. 125 contiene una precisión, para eliminar posibles dudas, indicando que un deudor puede ser sustituido por uno o varios nuevos deudores. Nuestra doctrina se plantea también el cambio de uno de los deudores cuando son dos o más, como puede suceder en las obligaciones alternativas, mancomunadas, conjuntivas, solidarias o indivisibles: el cambio de alguno de los deudores no cambia la estructura de la obligación ni la posición jurídica de los otros deudores¹²⁵.

¹²⁴ Véase, por todos, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 39.

¹²⁵ Véase, por todos, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 40-41.

C) Aplicación supletoria de la regulación del cambio de deudor

Finalmente, el apartado 6 del art. 125 del Anteproyecto dispone la aplicación de las reglas de esta sección (cambio de deudor) supletoriamente, es decir, a falta de reglas específicas diferentes y en cuanto resulten de aplicación, al cambio de deudor que se produzca en virtud de la ley o como elemento accesorio de la transmisión de uno o varios bienes.

Según una opinión muy extendida en nuestra doctrina¹²⁶, en algunos casos el adquirente de una finca hipotecada asume de un modo forzoso la deuda asegurada, dando origen a una asunción legal o forzosa de deuda. Tales supuestos son bien distintos, sin otra nota común que el carácter legal o forzoso de la asunción de la deuda. Así, en unos casos, lo que determina la asunción es la transmisión judicial de la finca; en otros, la especial naturaleza de la obligación asegurada (hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas), la limitación de responsabilidad de la garantía a los bienes hipotecados (hipoteca de responsabilidad limitada), o la condición del sujeto titular de la hipoteca (las hipotecas constituidas a favor del Banco de España, aunque los preceptos en los que se basaba la pretendida asunción han sido ya declarados inconstitucionales por las SSTC 128/94 de 5 de mayo y 166/94 de 26 de mayo). También habría que considerar aquí los casos en los que por subrogación legal el adquirente de bienes arrendados continúa obligado frente al arrendatario.

Por otra parte, nuestra legislación hipotecaria regula en el art. 118 LH, introducido por la Ley de Reforma Hipotecaria de 1946, el régimen de la deuda asegurada con hipoteca en el supuesto específico de compraventa, aunque sus normas se podrán aplicar por analogía, en la medida que la naturaleza del caso lo permita, a cualquier otro negocio de transmisión onerosa¹²⁷. A la asunción

¹²⁶ Que HERBOSA considera, sin embargo, poco convincente. Véanse las págs. 240 y ss. de su citada obra.

¹²⁷ Véase, por todos, HERBOSA, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

de la deuda por el comprador (o en su caso por el donatario, coheredero adjudicatario o legatario) de la finca hipotecada serían de aplicación supletoria, según lo dicho en el art. 125.6 del Anteproyecto, las reglas de esta sección.

En la transmisión de un patrimonio entero la ley impone no solamente la cesión de los créditos sino, junto con ellos como un todo, también la asunción de las deudas que constituyen su pasivo. Necesita el consentimiento a la asunción de cada acreedor para que el deudor cedente quede liberado en la deuda correspondiente. El cesionario no responde de las deudas más allá del valor del patrimonio transmitido salvo pacto en contrario. En la realidad práctica la asunción de deuda suele ir acompañada de una cesión de patrimonio (p. ej., una sociedad o empresa, especialmente en concurso de acreedores) o de una cesión de contrato y no es frecuente ver casos de asunciones singulares de la deuda¹²⁶.

4. MODALIDADES DE CAMBIO DE DEUDOR

El nuevo deudor puede obligarse sólo ante el deudor original (asunción interna o asunción de pago o cumplimiento), ante éste y el acreedor (asunción externa fruto de una delegación o de un acuerdo entre los deudores) o sólo ante el acreedor (asunción externa fruto de una expromisión o de las relaciones entre el acreedor y el tercero).

Aunque en la asunción de deuda la voluntad decisiva es la del asumente, ésta será fruto de las relaciones que tiene con el deudor primitivo o con el acreedor o con ambos y de los acuerdos que haya podido alcanzar con alguno de ellos o con los dos. Las formas de llevar a cabo el cambio de deudor son en teoría muy variadas y dependen de lo acordado entre las partes intervinientes, pero, a título de ejemplo, en el artículo 126 del Anteproyecto se describen las más típicas (asunción de deuda en sen-

¹²⁶ Véase CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, págs. 62-63 y 109.

tido estricto —sólo interna o también externa— y expromisión), incluida la novación por cambio de la persona del deudor. No se alude directamente a la delegación en aras de la simplificación deseada, también porque la delegación pasiva entraña un acuerdo entre el deudor y el tercero y está implícita en los apartados 1 y 2¹²⁹.

En nuestro Código civil, al amparo de la autonomía de la voluntad, la doctrina y la jurisprudencia han ido tipificando y caracterizando las figuras de la asunción de deuda en sentido estricto, la delegación y la expromisión. La regulación que propone el Anteproyecto serviría para introducir claridad y simplificar la situación en el Derecho español.

A) Asunción meramente interna

El apartado 1 del art. 126 se refiere al supuesto conocido como de "asunción interna" porque el asumente se compromete exclusivamente ante el deudor primitivo a extinguir su obligación, pero es un acuerdo interno entre ellos que carece de efectos frente al acreedor. Para éste sólo sigue siendo deudor el antiguo; el asumente se ha comprometido a pagar la deuda pero ante el acreedor la paga como tercero (art. 1158 Cc.), pues para el acreedor, que desconoce la asunción interna, paga una deuda ajena. Por ello dice el Anteproyecto que el asumente puede pagar la deuda pero en los límites previstos en el apartado 1 del art. 79 que trata de los efectos del pago por tercero¹³⁰.

¹²⁹ Nos dice GANDOLFI que se ha considerado que la distinción entre delegación y «reprise» puede ser superada en nombre de la deseada simplificación, puesto que también en la delegación contenida en el art. 1268 del Código italiano, aunque se emplea la locución «el deudor señala al acreedor un nuevo deudor», se indica inmediatamente que éste «se obliga frente al acreedor», y por tanto la operación en realidad se concluye, como la «reprise», sobre la base de un acuerdo entre el deudor y el tercero. Por otra parte, los compiladores del BGB no han sentido la necesidad de mencionar la delegación (*Codex europæus des contrats*, pág. 349).

¹³⁰ El apartado 1 del art. 126 se refiere a la llamada delegación imperfecta, pero igualmente a la «reprise» con efectos puramente internos, sobre la base del punto de vista, res-

No obstante, si el deudor anticipándose al asumente paga la deuda, la asunción interna permitirá al primero exigir al segundo la restitución íntegra. Es decir, el principal y todos los accesorios satisfechos¹³¹.

Un supuesto de asunción interna se da en la llamada "delegatio promittendi". Se trata de un uso mercantil en el que un tercero, encargado al efecto por el deudor, se presenta no obstante con aparente espontaneidad y como tercero ante el acreedor y le promete el pago. El tercero ha asumido previamente la deuda sólo ante el deudor en virtud de la delegación interna¹³².

B) Asunción interna y externa

De ella trata el apartado 2 del art. 126¹³³. Aquí, además de la asunción interna por la que el tercero se compromete al pago de la deuda ante el deudor primitivo, hay una exteriorización de la asunción de manera que el asumente se compromete o queda comprometido también ante el acreedor a pagar la deuda y no como tercero sino como deudor de ella. El compromiso ante el acreedor parece exigir la notificación de la voluntad del tercero de asumir la deuda y la no oposición del primero. Desde la exteriorización de la asunción el asumente queda obligado solidariamente con el deudor original mientras el acreedor no declare expresamente que libera a este último. La asunción cumulativa no exige, como la liberatoria, el consentimiento del acreedor, pues no le

pectivamente, de Carbonnier, así como de Beatson y de Rescigno; y ha sido redactado sin olvidar, por otra parte, el art. 1269 del Código italiano (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 349).

¹³¹ Así lo defiende CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 55.

¹³² Véase CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 58.

¹³³ Como dice GANDOLFI, el apartado 2 puede referirse tanto a las delegaciones imperfecta y perfecta —según la exposición de Carbonnier— como a la «reprise». Ha sido redactado teniendo sobre todo en cuentas los arts. 1268 del Código italiano, 1275 del Código francés y el § 415 del BGB, así como el punto de vista en especial de Antunes Varela, Bianca, Daskarolis, Ferri, García Cantero, Rainer, Rescigno y Schlechtriem (*Code européen des contrats*, pág. 349).

puede perjudicar, sino sólo beneficiar al añadir a la relación jurídica un deudor sin prescindir del originario¹³⁴.

En principio la asunción externa es cumulativa, pero puede transformarse en liberatoria si, existiendo voluntad en el asumente de sustituir al deudor primitivo, el acreedor decide liberarle. En tal caso el cambio de deudor habrá que entenderlo producido retroactivamente desde el momento de la asunción externa.

En este esquema conceptual tiene perfecta cabida la figura de la delegación pasiva o de deuda. Aquella en que el delegante, deudor del delegatario, ordena o invita a un tercero (delegado) que se convierta en nuevo deudor de aquél (delegatario), liberando de responsabilidad al deudor primitivo si el acreedor-delegatario así lo manifiesta. Aquí el acuerdo entre los deudores no se debe a la voluntad espontánea de ambos colocados en planos iguales a la hora de tomar la decisión, sino a una voluntad "inducida" en cuanto que está precedida de una "invitación, ruego u orden" del deudor primitivo dirigida al asumente, quien acepta en función de las relaciones preexistentes entre ambos o que puedan nacer en el futuro como consecuencia de la asunción¹³⁵.

C) *Expromisión o asunción sólo externa*

El apartado 3 está referido a la figura conocida como "expromisión"¹³⁶. En ella lo característico es que el tercero se compromete ante el acreedor a pagar la deuda ajena por iniciativa propia, sin que medie con el deudor primitivo una relación que justifique la delegación o se haya alcanzado entre ellos un acuerdo

¹³⁴ Véase en este sentido, entre otros, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 59.

¹³⁵ Véase, por todos, HERBOSA, *op. cit.* pág. 72.

¹³⁶ Así lo dice GANDOLFI que informa también de que el apartado 3 del art. 126 ha sido redactado teniendo sobre todo en consideración el art. 1272 del Código italiano y el § 414 del BGB, así como el punto de vista de Antunes Varela, Bianca, Daskarólis, Ferri, García Cantero, Rainer, Rescigno y Schlechtriem (*Code européen des contrats*, pág. 349).

para la asunción externa. La doctrina subraya este carácter espontáneo de la conducta del tercero o expromitente en el acto de asumir la deuda o su pago. Un tercero declara espontáneamente ante el acreedor que toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose así en su deudor. También cabe que ese comportamiento negocial espontáneo del tercero suponga asumir frente al acreedor, no la deuda, sino meramente su pago¹³⁷.

Como en la asunción interna y externa, la voluntad del expromitente tiene que ser conocida por el acreedor para que surja el vínculo frente a él, pero no se necesita propiamente el consentimiento del acreedor, que siempre resultará favorecido por la adición de un nuevo deudor. Es la voluntad de asumir la deuda ante el acreedor la que puede estar motivada por un acuerdo con éste, lo mismo que en la figura del apartado 2 está motivada por un acuerdo entre los deudores.

La expromisión produce los mismos efectos que la asunción externa; en realidad es una asunción externa no acompañada de una asunción interna. La expromisión, en principio, solamente añade a la obligación un nuevo deudor que es el expromitente que queda así obligado solidariamente con el deudor original. La expromisión por sí misma no implica la liberación del deudor primitivo, sino que para ello es preciso que el acreedor declare que libera a este último. Declaración que el Anteproyecto exige que sea expresa y que, lógicamente, habrá que notificar al deudor, en cuanto interesado en su propia liberación, para producirla. Si el deudor primitivo no se opone a su liberación, el acreedor ya sólo podrá reclamar el pago de la deuda al nuevo deudor. En tal caso se habrá operado la sustitución de un deudor por otro, sustitución que habrá que notificar también al expromitente para que sepa que es ya el único deudor.

La liberación del deudor primitivo exige su conocimiento y su no oposición, de manera que, sin aceptación expresa, puede

¹³⁷ Véase en este sentido CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 98.

entenderse que la liberación se ha producido desde la notificación de la voluntad del acreedor de liberarle (basada en la existencia de una expromisión) no seguida de la oposición de aquél. El efecto liberatorio depende también, por tanto, de la voluntad del deudor primitivo que, una vez conocida la voluntad de liberarle y la existencia de la expromisión, puede si quiere pagar la deuda o simplemente manifestar su oposición a que la expromisión tenga efecto liberatorio; en éste último caso mantiene su condición de deudor y puede pagar la deuda mientras la obligación no se extinga. La oposición habrá que manifestarla en un plazo prudencial pasado el cual el deudor primitivo, que ni paga ni se opone a su liberación, dejará de serlo, de manera que si realiza el pago habrá que entender que se trata de un pago por tercero.

En nuestro Código civil el fundamento legal de esta figura se halla en el art. 1205 Cc. Además la doctrina funda la expromisión en el artículo 1158 Cc., argumentando que si este precepto faculta a cualquier tercero para realizar el pago, del mismo modo cualquier tercero puede "obligarse" frente al acreedor a hacerlo, en concepto de deudor, lo que permite una aplicación analógica de dicho precepto¹³⁸. La regulación propuesta por el Anteproyecto no crearía problemas en nuestro Derecho y vendría a resolver algunas dudas que se plantean en la doctrina especialmente en lo relativo al papel de la voluntad del deudor primitivo en su liberación¹³⁹. Con esta regulación el Anteproyecto ha protegido el

¹³⁸ Así lo entiende HERBOSA, *op. cit.*, pág. 82.

¹³⁹ Véase, por todos, HERBOSA, *op. cit.*, págs. 96-98.

Por ejemplo CANO MARTÍNEZ DE VELASCO entiende que "realmente el deudor nunca queda absolutamente liberado respecto al acreedor por la asunción, sino sólo relativamente. Con este límite hay que acoger la llamada asunción liberatoria, sabiendo que no lo es tanto. Por ello, jamás cuenta para nada en la asunción la voluntad del deudor "asumido", mero objeto no sujeto de ella. Y no cuenta su voluntad porque siempre se mantiene operativo su posible interés jurídico en ser él quien personalmente realice el pago. Ni siquiera un acuerdo de asunción entre el acreedor y el asumente sin el deudor (expromisión), p. ej., podría extinguir de verdad el interés de éste último en ser él quien personalmente extinga la obligación; pues, si pudiera hacerlo, se daría un acto dispositivo del interés ajeno del deudor en pagar. Además se produciría una condonación de deuda sin aceptación del deu-

interés del deudor en pagar él mismo su deuda¹⁴⁰; interés que no es preciso proteger en los casos de asunción de deuda en que existe un acuerdo entre el deudor primitivo y el asumente, porque ya ha manifestado su consentimiento al cambio de deudor y no podría luego, al ser liberado por el acreedor, ir contra sus propios actos.

D) *Asunción de deuda como negocio abstracto*

El apartado 4 del art. 126 permite que el cambio de deudor tenga lugar como se produce en el área alemana, aplicando de manera coherente el principio de la abstracción de la causa, con las atenuaciones admitidas por la jurisprudencia, permitiendo al tercero que ha cumplido ser indemnizado por el deudor original de la utilidad que el pago haya producido a éste¹⁴¹.

dor, ya que el acreedor y el asumente la extinguirían sin su consentimiento. Lo que no es de recibo ni siquiera concibiendo tal acto de condonación como una estipulación a favor de tercero (el deudor), ya que tal convenio entre el estipulante y el promitente, aquí respectivamente acreedor y asumente, no quedaría irrevocable hasta la aceptación del tercero (art. 1257.2°), o sea, el deudor. [...] "Para el deudor liberado" la deuda, que es la misma después de la asunción, se ha convertido, sin embargo, desde ella en una obligación natural. Lo que conecta precisamente con que para él el pago es enteramente voluntario, irrevocable (arts. 1798-99) inhibiendo así el cobro de lo indebido (art. 1895)" (op. cit., págs. 44-45).

¹⁴⁰ GONZÁLEZ PORRAS dice que no alcanza la razón para que el deudor primitivo conocedor del acuerdo, se pueda oponer y llegue a hacer ineficaz el susodicho pacto (para el que ni siquiera era necesario el consentimiento si no llega a conocerlo) ya que el único efecto del acuerdo consiste en su liberación y no se ve perjuicio para él («La cesión de deuda», op. cit., págs. 514-515).

¹⁴¹ Dice GANDOLFI que en el apartado 4 del art. 126, así como en el art. 122.2, se permite que la cesión tenga lugar tal y como se produce en el área alemana, ya que se aplica de manera coherente, además del *Trennungsprinzip*, el *Abstraktionsprinzip*, pero con las atenuaciones introducidas por la jurisprudencia, y permitiendo al tercero que ha cumplido, ser indemnizado por el deudor primitivo dentro de los límites de la liberación de la deuda que él ha obtenido. Semejante solución ha sido introducida para atender una exigencia sentida en el área citada, y también habida cuenta del hecho de que las modalidades indicadas en el art. 126 lo son a título de ejemplo, y esto además dentro de los límites contenidos en los apartados 1 y 2 tal y como se ha dicho en el apartado 4 del presente artículo (*Code européen des contrats*, pág. 349).

E) Cambio de deudor por novación subjetiva

Es una de las dos vías principales de cambio de deudor previstas en el apartado 1 del art. 125, como ya hemos visto. Se vuelve a tratar de la novación subjetiva por cambio de la persona del deudor en el apartado 6 del artículo 126 porque en el área inglesa sólo se admite el cambio de deudor por novación o como elemento accesorio de la transmisión de uno o varios bienes. Se repite que se requiere acuerdo trilateral y se añade que en él se puede convenir que el acreedor, para reclamar el cumplimiento, deba haber efectuado o al menos ofrecido una contraprestación, con lo cual, la novación además de ser onerosa está condicionada al previo cumplimiento por parte del acreedor de esta obligación de pagar una contraprestación o al menos de ofrecerla¹⁴².

5. RELACIONES ENTRE EL DEUDOR PRIMITIVO Y EL NUEVO

Es el apartado 5 del artículo 126 el que se ocupa de estas relaciones en los supuestos de asunción externa, tanto cumulativa como liberatoria, en los que el asumente ha cumplido la obligación asumida. Las consecuencias del pago por el asumente respecto al deudor primitivo o principal dependen de las relaciones que medien entre ellos. Si el deudor principal es acreedor del asumente, bien porque ya lo era antes y esa relación de crédito ha causalizado la delegación pasiva, bien porque el crédito ha surgido del acuerdo de asunción de deuda entre los deudores, podrá oponer en compensación este crédito cuando el asumente le

¹⁴² En efecto, dice GANDOLFI que el apartado 6 ha sido introducido para satisfacer una exigencia del área del *commun law*, teniendo sobre todo en cuenta las observaciones de Betson y Roy Goode, así como las de Siehr en cuanto a la forma trilateral. No se ha acogido la solución contenida en el art. 1274 del Código francés por coherencia ante la posibilidad del deudor originario (admitida por el art. 126.3, segunda parte) de oponerse a la «reprise» de la deuda por un tercero en la expromisión, de manera análoga a lo previsto en relación al pago por tercero (en el art. 79.1). Pero se han tenido también en cuenta las consideraciones, hechas sobre todo por Rescigno, en cuanto a la posibilidad de referir la cesión de deuda, que se produce mediante un acuerdo entre el deudor y el nuevo deudor, al esquema del contrato en favor de tercero (*Code européen des contrats*, pág. 350).

reclame el reembolso de lo por él pagado al acreedor de la deuda asumida. En cambio, cuando el tercero asumente no sea, por una razón u otra, deudor del deudor principal (puede ser el caso de la expromisión o de la delegación pura o abstracta) y pague la obligación asumida, habrá que presumir, salvo que conste pacto o voluntad en contrario, que no lo hace con ánimo de liberalidad y que, por tanto, tiene derecho a ser reembolsado o indemnizado de lo que haya efectivamente desembolsado¹⁴³.

Añade el Anteproyecto al final de este apartado una limitación que parece que sirve para todo caso de acción de regreso del asumente: el deudor principal puede oponerle las mismas excepciones que habría podido hacer valer ante el acreedor y —se sobreentiende— que el asumente, pudiendo hacerlo, no las haya utilizado. Las excepciones puramente personales del deudor principal parece que sólo podrán serle opuestas al asumente en caso de expromisión, es decir cuando falte un acuerdo de asunción de la deuda entre los deudores.

6. RELACIONES ENTRE EL ACREEDOR Y EL NUEVO DEUDOR

Es el artículo 127 el que contiene el régimen del cambio de deudor, por novación o por asunción, especificando los derechos y deberes de las "partes". En el contrato trilateral novatorio los tres sujetos intervinientes son partes del mismo; en cambio, en la asunción externa de deuda, en cualquiera de sus modalidades, el consentimiento decisivo e imprescindible para la asunción es el del tercero asumente; se precisa también el conocimiento del acreedor para que frente a él el asumente pueda ser considerado como nuevo deudor que paga deuda propia y no como un tercero que paga deuda ajena. Perfeccionada la asunción externa por la notificación de la voluntad del asumente al acreedor, se trata ahora

¹⁴³ Señala GANDOLFI que el apartado 5 del art. 126 se refiere entre otras a la delegación pura, conforme a la proposición de Rescigno, y extrae las consecuencias debidas, sin ignorar, tampoco, las observaciones de Medicus (*Code européen des contrats*, pág. 350).

de exponer el régimen de la relación surgida entre el acreedor y el nuevo deudor en que se ha convertido el asumente. Régimen que, lógicamente, es distinto según sea la asunción cumulativa o liberatoria.

A) Excepciones oponibles por el nuevo deudor

La primera parte del apartado 1 del artículo 127, dejando aparte el régimen especial de la asunción de deuda por negocio abstracto propia del área alemana, dice que en todas las demás modalidades de cambio de deudor o de nuevo deudor por asunción de deuda, el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones que tenía el deudor original¹⁴⁴. El precepto es poco expresivo por lo que se suscitan algunas dudas; parece que el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones inherentes a la deuda y otras que tuviera el deudor primitivo al dejar de serlo siempre que no fueran de carácter personalísimo. El régimen parece aplicable tanto si la asunción es liberatoria o simplemente cumulativa, por lo que, en definitiva, se trata de las excepciones que puede oponer al acreedor un deudor solidario.

La cuestión de las excepciones oponibles por el nuevo deudor es de las más complejas del régimen de la asunción de deudas y en nuestro código no está resuelta de un modo expreso. Según la opinión mayoritaria, el nuevo deudor puede oponer al acreedor todas las excepciones ligadas a la obligación primitiva, excepciones reales o inherentes a la deuda, pero no las personales del antiguo deudor. También se ha defendido recientemente que el asumente puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en vicios de la relación interna o subyacente con el antiguo deudor (relación de cobertura) que ya existían en el momento

¹⁴⁴ El apartado 1 del art. 127 ha sido redactado en su primera parte teniendo en cuenta sobre todo el § 417 BGB y las sugerencias de Bianca, Daskarolis y Ferri, sin olvidar por tanto los arts. 1271 y 1272, apartados 2 y 3, del Código italiano (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 350).

de producirse la asunción, al quedar incorporadas a la causa del negocio, pero no las excepciones que deriven del posterior desenvolvimiento de dicha relación de cobertura. Por último, el asumente puede oponer al acreedor las excepciones que deriven de las relaciones jurídicas existentes entre ambos: tanto las derivadas de relaciones jurídicas internas o subyacentes como las que deriven del negocio de asunción¹⁴⁵.

B) La suerte de las garantías del crédito

En cuanto a la suerte de las garantías del crédito en caso de cambio de deudor, su régimen está resuelto en el art. 1207 Cc. para el supuesto de novación extintiva. Precepto de difícil interpretación. Según la doctrina mayoritaria existiría una regla general, la extinción de las obligaciones accesorias derivada de la extinción de la obligación principal, y una excepción, la subsistencia de dichas obligaciones en cuanto aprovechen a terceros que no hayan consentido la novación.

Los autores que admiten la sucesión en la deuda mantienen distintas opiniones en torno al régimen de las garantías que HERBOSA MARTÍNEZ sistematiza así:

I) Autores que consideran extinguidas las garantías, sin perjuicio de la atemperación que pueda sufrir dicho principio cuando el sujeto garante haya intervenido en el cambio, en cuyo caso, como excepción, aquéllas se reputan subsistentes.

II) Autores que, como regla general, consideran subsistentes las garantías, aunque este principio puede sufrir ciertas limitaciones cuando hayan sido prestadas por tercero, e incluso, según algunos, por el deudor primitivo, en cuyo caso se extinguen.

HERBOSA, sin embargo, defiende que en nuestro ordenamiento no hay base legal suficiente para considerarlas extinguidas a falta de un precepto expreso que imponga este efecto en

¹⁴⁵ Véase, por todos, HERBOSA, *op. cit.*, págs. 101-109.

caso de asunción de deudas; en principio deben considerarse subsistentes a menos que el acreedor haya renunciado de un modo claro e inequívoco a ellas. Esta tesis encuentra un apoyo claro en lo dispuesto en el artículo 118 LH. Ahora bien, las garantías se mantienen subsistentes a favor del acreedor a menos que su subsistencia perjudique a los sujetos garantes que no han intervenido en la asunción de deudas, a quienes no puede perjudicar dicha subsistencia y, por tanto, en cuyo provecho, se extinguen. Ello supone que las garantías no pueden considerarse extinguidas de forma automática sino mediante declaración de voluntad del tercero garante en ese sentido¹⁴⁶.

El Anteproyecto parte de que las garantías del crédito no se ven afectadas cuando la asunción es cumulativa, pero para la asunción liberatoria sienta la regla general de que las garantías del crédito se extinguen, sin mayores distinciones, es decir tanto si han sido puestas por terceros como por el deudor primitivo o el propio asumente; la no extinción requiere que quienes hayan prestado las garantías (reales o personales) consientan expresamente su mantenimiento (art. 127.1, al final)¹⁴⁷. El consentimiento expreso para el mantenimiento de las garantías se requiere tanto para los garantes que son terceros que no han intervenido en la asunción de deuda como para el deudor primitivo o el asumente: el mantenimiento de las garantías prestadas por éstos no puede presumirse por el hecho de que hayan acordado la asunción de la deuda ni cabe presumir que el acreedor ha renunciado a ellas por haber liberado de la deuda al deudor primitivo o haber aprobado la asunción de la deuda por el asumente. El mantenimiento de las garantías requiere en todo caso el consentimiento expreso de los garantes.

¹⁴⁶ Véase en la citada obra de este autor el apartado titulado «revisión crítica y opinión que se mantiene», págs. 365 a 376, y la conclusión sexta en págs. 509-510.

¹⁴⁷ La segunda parte del art. 127.1 ha sido redactada teniendo en consideración sobre todo el art. 1275 del Código italiano, el art. 1278 del Código francés, el § 418 BGB, así como el punto de vista de Daskarolis (GANDOLFI, *Cofre européen des contrats*, pág. 350).

C) La insolvencia del nuevo deudor

El problema de la insolvencia del nuevo deudor y sus consecuencias no se plantea cuando la asunción es cumulativa y, por ello, se mantiene viva la acción del acreedor contra el deudor primitivo. El nuevo deudor se añade al deudor primitivo y responde solidariamente con él. Así está dicho reiterativamente en los arts. 125, apartado 2, y 126, apartados 2 y 3. Sin embargo, el apartado 2 del art. 127 introduce matices en esa "solidaridad"; es cierto que el deudor primitivo no se libera de la obligación, pero, aunque sigue vinculado, no responde de la obligación de la misma manera que el nuevo deudor: dice el Anteproyecto que el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el deudor original si previamente no ha exigido el cumplimiento al tercero¹⁴⁸; con lo cual parece que más que una solidaridad paritaria hay una solidaridad accesoria o dependiente en la que el deudor principal obligado al cumplimiento voluntario de la deuda es el asumente y a él debe exigir el cumplimiento el acreedor; pero, si reclamado el pago, el nuevo deudor no cumple, puede dirigirse también contra el deudor primitivo; la posición de éste está muy próxima a la del fiador solidario.

En España el artículo 1206 Cc., para el caso de la asunción liberatoria, establece que la insolvencia del nuevo deudor no hace revivir la acción del acreedor contra el primitivo, a menos que dicha insolvencia sea anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda. La regla general es que la insolvencia sobrevinida del nuevo deudor no altera la situación jurídica del antiguo que continúa liberado, a menos, claro está, que el deudor antiguo se hubiese comprometido de un modo expreso a responder de tal extremo. En este caso, como dice DÍEZ-PICAZO, debe entenderse que existe un pacto de constitución del antiguo deudor en fiador

¹⁴⁸ El apartado 2 ha sido redactado atendiendo a los arts. 1268.2 y 1274.1 del Código italiano y al art. 1276 del Código francés, sin ignorar las sugerencias del grupo español (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 350).

o garante del nuevo¹⁴⁹. La regla general tiene dos excepciones, o si se quiere, una excepción con dos manifestaciones: a) que la insolvencia del nuevo deudor sea anterior y pública; b) que la insolvencia no sea pública pero sea conocida del deudor primitivo. Excepción aplicable sólo a los casos de delegación y convenio de asunción, no a la expromisión, en cuanto su razón de ser es evitar posibles conductas fraudulentas del deudor primitivo¹⁵⁰. El Anteproyecto recoge la regla general según la cual, si el acreedor ha liberado al deudor original, no tiene acción contra él si el tercero deviene insolvente, y sólo contempla como excepción el caso de la reserva expresa.

D) Invalidez de la obligación novada o asumida

Para el cambio de deudor por novación, el apartado 3 del art. 127 dice que acreedor y nuevo deudor pueden respectivamente ejercitar exclusivamente los derechos y oponer únicamente las excepciones que derivan del acuerdo mismo; no hay, por tanto, posibilidad de traer a colación las anteriores relaciones entre el acreedor y el deudor primitivo ni menos las que hayan podido existir entre los deudores. Hay una nueva obligación surgida de un nuevo contrato que es el que contiene el régimen de los derechos y deberes de las partes. No obstante, este apartado admite la excepción prevista en el siguiente relativa a la nulidad o anulación de la nueva obligación, supuesto en el que el acreedor puede todavía exigir el cumplimiento al deudor primitivo, todo ello por aplicación específica de la disposición contenida en el apartado 5 del art. 130, al que se remite el apartado 4 del art. 127.

En el caso de que la obligación asumida por el tercero sea declarada nula debido a la invalidez del acuerdo del que deriva la asunción de la deuda, puede oponer tal excepción al acreedor, según entiende nuestra doctrina. La cuestión es, ¿qué trascenden-

¹⁴⁹ *Fundamentos*, II, pág. 859.

¹⁵⁰ Véase HERBOSA, *op. cit.*, págs. 98-101 y 115.

cia tiene la invalidez de la nueva obligación respecto a la liberación del deudor primitivo, supuesto que concurra el consentimiento liberatorio del acreedor? Nuestra doctrina entiende que la liberación del deudor primitivo ha sido ineficaz y, por ello, sigue respondiendo ante el acreedor en los mismos términos que antes¹⁵¹.

Esta es la solución acogida en el apartado 4 del artículo 127: *Si la obligación asumida por el nuevo deudor es nula o se anula, el acreedor que ha liberado al deudor original puede exigirle el cumplimiento, pero ya no puede hacer valer las garantías prestadas por terceros*¹⁵². Y es que, en la asunción de deuda liberatoria, la liberación del deudor hecha por el acreedor está condicionada a la validez de la asunción de deuda por el tercero, de manera que el acreedor no quiere la liberación del deudor primitivo si no hay un nuevo deudor que asume su obligación. Si la asunción no se produce, tampoco tiene lugar la liberación. En cambio, la extinción de las garantías prestadas por terceros es definitiva aunque la obligación asumida sea nula o se anule.

En su caso se aplicarán las reglas del pago por tercero contenidas en el art. 79.2 al que se remite el art. 127.5 del Anteproyecto.

¹⁵¹ Véase, por todos, HERBOSA, *op. cit.*, págs. 109-110.

¹⁵² La primera frase del apartado 4 del art. 127 es conforme al art. 1276 del Código italiano (GANDOLFI, *Code européen des contrats*, pág. 350).

CAPÍTULO XIII
EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS
RELACIONES QUE NACEN DEL
CONTRATO

Isaac TENA PIAZUELO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SISTEMÁTICA DEL TÍTULO X. III. LAS CAUSAS GENERALES EXTINTIVAS DEL CONTRATO. IV. EL CUMPLIMIENTO COMO CAUSA EXTINTIVA. V. MODOS DE EXTINCIÓN DISTINTOS DEL CUMPLIMIENTO. VI. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina científica está elaborado muy interesantes trabajos sobre lo que la Unión europea ha supuesto en ámbitos de convergencia diferentes, también el que afecta al aspecto jurídico. No me toca ahora a mí insistir en esta realidad suficientemente conocida. Igualmente es amplia la bibliografía dedicada al estudio del Proyecto de Pavía de Código europeo de contratos, como puede comprobarse desde los comentarios que preceden al presente, y singularmente del que dedica el maestro GARCÍA CANTERO¹. Sin embargo la oferta de posibilidades no es tan amplia en cuanto se trata del estudio pormenorizado de las partes que componen

¹ Sin ánimo de exhaustividad, y en lo que puede ser más reciente, conviene tener en cuenta la siguiente bibliografía: ACEBES, A., "La armonización del derecho civil en Europa", *Diario La Ley* 5609/2002; ALPA, G., "La armonización del derecho contractual y el proyecto de Código Civil europeo", *RDPat.* 11/2003, pág. 25-30; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., "Reforma de los Códigos y Derecho Europeo", *ADC* 4/2003, pág. 1565-1574; GARCÍA CANTERO, G., "¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (en torno a la noción de contrato europeo)", *ADC* 1/2004, pág. 5-50; MASIDE MIRANDA, E., "El futuro Código Civil Europeo de Contratos", *RCDI* 684/2004, pág. 1769-1830; MOZOS, J. L. DE LOS, "El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía", *Diario La Ley* 5629/2002; PARRA LUCÁN, M^a A., "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?", *AC* 36/2002, pág. 1163-1176; VATTIER, C., et al. (dir.), *Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos* (2 vols.), Madrid, 2003.

dicho Proyecto². Tampoco, por otra parte, esta relativa escasez de referencias en la doctrina —hasta el momento— constituye un obstáculo para tratar de examinar las novedades que el Proyecto de Pavía podría suponer de llegar a prosperar. Sobre todo si ese análisis se realiza teniendo en cuenta en primer lugar el propio Derecho patrio, y la bibliografía (muy abundante) que se ha dedicado al estudio de las obligaciones y de los contratos. En particular, el tratado de la extinción de las obligaciones en Derecho español no ha sido cultivado por los estudiosos en menor medida; aunque, tal como iremos viendo, todavía puede haber alguna oportunidad a la controversia puntual, lo cierto es que la doctrina sobre esa materia está muy asentada, y permite pocas innovaciones. Del mismo modo, tampoco puedo permitirme ahora por mi parte buscar la originalidad, cuando de lo que se trata es de realizar un simple contraste de lo que puede haber de novedoso respecto de la extinción del contrato, y desde el referente del Proyecto de Pavía, pero sin intentar una exposición sistemática de la doctrina de la extinción del contrato en Derecho español, que tiene mejor acomodo en otros estudios más amplios³. En aras de la bre-

² Aunque hay investigaciones notables, como la de ROGEL VIDE, C., "En torno a la conclusión de los contratos en el proyecto de Código de Pavía", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2/2003, pág. 231-246. Igualmente son de consulta imprescindible los Comentarios en homenaje al profesor. DE LOS MOZOS, ya citados, y en particular en lo que a mis comentarios respecta: ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., "Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo", en VATTIER, C., *et al. (dir.), Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. II, Madrid, 2003, pág. 521 ss; ROMÁN GARCÍA, A., "Prescripción y caducidad", *loc. cit.*, pág. 539 ss.

³ Lo que supone que, tratándose de una doctrina común, no recurra ahora a un especial despliegue bibliográfico, que comprometería la extensión de esta parte de un trabajo colectivo, sino que las referencias que doy pueden tomarse en términos puramente ejemplificativos para facilitar las comparaciones entre nuestro Derecho y el Proyecto de Pavía.

En esas limitaciones, no es la menor la propia de carácter editorial que hace que éste y los demás trabajos que integran el volumen correspondiente, deban contentarse con un número definido de páginas. Lo que, de intento, hace imposible realizar un tratado de las relaciones obligatorias que no aprovecharía mucho si fuera solo del Derecho español, a la fuerza poco original; ni, por otra parte, sería materialmente posible desde una rigurosa perspectiva comparatista del Proyecto, con el Derecho italiano, el francés, o alemán. Sin olvidar la existencia de Proyectos de codificación europea que siguen derroteros distintos al Proyecto de Pavía.

vedad, evitando redundancias con la propia estructura de este trabajo colectivo, que cuenta con un apéndice en que se incluye la versión francesa original sobre la que hemos trabajado, por regla general utilizaré en esta parte directamente la traducción al español.

II. SISTEMÁTICA DEL TÍTULO X

El Proyecto se estructura mediante la distinción de Títulos, Secciones, y artículos. Diferenciándose un tanto del esquema de nuestro Código que recurre, además, al modelo de Libros y Capítulos. Si el texto de Pavía se extiende en once Títulos, trata en el penúltimo de ellos de la "Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del contrato". En suma son los artículos 128 a 136, distribuidos en tres Secciones, los que se dedican a una materia jurídicamente compleja, también en nuestro Código civil. En lo que se refiere ahora a la comparación de la sistemática de ambos textos, debe tenerse en cuenta que el Código civil español, aunque trata en su Libro IV "De las obligaciones y contratos", presta escasa atención al contrato como categoría autónoma, ocupándose más bien de las vicisitudes de la obligación⁴. El Código civil español no define legalmente el contrato, aunque su concepto pueda inducirse por la vía de algunos artículos como el 1089, 1091, o 1254 CC. En suma el contrato "es un acuerdo de voluntades entre

⁴ No en vano la propia definición, enunciada desde el art. 1-1 del Proyecto de Pavía, deja entrever la importancia que adquiere la noción del contrato. Su precisión conceptual es llamativa: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte". En cuanto a la exégesis de esta definición, el concepto de contrato europeo, y su contraste con el contenido en los Códigos civiles europeos, *véase* GARCÍA CANTERO, G., "¿Es aplicable en España el Proyecto de Pavía? (en torno a la noción de contrato europeo)", ADC 1/2004, pág. 5-50, así como el comentario del mismo autor, "Hacia un concepto europeo de contrato", en *Código europeo de contratos. Comentarios...*, *cit.*, volumen I.

Cfr. ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., "Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo", en VATTIER, C., *et al.* (dir.), *Código europeo de contratos...*, *cit.*, pág. 521-523.

dos o más personas, dirigido a crear obligaciones entre ellas, del que nacen efectivamente tales obligaciones"⁵.

La diferenciación que nuestro Código hace entre contrato y obligación se constata, precisamente, en lo que respecta a la extinción, ya que el fenómeno se refiere en el Capítulo IV del Título I, con la rúbrica "De la extinción de las obligaciones". Aun con todo, y aunque los términos de comparación sean relativos al número, más que al contenido real de disposiciones y su extensión, nuestro Código acaba dedicando cincuenta y ocho artículos (desde el art. 1156 al 1213) a lo que el de Pavía despacha solamente en nueve. Creo que resulta importante precisar que esa diferencia es efectivamente relativa, puesto que el Código español resulta más esquemático, y por tanto el contenido de sus artículos es más escueto. Tal vez incluso hay artículos en el Proyecto de Pavía que resultan, por su extensión, excesivamente farragosos: la posible intención de lograr un Código sencillo en su estructura, ha tratado de conseguirse por la vía equivocada de escamotear demasiadas disposiciones, no siempre coherentes entre sí, en el acomodo formal de un solo artículo. Esa sensación es perceptible desde el mismo artículo 128, o en el artículo 132 dedicado a la compensación, por citar unos ejemplos. Por ello mismo se agradece en el nuestro su carácter más pedagógico y popular, aun en desdoro de su prurito de tecnicismo, igualmente resulta muy práctico que en el apartado de "Disposiciones generales" contenga un artículo (el 1156 CC) dedicado a ofrecer el esquema o clasificación de las diferentes causas extintivas de las obligaciones⁶. En

⁵ Así lo define, y explica su evolución, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, Madrid, 2000, pág. 305 ss.

⁶ Por más que, como entiende la Jurisprudencia y la doctrina, ese repertorio no sea un *numerus clausus* de posibilidades, ya que hay otras causas extintivas además de las que contiene el art. 1156 CC: vgr., el mutuo disenso entre las partes de la relación obligatoria. Ya hace muchos años, en coherencia con una jurisprudencia que se ha reiterado hasta el presente, estableció claramente la STS de 13 de abril de 1956 que "la enumeración contenida en este artículo sobre los modos por los cuales se extinguen las obligaciones, no es limitativa ni excluyente, y puede ser completada con las demás causas previstas en el mismo Código y además por la voluntad y libre consentimiento de las partes en darla por resuelta...".

cambio el Proyecto de Pavía organiza las causas extintivas del contrato, sin una enunciación general, solamente mediante la distinción de tres categorías genéricas, según se refieran a los "Hechos extintivos y que provocan una preclusión" (*"forclusion"*), a los "Modos de extinción distintos del cumplimiento", o a la "Prescripción y caducidad". Seguiré básicamente esta misma estructura en el análisis de esta parte del Proyecto.

III. LAS CAUSAS GENERALES EXTINTIVAS DEL CONTRATO

Como ya he dicho, el Código español ofrece una relación meramente indicativa de las causas que provocan la extinción de las obligaciones, en el art. 1156; en cuyo detalle entran los artículos posteriores⁷ a partir de esa clasificación general. Sin duda alguna, por los términos de la regulación positiva, y por su importancia en el tráfico jurídico, el pago es la principal de las causas extintivas de las obligaciones.

Las obligaciones se extinguen pues, art. 1156 CC:

- "Por el pago o cumplimiento.
- Por la pérdida de la cosa debida.
- Por la condonación de la deuda.
- Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.
- Por la compensación.
- Por la novación".

Por su parte el Proyecto de Pavía, también parece considerar el cumplimiento como la causa más importante de las que provocan la extinción de los contratos. Basta para concluirlo así la sistemática de las secciones primera y segunda, ya que la tercera

Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), Madrid, 2000, pág. 146.

⁷ Los artículos 1157 a 1181 CC tratan del pago y de sus modalidades, los art. 1182 a 1186 tratan de la pérdida de la cosa debida, los art. 1187 a 1191 de la condonación de la deuda, los art. 1192 a 1194 de la confusión de derechos, los art. 1195 a 1202 de la compensación, los art. 1203 a 1213 de la novación.

se refiere la "Prescripción y caducidad", que distinguen los "Hechos extintivos y que provocan una preclusión" (sección primera), y a renglón seguido los "Modos de extinción distintos del cumplimiento" (sección segunda), de tal manera que esto último parece referirse, de manera residual, a todas las demás causas extintivas. Si acaso esta nítida distinción se enturbia un tanto cuando, sin que sea evidente, se establece una correspondencia (que no parece simplemente una relación de sinonimia) entre hechos que provocan la extinción y aquellos que provocan una *preclusión*. En realidad la conjunción entre unos y otros hechos, extintivos y preclusivos, debería tomarse en términos disyuntivos al menos en relación al Derecho español. Para considerarlo así, hay que advertir en primer lugar, que en nuestro Derecho la preclusión es un concepto ordinariamente reservado al ámbito procedimental, ya que ni un solo artículo del Código civil alude literalmente a ese fenómeno. En cambio, desde el punto de vista sustantivo, sí tienen entidad propia la prescripción extintiva y la caducidad (además del no uso), como límites temporales al ejercicio de los derechos subjetivos⁵. La prescripción extintiva produce el efecto que determina el art. 1930.-2 CC, extinguir los derechos y acciones de cualquier clase que sean. Aunque con frecuencia se confundan prescripción y caducidad, o aunque ni el propio legislador ponga siempre excesivo empeño en distinguirlas de modo preciso, pueden diferenciarse básicamente desde el momento en que la caducidad no es necesario que se alegue por parte interesada o beneficiada, ya que puede aplicarse de oficio por el juez, y además el transcurso del plazo correspondiente no admite interrupción.

En cuanto a la preclusión, la circunstancia de que se incluya dentro de las causas generales de extinción del contrato, y que se regule expresamente en un artículo como el 129 del Proyecto de Pavía, no deja de causar sorpresa desde el punto de vista de nues-

⁵ Cfr., vgr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho civil patrimonial*, 9ª ed., Madrid, 2003, pág. 91 ss.

tra propia tradición jurídica, que ha relegado aquel concepto al campo procesal. Queda fuera de duda que el Proyecto ha querido dotar de un efecto general a aquello en que consista la preclusión, convirtiéndola en categoría genérica (cabe pensar que de Derecho sustantivo), que tiene como especies la prescripción y la caducidad. Por otra parte, del párrafo primero del art. 129, parece desprenderse que la prescripción juega en el ejercicio de los derechos derivados de los contratos ("...el ejercicio de cualquier derecho que pueda resultar de un contrato"), mientras que del párrafo segundo resulta que la caducidad tiene por objeto cualesquiera actos o declaraciones de voluntad ("provoca una preclusión de la posibilidad de emitir una declaración o de realizar un acto"). Aunque no siempre ha resultado fácil establecer, salvo por sus efectos, una clara distinción entre prescripción y caducidad, la primera (dejando de lado si se trata de una forma de extinción de derechos, o más bien de extinción de las acciones para hacer valer los derechos) tiene lugar en nuestro Ordenamiento civil cuando los derechos (pero solamente los de carácter patrimonial) permanecen inactivos, ni se ejercitan por su titular, ni se reconoce su existencia por el obligado⁹. Su fundamento último radica en establecer una seguridad jurídica para los terceros, respecto de que quien no haya ejercitado sus propios derechos durante cierto tiempo no encontrará después protección del Ordenamiento jurídico para los mismos. En cambio —dice ALBALADEJO— la caducidad significa que una facultad o un derecho potestativo, tendentes a modificar una situación jurídica, se extinguen al transcurrir el plazo previsto para su ejercicio; se aplica no a los derechos, sino a las facultades o poderes jurídicos, tengan o no carácter patrimonial¹⁰.

Tampoco se adivina qué añade aquel nuevo tratamiento de la preclusión dentro de un Proyecto de Código que pretende ocu-

⁹ Cfr. ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho civil*, 12ª ed., Madrid, 2004, pág. 161 ss.

¹⁰ Cfr. ALBALADEJO, M., *Op. cit.*, pág. 164.

parse de categorías más propias del Derecho sustantivo. En particular resulta contradictorio con una tradición como la nuestra, en que se han separado nítidamente ambas ramas del Derecho, incluso más aún en los últimos años en que la reforma procesal de la LEC del año 2000 ha provocado que algunas disposiciones del Código civil hayan sido trasplantadas a la LEC dada su connotación adjetiva.

La preclusión sigue siendo considerada entre nosotros, precisamente, uno de los principios característicos del procedimiento civil. Igual que la concentración, se justifican ambas por la conveniencia de aligerar la lentitud de los procedimientos judiciales civiles, que está especialmente presente en nuestro Derecho desde la reforma parcial de la LEC de 1984¹¹. Con singular claridad afirmaba RAMOS MÉNDEZ de la preclusión: "...cada actuación procesal habrá de ser realizada dentro del tiempo señalado al efecto bajo el riesgo de no poder ser realizada con posterioridad. Esto es, los plazos procesales, propiamente dichos, abren expectativas y oportunidades, cuyo transcurso es fatal: por regla general no cabe restitución del término. Esto es lo que se denomina preclusión y tiene su explicación en la propia naturaleza del proceso. El principio de preclusión impone, pues, la carga de aprovechar libremente las oportunidades procesales en el término que tienen señalado para su producción".

En la nueva LEC, señala el art. 136 "Preclusión.— Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta la tribunal a fin de que se dicte la resolución que corresponda". Sin necesidad de mayor comentario, adviértase cómo el objeto de la preclusión así regulada son los actos procesales, y es el Secretario Judicial el

¹¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, 3ª ed., Madrid, 2000, pág. 41-43.

funcionario a quien se impone una específica carga para dejar constancia de haberse producido. Lo que hace que, ahora mismo, esa situación esté muy alejada de los efectos civiles de los contratos y de su extinción.

Pero volvamos al estudio de las causas extintivas, en general, de los contratos. A simple vista el art. 128 del Proyecto de Pavía parece tener una pretensión de completud, tratando de contemplar un catálogo ciertamente muy amplio de causas de extinción¹². Y, sin embargo no es así en realidad, creo que tampoco el art. 128 del Proyecto contiene una relación cerrada o taxativa de supuestos de extinción, sino meramente indicativa, por más extensa que sea. Así lo demuestran los apartados l) y h) que, respectivamente para la extinción del contrato y la extinción de las obligaciones, añaden a la relación de supuestos previamente expuestos: "por cualquier otra causa establecida por la ley". Y el número 5 de ese mismo artículo 128, establece la subsidiariedad de las reglas del Título X relativas a la extinción de contrato, al decir "El presente Título se refiere a los supuestos que no están regulados por otras reglas de este Código, reglas a las que se hace remisión para los casos no previstos aquí".

Hechas las anteriores salvedades, en cuanto a la aparente confusión en que incurre la rúbrica de la Sección 1 del Título X, entremezclando indebidamente los hechos extintivos con los que provocan una preclusión, podemos entrar en el contenido del art. 128 que es el primero de los dos que integran aquella Sección. Y ciertamente la propia titulación de dicho artículo, no deja de ocasionar perplejidad: "Hechos extintivos que provocan la *ineficacia*". Lo que sucede es que el Proyecto vuelve a caer en otra peligrosa confusión, al menos desde la experiencia de nuestro propio Derecho, dadas las dificultades que tradicionalmente se nos han planteado al aclarar las categorías de *ineficacia* negocial o contractual.

¹² Vid. el minucioso comentario enumerativo de los hechos extintivos que realiza ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., *loc. cit.*, pág. 523-534.

Como señala LASARTE, siguiendo a MESSINEO, los supuestos de ineficacia contractual pueden integrarse en dos grandes grupos: el de la "invalidez", y el de la "ineficacia en sentido estricto". Dentro de la primera situación, provocada por la existencia de circunstancias intrínsecas a cualquiera de los elementos esenciales del contrato, que resultasen inadmisibles jurídicamente, se incluyen la nulidad y la anulabilidad. Mientras que la segunda situación tiene que ver con la presencia en el contrato de ciertos defectos extrínsecos, y provoca la carencia de efectos de aquél; dentro de esta categoría se pueden considerar el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, la resolución por incumplimiento, la rescisión, la revocación, la producción de la condición resolutoria, o la falta de acaecimiento de la condición suspensiva¹³.

¿Por qué afirmo que resultaba deseable que el Proyecto no mencionase la ineficacia al tratar de la extinción del contrato? El contrato, cuando produce en todo o en parte los efectos que los particulares se propusieron conseguir, se dice que es eficaz. El problema se plantea cuando el contrato se lleva a cabo de una manera distinta a la prevista por el Ordenamiento jurídico, pues en tal caso también los efectos que se perseguían quedarán alterados, es decir se producirá en mayor o menor medida una ineficacia del contrato. La ineficacia puede suponer, según su clase, que el contrato no produzca ningún efecto, o que no produzca todos los efectos deseados por las partes, o que los efectos producidos no sean definitivos. La Doctrina suele insistir en la dificultad del tema de la ineficacia, que comienza ya cuando pretende darse un concepto de ese fenómeno. Pues tanto los Códigos como los autores científicos emplean para referirse a la ineficacia una gran variedad de términos de contenido poco definido: ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, revocación, etc. Pese a ello, parece que el problema está actualmente resuelto, prescindiendo de matices secundarios, la doctrina jurídica ha llegado a cierto acuerdo en cuanto a la

¹³ Cf. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Op. cit.* pág. 361-362.

determinación de los grados de invalidez o ineficacia de los negocios jurídicos. La ineficacia se entiende que es la carencia de efectos jurídicos. Es un término más amplio que nulidad, rescisión y los demás aludidos. La ineficacia se da, para un sector de la Doctrina tradicional, cuando los efectos normales del negocio o contrato no pueden producirse por una circunstancia extrínseca a él y normalmente sobrevenida. Para DÍEZ-PICAZO, la ineficacia es una reacción del Ordenamiento jurídico, una sanción ante la infracción manifestada por la discrepancia entre la realidad (es decir, el contrato efectivamente realizado y que es ineficaz) y la tipicidad negocial (es decir, cómo estaba previsto por la ley ese contrato)¹⁴.

En suma considero incorrecta, se presta innecesariamente a confundir dominios distintos, la rúbrica del art. 128 al no introducir distingo entre los hechos extintivos que tienen que ver con la ineficacia, y el hecho extintivo natural o propio que es el cumplimiento de las obligaciones del contrato, es decir el pago. Esta percepción, de complicación innecesaria, resulta confirmada cuando el art. 128, en su apartado 2, indirectamente nos da a entender que además de las categorías de extinción y de ineficacia contractual, puede haber supuestos de extinción que no sean definitivos: "La extinción del contrato —*si es definitiva*— o su ineficacia impiden que las partes...". Lo mismo sucede cuando el apartado 4, del mismo artículo 128, se ocupa de la extinción de la obligación, cuando se refiere expresamente a "la extinción de la obligación —*si es definitiva*— impide al acreedor...". La extinción que no sea definitiva, no es propiamente tal, sino más bien una forma de suspensión de los efectos del contrato o de las obligaciones que de él derivan.

En realidad el artículo en cuestión se muestra poco dado a definir el pago, elude incluso ese término (aunque utilice su sinó-

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. 1, 4ª ed., Madrid, 1993, pág. 423 ss. Tampoco es éste el lugar para intentar exponer el significado de inexistencia, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, revocación, etc.

nimo más habitual), cuando sin duda se está refiriendo a él, en el apartado "a)": "El contrato se extingue o carece de efecto: a) por cumplimiento, o por la oferta real...". Luego me ocuparé concretamente de esta disposición.

El resto de las causas extintivas o de ineficacia que contiene el art. 128 son, en general pero con algunas salvedades, coherentes con lo que al respecto señala nuestro artículo 1156 CC. Se entiende mejor aquel catálogo si se tiene en cuenta la titulación del art. 128 del Proyecto, cuando se alude a las causas que provocan la *ineficacia* contractual. Y, sobre todo, a fuerza de tratar de abarcar todas las causas imaginables de ineficacia, se utiliza en los apartados 1 y 2 de aquel artículo una distinción que, dejando de lado su calidad conceptual¹⁵, resulta cuando menos artificiosa. Sucede que el apartado 1 del art. 128 se refiere expresamente a la extinción o a la ineficacia *del contrato*, mientras que el apartado 3 trata de la extinción *de las obligaciones* que surgen del contrato. Lo que no acaba de adivinarse es la totalidad de las consecuencias que resultan dentro de una situación de ineficacia, ya se produzca por extinción del contrato, o por la extinción de las obligaciones que contiene¹⁶. Creo que semejante fárrago de posibilidades, además de propiciar una cierta confusión, era dispensable, toda vez que tanto el apartado 1 como el 3 del artículo 128 contienen una disposición que extiende su previsión a "...cualquier otra causa establecida por la ley".

Entre las causas de extinción o ineficacia de los contratos hay algunas que son difíciles de situar en el régimen de extinción de las obligaciones de nuestro Código, y que además son difíciles de diferenciar entre sí dada la falta de precisiones del

¹⁵ Aun admitiendo que tenga sentido regular juntamente las causas de extinción de las obligaciones y las de los contratos, no son esas causas evidentes en todo caso: *ígr.*, cuando el 128-1 dice que el contrato se extingue o carece de efecto por cumplimiento de la condición resolutoria (apartado b)), hay que entender que es la obligación la que soporta la condición resolutoria, no el contrato en sí.

¹⁶ Más allá de lo que especifica el apartado 4 del art. 128 en relación a las obligaciones, y el apartado 2 en relación a los efectos de la extinción del contrato.

texto del Proyecto. Me refiero, en esto último, al "desistimiento de mutuo acuerdo", la "retractación"¹⁷, y la "resolución unilateral" (apartados f), g), h) del art. 128.-1). La única diferencia aparente entre tales causas extintivas parece que tiene que ver con la formación de las mismas, si se deben a una voluntad unilateral o bilateral.

El número 2 del art. 128 se ocupa de explicar algunos efectos que se producen con la extinción o la ineficacia del contrato. Se trata, por su densidad, de un verdadero compendio de temas de derecho de obligaciones, aunque la disposición se limita a enumerar efectos, sin detenerse en mayores aclaraciones: "La extinción del contrato —si es definitiva— o su ineficacia impiden que las partes puedan formular pretensiones sobre la base de ese mismo contrato, salvo las excepciones previstas en los contratos plurilaterales a favor de otras partes contratantes y para la protección de terceros; exceptuados además los efectos de la confirmación, de la conversión, de la ratificación, y prescindiendo de las pretensiones que se puedan hacer valer para obtener las restituciones debidas y el resarcimiento de daños y perjuicios por hechos ilícitos contractuales, o extracontractuales, sobrevenidos durante la formación, el cumplimiento o el incumplimiento del contrato".

¹⁷ En cuanto a la *rétractation*, prefiero utilizar una traslación al español del término francés. La razón es que, en realidad, creo que debería traducirse, entre otras sinonimias, por desistimiento. No en vano aquella expresión se utiliza frecuentemente en el Derecho de consumo francés, como en el art. 120.-20 del Code de la Consommation. Este artículo establece que "Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois...". Este precepto tiene un acusado parecido con el art. 10 de nuestra Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que trata precisamente del "Derecho de desistimiento". Sin embargo, hecha la advertencia, hubiera sido demasiado redundante volver a utilizar la expresión *desistimiento*, aunque fuese unilateral, a renglón seguido del desistimiento de mutuo acuerdo.

IV. EL CUMPLIMIENTO COMO CAUSA EXTINTIVA

Como ya he dicho, el artículo 128 del Proyecto es de contenido muy prolijo, por su extensión y por la diversidad de conceptos jurídicos de importancia que entremezcla¹⁸. Creo que en este punto la sistemática del texto debiera haber buscado la claridad en nociones que son sumamente relevantes, no sólo conceptualmente, sino en el tráfico jurídico económico, antes que un posible afán de tecnicismo. A la postre tampoco creo que se haya conseguido esto último.

El texto del Proyecto se refiere al "cumplimiento" de los contratos y de las obligaciones (*cfr.* art. 128.-1 y .-3). Se trata de una expresión sinónima de "pago", también jurídicamente, y nuestro Código prefiere utilizar ambas como sucede en el art. 1156.-1 CC. Salvada la distinción necesaria entre obligación y contrato que se sigue en el texto de Pavía, hay que considerar que el pago de la prestación debida por el deudor en el contrato constituye, en cuanto a la satisfacción del derecho del acreedor, la principal causa de extinción. Es el supuesto natural por el que, al satisfacerse la misma prestación que buscaba el acreedor, su derecho subjetivo carece ya de objeto. El cumplimiento, como señala PÉREZ ÁLVAREZ, comporta la ejecución de la prestación de dar, hacer, o no hacer, debida en virtud de una previa obligación¹⁹. Es decir, el cumplimiento supone que el deudor realiza la prestación debida, en tiempo y forma. Por eso se ha definido el cumplimiento como la exacta realización de la prestación debida por el deudor, que satisface el interés del acreedor, y extingue la obligación. Desde este punto de vista, dejando de lado la tradición jurídica que entre nosotros tiene el término, nada hay de reprochable en que el Pro-

¹⁸ *Cfr.* ARCE FLÓREZ-VALDEZ, J., "Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo", en VATTIER, C., *loc. cit.*, pág. 534 ss.

¹⁹ *Cfr.* *Curso de Derecho civil (III). Derecho de obligaciones*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.), Madrid, 2000, pág. 145 ss. Al menos por regla general, el pago comporta la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor, aunque puede haber claras excepciones, *vgr.*, en el pago por tercero, o en el pago a acreedor aparente.

yecto prescinda de la expresión "pago" en favor del "cumplimiento", queda sobreentendido que se está refiriendo a lo mismo. Para comprobarlo basta con consultar el art. 75 del Proyecto, relativo a "Modalidades del cumplimiento", y cuyo primer apartado establece: "Cada parte está obligada a cumplir exacta e íntegramente todas las obligaciones derivadas del contrato que le son atribuidas...".

Mayores dificultades se plantean al intentar comprender por qué el Proyecto atribuye la misma eficacia extintiva del cumplimiento a la "...oferta real, o por el requerimiento²⁰, de todas las obligaciones que resultan del contrato, en alguna de las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente Libro²¹, y además por haber realizado, por ambas partes, el fin perseguido" (art. 128.-1). La misma disposición, expresamente referida a los contratos, se reproduce para las obligaciones (*cf.* art. 128.-3) con la salvedad de que en el contrato se provoca su extinción también por haberse realizado para ambas partes el fin perseguido; en cambio, al tratar de la extinción de las obligaciones se hace referencia al cumplimiento forzoso a cargo del deudor.

Quiero concluir este apartado reiterando el carácter relativo del catálogo de causas extintivas que hace el art. 128 del Proyecto, ya que, al igual que sucede con nuestro 1156 CC, no se trata de una relación de *numerus clausus*. Ello no obstante, la totalidad de causas extintivas que refiere el art. 1156 CC están recogidas de uno u otro modo en el art. 128 del Proyecto²².

²⁰ Este supuesto, la oferta real o requerimiento, puede entenderse a la luz de lo dispuesto en el art. 105 del Proyecto. *Véase* la correspondiente traducción y comentario en este volumen.

²¹ Que se refieren, respectivamente, al cumplimiento y al incumplimiento del contrato.

²² Téngase en cuenta pues que, *vgr.*, las diversas modalidades que admite el cumplimiento del contrato se regulan en el Título VII del Proyecto.

V. MODOS DE EXTINCIÓN DISTINTOS DEL CUMPLIMIENTO

Se trata ahora de revisar lo dispuesto en la Sección 2 del Título X. Dentro de la categoría que titula dicha sección ("Modos de extinción distintos del cumplimiento") se contempla la novación (art. 130), condonación (art. 131), compensación (art. 132) y la confusión (art. 133). Una vez más hay que comenzar advirtiendo que el Proyecto trata de los modos de extinción diferenciando si se trata de obligaciones o de contratos.

Al regular la novación, el Proyecto la refiere al contrato²³. Mientras que nuestro Código trata la novación de obligaciones, es una de las causas de extinción de las obligaciones (a que se refiere el artículo 1156 CC) y que se regula específicamente en los artículos 1203 ss. Tiene lugar por la constitución de una nueva obligación que sustituye a la originaria. Lo que es distinto de la simple modificación, también llamada novación modificativa o impropia. En síntesis la diferencia entre una y otra es que solamente en la novación propia desaparecen las obligaciones accesorias de garantía y las excepciones oponibles por el deudor en la antigua obligación.

A su vez la novación extintiva puede ser objetiva o subjetiva, según recaiga sobre aspectos subjetivos (sustituyendo al acreedor o deudor iniciales, y extinguiendo la obligación originaria) u objetivos de la relación obligatoria. Esta última es más frecuente en la práctica, y se refiere al objeto de la relación obligatoria o a otros aspectos distintos de los sujetos²⁴. Si contrastamos tales nociones con lo que establece el Proyecto, lo primero que llama la atención es que se dedica a la materia un solo artículo, en el que se

²³ Al menos es lo que se desprende tanto de la rúbrica general del Título X, "Extinción del contrato...", y de buena parte de los numerales del art. 130. Ahora bien, los apartados 7 y 8 de este artículo aluden también al supuesto de novación de obligaciones concretas de un contrato.

²⁴ Cf. LASARTE ÁLVAREZ, *Op. cit.*, pág. 446.

regulan en apartados distintos el concepto, las clases, los requisitos, y los efectos de la novación. El concepto (de la novación propiamente dicha, o extintiva) resulta muy claro, incluso redundante, a la hora de insistir en que la novación de un contrato por otro supone la extinción del primero: "1. La novación es objetiva cuando las partes acuerdan la sustitución por otro contrato, que sea sustancialmente diferente, del preexistente que todavía no haya sido enteramente cumplido, y que de este modo se extingue. La novación comporta además la extinción tanto de las garantías que aseguraban el contrato originario como de sus circunstancias accesorias, entre ellas las facilidades de pago, si no han sido expresamente confirmadas en el acuerdo novatorio". Tal vez se echa en falta (siempre comparando desde el punto de vista de nuestro propio Código) una mención a la garantía que, a favor de terceros, contiene nuestro artículo 1207 CC *in fine*, para que, pese al efecto general extintivo de la novación, se conserven las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento. Sobre las modalidades para producirse la novación, se admite la forma expresa y también la novación tácita²⁵. Contiene igualmente el art. 130 un criterio interpretativo que se corresponde con lo que en nuestro propio Derecho ha establecido la Jurisprudencia, al afirmar que en caso de duda ha de preferirse el efecto más débil, es decir la novación simplemente modificativa. Así dice el Proyecto (*cfr.* el apartado 3) que en caso de duda se estimará que solo se ha modificado el contrato originario.

Se produce la novación expresa (que bien puede entenderse de la lectura del art. 130, que tiene carácter general) cuando resulta de la voluntad inequívoca de ambas partes. La tácita "...puede resultar igualmente por el hecho de la incompatibilidad objetiva del primer contrato en relación al posterior" (*cfr.* art. 130.-2, *in*

²⁵ *Cfr.* art. 130.-2 y la garantía contenida en el número 3, que trata de asegurar que, en caso de duda, se atienda a la voluntad inequívoca de los contratantes para entender extinguido el contrato precedente.

fine). El Proyecto hace previsión, en el número 6 del art. 130, de lo que se ha denominado *renovatio contractus*, y que tiene especial trascendencia práctica en el Derecho notarial²⁶. En este punto el criterio del texto de Pavía es que la reproducción o repetición del contrato no comportará novación, salvo que así se establezca por las partes de manera inequívoca, o cuando el contrato posterior resulte incompatible con el precedente²⁷.

La condonación de deudas es otra de las causas extintivas de las obligaciones contemplada por nuestro artículo 1156 CC. Ha recibido históricamente algunas denominaciones sinónimas, como remisión, perdón, quita, quitamiento... Y puede definirse como la liberación de la deuda otorgada por el acreedor en favor del deudor, de tal manera que la nota de gratuidad resulta esencial. Aunque ha habido caracterizados autores (como CASTÁN TOBEÑAS) que han defendido la bilateralidad de la condonación, buena parte de la doctrina considera, a favor del carácter unilateral de aquélla, que si el vínculo obligatorio depende una vez constituido de la voluntad del deudor, esa sola voluntad bastará para hacerlo desaparecer. Afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE que, aunque la cuestión es discutida, la condonación puede ser considerada como una concreción de la posibilidad de renunciar los derechos (en relación al art. 4-2 CC). Lo que tiene varias consecuencias relevantes, como su unilateralidad, la irrevocabilidad de la condonación una vez producida, y que sus efectos se produzcan sin contraprestación, es decir gratuitamente. De esta manera define el citado autor la condonación como una declaración de voluntad unilateral del acreedor, sin necesidad de que el deudor la acepte, por la que perdona en todo o en parte una deuda, extinguiéndola²⁸. Respecto de sus clases, la condonación puede ser expresa

²⁶ Se trata de distinguir, por una parte, la verdadera novación de la simple dación de forma a una obligación preexistente. Desde otro punto de vista, se trata de determinar el efecto que producen las formalidades (vgr. la elevación a escritura pública de un contrato preexistente) posteriores a la perfección de un contrato consensual.

²⁷ Cfr. la literalidad del art. 130-6.

²⁸ Cfr. *Op. cit.*, pág. 290.

o tácita, e igualmente el Código contiene algunas presunciones en que se tiene por producida²⁹.

En punto a la condonación de las obligaciones nacidas o que pueden nacer de un contrato³⁰, el Proyecto opta decididamente por considerarla como un supuesto de renuncia. Pese a ello da pie a admitir, en algunos casos cuando menos, la bilateralidad de aquella causa extintiva, pues el número 2 del art. 131 establece: "El acreedor puede declarar en términos inequívocos que renuncia su derecho, comunicándoselo al deudor, quien tiene la facultad de declarar en un plazo razonable no querer aprovecharla"³¹.

No hay especiales diferencias con el régimen de nuestro Código, pues también en el Proyecto se acogen las modalidades de condonación, la expresa, la tácita y la presunta. Pero sí resulta en cambio llamativo que el Proyecto parece acoger la posibilidad de una condonación onerosa cuando, utilizando unos términos condicionales que amparan otras hipótesis, el último inciso del número 6 del art. 131 dice "...Si la condonación tiene lugar a título gratuito, incluso de liberalidad, no se requiere la forma necesaria para la donación".

La compensación puede definirse, en vista de los art. 1195 y 1202 CC español, como el modo de extinguir, en la cantidad concurrente, las obligaciones de quienes, por derecho propio, son recíprocamente acreedores y deudores. Viene a ser, como ha señalado el Tribunal Supremo español, una especie de pago abreviado. Admite como modalidades³² la legal, cuando concurren los requisitos tipificados legalmente; convencional, cuando pese a no con-

²⁹ Cfr. *egz.*, art. 1188, 1189, 1191 CC.

³⁰ Cfr. el art. 131.-1 del Proyecto.

³¹ A la misma conclusión permite llegar lo dispuesto en los números 3 y 4 de este artículo. *Véase* su contenido en el apéndice final de esta obra colectiva.

³² Aunque esta taxonomía sea de elaboración doctrinal, ya que no la contienen expresamente los artículos que el Código dedica a la compensación.

currir dichos requisitos, las partes acuerdan la extinción de créditos y deudas; facultativa, muy parecida a la anterior³³, cuando una parte acepta la compensación pese que no concurren todos los requisitos precisos legalmente; judicial, es la acordada de oficio por el juez a resultas de un proceso judicial. El régimen que el art. 132 del Proyecto dedica, en sus siete apartados, a la compensación se ajusta fundamentalmente a la que regula nuestro Código civil. En orden a las diferencias puede haber una en función de la traducción del texto original, en lo que se refiere a uno de los requisitos de la compensación: el número 2 del art. 132 del Proyecto (en la traducción sobre el original francés) dice que "Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, y deben ser líquidos y exigibles. Además *ambos deben tener por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie o calidad*". Pienso que tal vez se trate de una errata, ya que debería decir "...Además *ambos deben tener por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad*". Pues se está aludiendo al *tantumdem eiusdem generis et qualitatis*, como también lo hace nuestro art. 1196 CC. Entre las excepciones en que no procede la compensación se incluyen en el apartado 4, entre otros supuestos, los créditos derivados de un ilícito extracontractual, pero no dice nada de las deudas alimentarias³⁴.

A la confusión de derechos dedica el Proyecto unas breves disposiciones contenidas en el art. 133. Como se sabe, la razón de que sea aquélla una causa extintiva de las obligaciones se debe a la imposibilidad de que alguien sea acreedor o deudor de sí mismo. No hay en el texto de Pavía especiales novedades, con respecto de nuestro Código.

³³ Con respecto de ambas, *cfr.* el art. 132, *in fine*, del Proyecto, que advierte que "...La compensación puede tener lugar por voluntad de las partes, aunque las condiciones previstas en los apartados precedentes no se cumplan".

³⁴ *Cfr.* el contenido total del art. 132-4 del Proyecto, y nuestro art. 1200 CC.

VI. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

La última de las Secciones, la 3, de este Título X se ocupa de la prescripción y la caducidad, según las reglas contenidas en los artículos 134 y 135³⁵. Ya que el 136 constituye una disposición sobre el cómputo de plazos, remitiendo a su vez a lo establecido en el art. 58 del Proyecto. Anteriormente, al tratar del significado de la "preclusión" como causa extintiva, he tenido ocasión de introducir breves nociones sobre el significado de la prescripción y la caducidad en nuestro Derecho³⁶. Haré ahora un contraste entre el Proyecto de Pavía y el régimen de nuestro Código, contenido fundamentalmente en los artículos 1961 ss., relativos a la prescripción de las acciones. Recuérdesse cómo las diferencias más inmediatas entre prescripción y caducidad se establecen desde el punto de vista de sus respectivos efectos.

A diferencia del Código civil, que no ofrece una regulación autónoma de la caducidad, sino que se limita a contemplar algunos supuestos (*vgr.* art. 43, 76 CC), el Proyecto de Pavía separa ambos fenómenos, incluso materialmente, regulándolos en artículos distintos. Sin embargo, al margen de esta diferencia formal, también el Proyecto recurre a la distinción de sus respectivos efectos para separar prescripción y caducidad (*cf.* art. 135 del Proyecto).

La previsión de las disposiciones sobre prescripción es bastante amplia, no en vano el art. 134 cuenta con ocho numerales. Se aprecia (como ya tuve ocasión de comentar) la insistencia en seguir relacionando prescripción y preclusión, pero en todo caso la situación básica que la origina consiste en la inactividad en el ejercicio de un derecho, por más que el Proyecto lo enuncie más claramente que nuestro Código desde el primero de los apartados que integran el art. 134. Igualmente es interesante en el texto de Pavía que, después de haber previsto los supuestos de inte-

³⁵ Vid. el comentario específico de ROMÁN GARCÍA, A., "Prescripción y caducidad", en VATTIER, *Código europeo de contratos...*, cit., vol. II, pág. 539 ss.

rrupción, se regulen supuestos de la llamada suspensión de la prescripción³⁷; lo característico de la suspensión es que, cuando cese, se reanuda el curso de la prescripción y se agregará el tiempo que ya hubiera transcurrido anteriormente³⁸.

Especial interés reviste, para concluir, el estudio de los plazos de prescripción³⁹. El plazo general para la prescripción de los derechos de crédito que adopta el Proyecto es de diez años, distinto por tanto del que nuestro artículo 1964 CC fija con carácter general en quince años para la prescripción de las acciones personales que no tenga término propio de prescripción.

³⁷ Se trata por otra parte de un temario extenso y difícil de nuestro Derecho civil, por lo que para su estudio detallado remito a las obras generales sobre la materia, como la de DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003. O al trabajo de CAÑIZARES LASO, A. DE, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001.

³⁸ Previsión que nuestro Código no contiene. Con todo, téngase en cuenta a RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La suspensión de la prescripción en el Código Civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Sevilla, 2002.

³⁹ Cfr. art. 134-7.

⁴⁰ Aunque se conceda un limitado margen a la autonomía de la voluntad, para que el acreedor y el deudor puedan fijar otros plazos, cfr. 134-5.

CAPÍTULO XIV
LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS
CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA

María de los Ángeles PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: PARTE PRIMERA. LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA Y EN DERECHO ESPAÑOL.

1. Consideración general. 2. «Anomalías» del contrato, irregularidades, ineficacia e invalidez: precisiones conceptuales. PARTE SEGUNDA. LAS CATEGORÍAS DE INVALIDEZ E INEFICACIA EN EL PROYECTO DE PAVÍA. 3. Inexistencia e invalidez. 4. La categoría de la inexistencia. Casos. 5. Régimen jurídico de la inexistencia. 6. No incorporación al contrato. 7. Modalidades de invalidez. 8. Las causas de nulidad del contrato. 9. Las consecuencias de la nulidad del contrato. 10. Nulidad sobrevvenida. 11. La confirmación del contrato. 12. Admisibilidad de la conversión del contrato nulo. 13. Conversión y autonomía de la voluntad. 14. Ámbito de aplicación de la conversión. 15. Cómo opera la conversión. 16. Ámbito de la nulidad. 17. Nulidad parcial. 18. Propagación de la invalidez. 19. Lo decisivo es la voluntad de las partes. 20. Cómo se hace valer la nulidad parcial. 21. La nulidad parcial sólo es posible en defecto de la sustitución de cláusulas ordenada por la ley y de la conversión. 22. La anulabilidad de los contratos. 23. Causas de anulabilidad. 24. Contrato celebrado por un incapaz: Es necesario que se haya producido una lesión. 25. Contratos celebrados por menores. 26. Falta de consentimiento. Contratos celebrados por incapaces e incapacitados. Distinción de supuestos. 27. Necesidad de que la falta de capacidad sea aparente. 28. ¿Realización de actos corrientes de la vida por los incapaces? 29. La restitución en los contratos celebrados por incapaces. 30. Situación de los terceros que han garantizado el contrato celebrado por un incapaz. 31. Contrato viciado por un error. 32. Error de una de las partes. Error vicio del consentimiento. 33. Engaño procedente de un tercero ("dolo de tercero"). 34. Error provocado que afecta a un elemento no esencial ("dolo no esencial"). 35. Error no provocado ("error" en Derecho español). 36. Error y buena fe. 37. Error obstativo. 38. Error común de los dos contratantes. 39. Contrato viciado por intimidación. 40. La amenaza de ejercitar un derecho. 41. Temor reverencial. 42. Supuestos previstos en los arts. 67 y 68. 43. Las consecuencias de la anulación del contrato. 44. Las excepciones a la regla de la restitución en los casos de imposibilidad o excesiva onerosidad. 45.

La indemnización de daños a cargo de quien provocó la causa de anulación. 46. Legitimación para hacer valer la anulabilidad. 47. La interpelación al legitimado para que declare si pretende solicitar la anulación. 48. Privación de la legitimación a quien no puede restituir. 49. Cómo se hace valer la anulabilidad. No es necesario el ejercicio de la acción. El acuerdo extrajudicial. 50. La acción de anulación. 51. La anulación como excepción. 52. Plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad. 53. El plazo es de prescripción. 54. ¿Qué prescribe? 55. *Dies a quo*. 56. Conservación del contrato. 57. La confirmación del contrato. 58. La anulabilidad parcial. 59. La ineficacia contractual. Consideración general. 60. Ineficacia por voluntad de las partes. 61. Ineficacia por disposición legal. 62. Ineficacia temporal o definitiva. 63. Modo de operar de la ineficacia. 64. La inoponibilidad como tipo de ineficacia. Concepto y clases. 65. Modo de operar de la inoponibilidad. 66. Simulación. Efectos. 67. La simulación y los terceros. 68. Reserva mental.

PARTE PRIMERA. LA INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS CONTRATOS EN EL PROYECTO DE PAVÍA Y EN DERECHO ESPAÑOL

1. CONSIDERACIÓN GENERAL

Para poner de relieve la dificultad de esta materia conviene recordar que en Derecho español las opiniones doctrinales sobre las cuestiones de invalidez e ineficacia no son uniformes. Por el contrario, existen diversas posturas para explicar los confusos datos legales del Código civil sobre nulidad e ineficacia de los contratos¹.

En este comentario voy a ocuparme de la regulación de la invalidez y la ineficacia proyectada en el Proyecto de Pavía². La

¹ En general, en todo el trabajo sigo, respecto del Derecho español, las ideas de *Las nulidades de los contratos*, de Delgado, J. y Parra. M. A., Dykinson, Madrid, 2005.

² En general, sobre el anteproyecto vid., García Cantero, G., "El anteproyecto de Código europeo de contratos —Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía", en *Derecho Privado Europeo* (S. Cámara, coordinador), Colex, Madrid, 2003, págs. 205 y ss. Vid., además, "La traducción española de la Parte General del Código europeo de contratos", *Revista Jurídica*

perspectiva desde la que se aborda esta materia es la del Derecho español. De lo que se trata es de exponer el régimen del Proyecto de Pavía comparando los supuestos de los que se ocupa y las consecuencias previstas para cada uno de ellos confrontando las soluciones con las que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, pueden calificarse como propias de nuestro Derecho vigente. El comentario que aquí se lleva a cabo presupone que el lector conoce los términos en los que habitualmente se plantean las polémicas o existen discrepancias, así como el sentido de las principales opiniones en materia de nulidad. La falta de uniformidad doctrinal lleva consigo la imposibilidad de confrontar el contenido del Proyecto de Pavía con un sistema monolítico en el que las soluciones aparezcan con seguridad. En consecuencia, a lo largo de este comentario, se va apuntando cómo la regulación proyectada, o bien inclina en ocasiones a favor de una u otra postura doctrinal o bien introduce categorías o soluciones desconocidas para la doctrina española.

2. «ANOMALÍAS» DEL CONTRATO, IRREGULARIDADES, INEFICACIA E INVALIDEZ: PRECISIONES CONCEPTUALES

El Proyecto de Pavía se refiere a las "anomalías" del contrato y considera como tales a la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad. En la doctrina española, al hablar de anomalías del contrato no se trata de los temas de invalidez e ineficacia sino de la deformación del tipo contractual por voluntad de los sujetos para escapar de la regulación legal. En particular, se incluyen dentro de las anomalías los negocios fiduciarios, simulados, indirectos y en fraude³. Pero, puesto que no se trata de explicar las categorías del proyecto de una manera sis-

Revista del Notariado, n.º 44, 2002, realizada por un grupo de profesores bajo la dirección de G. García Cantero (págs. 299 a 396).

³ Por todos, por su autoridad, De Castro, F., *El negocio jurídico*, edición facsímil de la edición original de 1971, Civitas, Madrid, 1985, pág. 329 y ss.

temática desde su exclusiva contemplación, parece preferible tratar de aproximarse a la regulación del proyecto desde una perspectiva conocida para el jurista español, donde la materia de la que me ocupo suele analizarse, precisamente, bajo la rubrica de nulidad e ineficacia. De esta manera pueden valorarse y apreciarse las innovaciones que el Proyecto de Pavía supone respecto de nuestro sistema jurídico.

En particular, el Proyecto de Pavía dedica el Título XI de la Parte General a "Otras anomalías del contrato y sus remedios". No es fácil explicar que el Título IX se refiera a "otras" anomalías, aunque cabe aventurar que se considera anómala toda vicisitud o extinción de la obligación que no sea su cumplimiento. Al cumplimiento del contrato se refiere el Título VII, al incumplimiento el Título VIII, a la cesión del contrato el Título IX y, como he dicho, a "otras anomalías" el Título IX. Es como si, además de la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia, la nulidad parcial y la inoponibilidad, que son "otras anomalías" de las que se ocupa el Título IX, también se consideraran como anomalías el incumplimiento o la cesión del contrato. No parece muy exacto calificar de anomalías supuestos tan heterogéneos. La sistemática del Título XI tampoco es perfecta. De las anomalías se ocupa en su primera Sección y de los remedios en la segunda. No existe, sin embargo, coherencia lógica entre ambas Secciones, porque los "remedios" no lo son de las "anomalías". En efecto, la Sección 1 ("Anomalías"), comprende los arts. 137 a 155 y, aunque en ninguno de ellos se define qué debe entenderse por anomalías del contrato, se ocupa expresamente de la inexistencia, la no incorporación, la nulidad, la anulabilidad, la nulidad parcial, la ineficacia y la inoponibilidad. La Sección 2 ("Remedios"), comprende los arts. 156 a 172, que no se ocupan exclusivamente de las consecuencias de las anomalías del contrato. Tan sólo en los arts. 160 y 161 se atiende a la restitución de las prestaciones, que es una de las consecuencias de la invalidez, pero no sólo para los casos de "contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz", sino también para cuando el contrato sea "resuelto o rescindido". Otros contenidos

de la Sección 2 son: la manera en que puede producirse o evitarse la ineficacia sobrevinida del contrato en relación con diversos supuestos que el propio Código ha previsto en otros Títulos y Secciones (así, la rescisión por lesión —arts. 30.3 y 156—, la renegociación del contrato por modificación sobrevinida de las circunstancias en las que se celebró —arts. 97 y 151—, la resolución del contrato por incumplimiento —arts. 107, 114 y 158—, la resolución por el consumidor del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil —arts. 9 y 159—), el contenido de la responsabilidad contractual por incumplimiento o defectuoso cumplimiento (así como el daño indemnizable, la valoración del daño, la posibilidad de que las partes hayan anticipado su fijación mediante cláusula penal, medidas cautelares, arbitraje).

Fundamentalmente, el objeto de análisis y exposición de este trabajo es la Sección 1 del Título XI, "Anomalías" que, como he dicho, se ocupa tanto de la inexistencia, la nulidad o la anulabilidad como de la ineficacia. También al referirse a la restitución en la Sección 2 el Proyecto de Pavía utiliza los términos "ineficaz" —art. 160: junto a los de inexistente, nulo, anulado, resuelto o rescindido— e "ineficacia" —art. 161: junto a los de inexistencia, nulidad, anulabilidad, inoponibilidad, rescisión y resolución—.

Para el Derecho español, es seguro que no toda irregularidad (o anomalía, o defecto) del contrato da lugar a su invalidez⁴ y que no existe una absoluta correlación entre irregularidad del contrato e ineficacia⁵: no sólo existen irregularidades contractuales absolutamente irrelevantes (el miedo reverencial, el error en la persona que no haya sido la causa principal de la celebración del contrato), sino que existen irregularidades que llevan aparejada una sanción diferente de la invalidez (por ejemplo, una san-

⁴ V. Lacruz, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II-1, nueva edición revisada por Rivera Hernández, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 540.

⁵ V. Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pág. 453.

ción administrativa o penal). Pero la doctrina, en cambio, no está de acuerdo acerca de la distinción entre nulidad e ineficacia: junto a quienes niegan la utilidad de la distinción⁶, otros autores parten de ella para designar, con el término ineficacia la ausencia de producción de los efectos del contrato y con el de invalidez a la sanción que resulta de la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido⁷. De esta forma, creo que debe sostenerse que, en Derecho español, los contratos inválidos son ineficaces, pero también hay contratos válidos ineficaces. Esta última postura me parece preferible porque así pueden explicarse algunos fenómenos del Derecho patrimonial, como la usucapión ordinaria, que requiere título válido pero ineficaz (art. 1953 del Código civil), o los efectos del art. 34 de la Ley hipotecaria, que requiere

⁶ Díez-Picazo, que en 1970 afirmaba que "la distinción entre invalidez e ineficacia no me parece admisible", en 1993 sustituye este calificativo por el de "útil" (cfr. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 1970, pág. 289 y 4 ed., 1993, pág. 431 y lo mantiene en la 5ª ed., 1996, pág. 457). Vázquez de Castro, E. (*Ilicitud contractual. Supuestas y Efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 322 y ss.) siguiendo a Díez-Picazo, niega la utilidad de la distinción entre invalidez e ineficacia; la invalidez le parece una categoría artificial, de carácter lógico-dogmática que se mueve sólo en el plano teórico; dice que las nuevas formas de sanción previstas para los contratos ilegales en las leyes especiales hacen que se resienta la categoría de la invalidez (posibilidades de rescisión, renuncia o desistimiento unilateral como remedio frente a la ilegalidad). Es cierto que estas consecuencias suponen una revisión de la teoría general del contrato pero, en mi opinión, por lo que aquí interesa, sólo ponen de relieve que las categorías son móviles, es decir, que ni su contenido ni sus presupuestos vienen fijados de antemano y el legislador puede establecer formas de invalidez dirigidas a proteger a una sola de las partes (al consumidor, por ejemplo), aunque no haya falta de capacidad o vicio del consentimiento, sino incumplimiento de una exigencia legal (forma escrita, por ejemplo). Es un error pensar que el legislador está atado, a la hora de establecer un sistema de invalidez, por el contenido de las categorías que de invalidez recoge el Código civil. Al mismo tiempo, la posibilidad de que una de las partes, sin que exista invalidez (por ejemplo, para las ventas fuera de establecimiento), pueda "resolver" unilateralmente el contrato (o "desistir" del contrato) no debe explicarse en términos de invalidez sino, precisamente como un tipo de ineficacia o, en todo caso, como un fenómeno de "temporización" en el proceso de formación del contrato, de tal manera que el contrato no despliega toda su eficacia contractual sino cuando ha pasado el plazo durante el que puede desistir (García Cantero, G., "Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones", en *Revista Jurídica de Navarra*, 13, 1992, págs. 37 y ss.).

⁷ Por todos, Lacruz, *Elementos*, II-1, 1999, pág. 537.

la validez del acto adquisitivo del tercero protegido, o la situación de los contratos celebrados sin el poder de disposición exigible (venta de cosa ajena, venta por uno solo de los comuneros...). Ahora bien, aun admitiendo la categoría de la ineficacia como algo distinto de la invalidez, la ineficacia carece en Derecho español de un tratamiento unitario, si bien la expresión "no surtirá efectos", "ineficaz" o equivalentes son utilizadas en supuestos en los que se excluye la invalidez (arts. 1230 o 1334 del Código civil)⁸. De forma parecida, en el Proyecto de Pavía la ineficacia se configura como un tipo de anomalía del contrato previsto para contratos válidamente celebrados pero que no producen los efectos jurídicos que pretendían alcanzar. Lo que sucede es que la delimitación de los supuestos que el Código califica como de ineficacia incluye algunos que, en nuestro Ordenamiento, llevan aparejada la invalidez (así, para los casos de simulación).

PARTE SEGUNDA. LAS CATEGORÍAS DE INVALIDEZ E INEFICACIA EN EL PROYECTO DE PAVÍA

3. INEXISTENCIA E INVALIDEZ

El panorama doctrinal y jurisprudencial es especialmente problemático a la hora de pronunciarse sobre la admisión de la inexistencia como categoría. El Tribunal Supremo español utiliza habitualmente el término "inexistencia" referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261 (especialmente para los casos de simulación), reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6^o-3 del Código civil, pero no pretende luego extraer consecuencias de esta distinción terminológica, que resulta así poco relevante⁹.

⁸ Lo pone de relieve Lacruz, *Elementos*, II-1, 1999, pág. 538.

⁹ Lo explica así Delgado Echeverría ("Comentario a los artículos 1300 a 1314 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2^a ed., Edersa, t. XVII, vol. 2, 2^a edición, Madrid, 1995, pág. 306), a quien sigo en el texto.

Los planteamientos de la doctrina francesa e italiana acerca de la inexistencia del contrato tuvieron algún eco en España, si bien, suele advertirse que el concepto de inexistencia carece de entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades¹⁰. Delgado ha defendido que la "inexistencia" no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad¹¹. Para Díez-Picazo, desde este punto de vista, la categoría de la inexistencia tal vez pueda ser mantenida¹².

La revalorización de la inexistencia se ha planteado por Gordillo, no como tipo de ineficacia, sino como una posible situación o calificación peculiar del supuesto de hecho negocial, concretamente como "inexistencia racional o lógica", por defecto de los elementos genéricos del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa)¹³.

¹⁰ De los Mozos, J. L., "La inexistencia del negocio jurídico", *RGLJ*, 1960-1, págs. 486 ss. y, más tarde, del mismo autor, "La nulidad de los actos jurídicos", en Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros, Zaragoza, 1983, págs. 481 ss.; también en *El negocio jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 570-572. Con posterioridad, Pasquau Linaño, M., ha insistido en que la nulidad, como sanción jurídica, presupone la existencia, mientras que la inexistencia debe restituirse al plano estricto del supuesto de hecho (*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 161 y ss.).

¹¹ Aclara, por ejemplo, que puede entenderse que es precisamente para evitar esta utilización por lo que el art. 34-2 de la Ley de Sociedades Anónimas incluye el término "inexistencia" junto a los de "nulidad" y "anulación", del siguiente modo: "Fuera de los casos enunciados en el apartado anterior no podrá declararse la inexistencia ni la nulidad ni tampoco acordarse su anulación". No consagra con ello la "inexistencia" como una categoría de ineficacia o invalidez, sino que establece una cláusula de cierre para evitar que en la práctica se salten los límites del art. 34-1 que, en cumplimiento de las Directivas europeas, establece un *numerus clausus* muy rígido de causas de nulidad.

¹² *Fundamentos*, I, 1996, pág. 456.

¹³ Gordillo Cañas, A., "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)", en *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, 1990, en particular págs. 957-960 y 970. También, Carrasco Perera, A., en "Comentario al art. 6º-3 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2ª ed., Edersa, t. I, vol.

La confusión en torno a la categoría de la inexistencia en Derecho español se extiende a los supuestos que se incluyen en la misma y en los efectos¹⁴. La jurisprudencia ha tratado como casos de inexistencia: la simulación absoluta, la falta de objeto (por falta de determinación suficiente, art. 1273 del Código civil, o de imposibilidad, art. 1272 del Código civil), la falta de voluntad o consentimiento¹⁵. Por lo que se refiere a los efectos, se ha defendido que los supuestos de inexistencia no admiten un mismo criterio de tratamiento o cauce de ineficacia¹⁶, pero también que la inexistencia es sólo una de las posibles causas de nulidad¹⁷. La jurisprudencia, por su parte, tiende a equipararla a la nulidad absoluta¹⁸.

Frente a esta situación, el Proyecto de Pavía contiene una regulación expresa de la inexistencia en los arts. 137 y 138. La

¹⁴ pág. 782, nota 26. También recoge su teorización Morales Moreno, A. M., "Comentario al art. 1265 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, 2ª ed., Edersa, t. XVII, vol. 1º B, pág. 218 y nota 16.

¹⁵ Aun admitiendo la distinción entre inexistencia y nulidad la doctrina señala que es difícil encontrar casos claros de contratos inexistentes (Vázquez de Castro, *Ilícitud contractual*, pág. 342).

¹⁶ Vázquez de Castro, *Ilícitud contractual*, pág. 343.

¹⁷ "Algunos encajan perfectamente en el de la nulidad; otros se adaptan al de la anulabilidad; algún otro tiene legalmente previsto régimen específico y singular; finalmente, en ocasiones, el legislador ... adopta medidas y ofrece criterios para evitar la inexistencia, y con ella la ineficacia que de la misma debería seguirse" (Gordillo Cañas, A., loc. cit.).

¹⁸ Vázquez de Castro, E. (*Ilícitud contractual*, págs. 44 y 45 y 326 a 347), habla de la acción de nulidad por inexistencia cuando el contrato carece de uno de sus elementos esenciales, conforme al art. 1261 del Código civil o alguna norma distinta para contratos especiales; distingue el supuesto de inexistencia de nulidad radical de la siguiente manera: la nulidad radical es un efecto que puede proceder tanto por causa de inexistencia como de ilegalidad del contrato pero, así como la consecuencia necesaria de la inexistencia siempre es la nulidad radical o de pleno derecho, la ilegalidad de un contrato, es decir, la contravención de una norma imperativa puede llevar aparejada como sanción la nulidad de pleno derecho o bien otras sanciones distintas y más flexibles (la nulidad parcial, o una sanción administrativa, por ejemplo).

¹⁹ Un análisis jurisprudencial en Pasquau Liaño, M., "Artículo 1261", en *Jurisprudencia civil comentada*, t. II, dirección M. Pasquau, Comares, Granada, 2000, págs. 2160 y ss.

inexistencia se configura como un tipo de anomalía contractual consistente en la ausencia de un mínimo esencial que pueda ser identificado como contrato. Aunque, al igual que sucede con la nulidad, la inexistencia determina la ausencia de efectos, hay algunas diferencias de régimen jurídico entre la inexistencia y la nulidad, a las que me refiero a continuación con más detalle pero que, en definitiva, se relacionan con la idea de que la inexistencia, más que constituir un tipo de invalidez o de ineficacia hace referencia a la formación (frustrada) del supuesto de hecho.

4. LA CATEGORÍA DE LA INEXISTENCIA. CASOS

El art. 137.1 del Proyecto de Pavía contiene una descripción general del supuesto y el art. 137.2 una enumeración de casos que, en particular, se consideran como inexistencia.

La descripción del art. 137.1 parece tener que ver con la apariencia, con la existencia de un mínimo esencial que permita hablar de un cierto acontecimiento como contrato: "No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato". Quizás, puesto que la noción de contrato es legal¹⁹, no sea muy acertada la referencia a la "noción social de contrato", que deberá interpretarse en el sentido de que socialmente, la mayoría de las personas que observaran el hecho, el acto, o la situación, entenderían que no había llegado a producirse el acuerdo en que consiste el contrato para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones. Ahora bien, parece seguro que la discusión no se producirá cuando no exista una apariencia en absoluto.

¹⁹ Conforme al art. 1 del Código Europeo, "el contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte" (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

Puesto que, de acuerdo con el art. 140.1.c) del Proyecto de Pavía, es nulo el contrato cuando falte alguno de los elementos esenciales (acuerdo, contenido, forma), puede resultar difícil determinar si debe apreciarse inexistencia o nulidad. Para los casos de duda el art. 137.3 establece que se entenderá que hay nulidad y no inexistencia.

La enumeración del art 137.2, de carácter ejemplificativo, incluye los siguientes supuestos:

— “a) si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que pueda llegar a ser el sujeto —como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción— y mientras llega a existir”²⁰; la regla se refiere a la falta de capacidad del destinatario de la oferta, aun antes de que se produzca una apariencia de aceptación, pero, en realidad, si el contrato es un acuerdo entre las partes, en ausencia de aceptación no hay contrato, por lo que, si se quiere reconocer sentido a la regla hay que entender que, en estos casos, aun de haber aceptación, no habrá contrato.

La referencia a la ausencia de capacidad debe ponerse en relación con los arts. 146 y 150, que sancionan con anulabilidad los casos de “incapacidad de una parte” (menores e incapaces): la inexistencia queda reservada a la falta de personalidad jurídica o capacidad jurídica, y la anulabilidad a los casos de capacidad de obrar limitada.

Si el destinatario de la oferta llega a adquirir personalidad jurídica (el concebido nace, la sociedad se inscribe) desaparece el obstáculo de la falta de capacidad jurídica y, producida la aceptación (por sus representantes u órganos), se entenderá que el contrato existe: si esa aceptación se produjo antes de que adquiriera

²⁰ Para el Derecho italiano, sobre este supuesto, Galgani, *El negocio jurídico*, trad. española, 1992, pág. 261.

personalidad jurídica por las personas que luego los llegan a representar habrá que entender que el contrato existe desde que se produjo la aceptación (de forma parecida a lo previsto en el Derecho español en el art. 627 del Código civil);

— “b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad”; al igual que el apartado anterior, la regla sólo contempla la declaración de una de las partes, centrándose en este caso en la falta de objeto de la oferta: si no hay contenido de la oferta no podrá haber contrato, aunque haya aceptación; en realidad, si la oferta carece de objeto será una declaración de voluntad que no valdrá como verdadera oferta y será irrelevante para la conclusión de un contrato;

— “c) si la aceptación —con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7— no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última”; la falta de concordancia entre la oferta y la aceptación excluye que haya contrato, salvo, como recoge el art. 16 al que se remite este precepto, que la aceptación constituya una nueva oferta que sea aceptada por el inicial oferente o que la aceptación contenga una modificación de aspectos no sustanciales de la oferta sin que el autor de ésta comunique su desacuerdo y, en consecuencia, pueda entenderse que las acepta;

— “d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles”; también se refiere literalmente el precepto a una sola de las declaraciones, pero como el contrato es un acuerdo hay que entender que la inexistencia se refiere en este apartado al carácter incompleto del contrato porque se produce la aceptación de una oferta que no reúne los elementos esenciales (por ejemplo, venta sin precio o sin identificación del objeto vendido).

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INEXISTENCIA

En principio, la situación de "inexistencia" es la misma que la del contrato nulo. En efecto, bajo el título de "situación derivada de la inexistencia", el art. 138 del Proyecto de Pavía prevé que: "la inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160²¹ y de la responsabili-

²¹ «Art. 160. Restitución

1. Al margen de lo previsto en el apartado 9, las partes a cuyo favor se hayan realizado prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, resuelto o rescindido están obligadas a restituirse recíprocamente lo que han recibido, como prevé este artículo. Pueden negarse a la restitución si la contraparte no ha adoptado medidas en este sentido o no ha ofrecido hacerlo.

2. La solicitud de restitución debe efectuarse enviando a la contraparte legitimada una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36.2. Pero, con el fin de dar posibilidad a las partes de resolver extrajudicialmente la cuestión, ninguna acción debe interponerse antes de que hayan transcurrido seis (seis) meses desde la recepción de la mencionada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar al juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

3. En principio la restitución debe efectuarse en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el sujeto que debe realizarla, o bien cuando, teniendo en cuenta el interés de la contraparte, no es beneficioso para ésta a la vista del estado de conservación de la cosa objeto de la restitución. En situaciones similares a las descritas, la restitución debe efectuarse pagando a la contraparte una suma de dinero razonablemente equivalente, cuya cuantía, en defecto de acuerdo entre las partes, será fijado por el juez como deuda de valor, conservándose la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo compensatorio de las restituciones que recíprocamente se deben las partes.

4. El sujeto que tiene derecho a la restitución, aun siendo posible en forma específica, puede optar entre ésta y una suma de dinero, fijada conforme establece el apartado 3º, a menos que la primera opción sea contraria a la buena fe.

5. Si se trata de restituir una suma de dinero, deben añadirse los intereses, y, cuando proceda, una suma suplementaria en concepto de actualización: a contar desde el día en que la prestación en dinero ha tenido lugar si quien la ha recibido procedía de mala fe y, a contar desde que la restitución ha sido solicitada, si estaba de buena fe. Si se trata de la restitución de una cosa, se deberá una cantidad de dinero por su uso y depreciación —a la que hay que añadir los intereses y, cuando proceda, la actualización— suma que, en defecto de acuerdo entre las partes, fijará el juez.

6. Los intereses se deben conforme dispone el artículo 169.3. El cálculo de la actualización se efectuará como prevé el artículo 169.4.

7. Si la prestación cumplida en plazo consistía en una actividad lícita realizada en provecho de la contraparte, el prestador del servicio tiene derecho a una remuneración equi-

dad por daños prevista en el artículo 161²². No puede afirmarse, sin embargo que la inexistencia sea una causa de nulidad referida al supuesto de hecho contractual y a la que le es aplicable el mismo régimen jurídico, porque en el Código se ha querido configurar la inexistencia como una categoría distinta de la nulidad.

¿Qué utilidad tiene entonces mantener la distinción entre inexistencia y nulidad? A la vista del texto del Proyecto de Pavía me parece que hay dos diferencias:

— En primer lugar, que los contratos nulos serían susceptibles de conversión y los inexistentes en cambio no: cfr. art. 145, que regula la conversión del contrato nulo con el art. 137.2.d. que contempla como un supuesto de inexistencia como contrato al hecho, acto, declaración o situación que, existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico a las declaraciones como tipo contractual diferente y más reducido; si pudiera

tativa, que, en ausencia de acuerdo entre las partes, fijará el juez; queda a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio en la forma prevista en el apartado 3 *in fine* de este mismo artículo.

8. El incapaz debe restituir la prestación efectuada en su favor dentro de los límites previstos en el artículo 150.4.

9. No tienen derecho a las restituciones previstas en este artículo quienes hayan realizado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyen delitos que originen diligencias penales o contrarios a las buenas costumbres o al orden público —pero no en el caso de ser contrarios al orden público económico— ni, tampoco, la parte que ha efectuado una prestación que, tanto en sí misma considerada, como en atención al fin que persigue, presenta los mismos caracteres. Esta norma no se aplica a las prestaciones efectuadas por el incapaz, que desconoce sin culpa alguna haber cometido un acto inmorale o que presenta los mencionados caracteres, o a las que haya realizado bajo coacción. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión Europea, que dispongan en casos similares la confiscación de las mencionadas prestaciones" (traducción de M^o T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, n^o 44, 2002).

²² "Art. 161. *Protección de terceros.*

1. En todos los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución, cada parte es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber conluido de buena fe en la apariencia del contrato, si el acto en cuestión ha tenido un efecto diferente o ningún efecto.

2.— La reparación del daño se regula por los artículos 162 y ss., en cuanto sean compatibles" (traducción de M^o T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, n^o 44, 2002).

hacerse esto último, el contrato no sería inexistente sino nulo y procedería la conversión²³; además, el art. 138.2 establece que la inexistencia "no es susceptible de ninguna regularización o corrección", mientras que para algunas hipótesis de contrato nulo, además de la conversión, el Código recoge la posibilidad de confirmación (art. 143).

— En segundo lugar, la declaración de inexistencia no está sujeta a plazo de prescripción, a diferencia de la declaración de nulidad; es cierto que la situación de inexistencia se produce, al igual que la nulidad "por el solo hecho de concurrir esas circunstancias", pero así como para hacer valer la nulidad hay un plazo de prescripción de diez años desde la celebración del contrato (art. 141.2: aunque ya veremos que este plazo se refiere, en realidad, a la acción de restitución), el art. 138.2 establece para los casos de inexistencia que "cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato".

Puesto que, como he advertido, a pesar del tenor literal del art. 137.1, no se plantearán problemas cuando no exista en absoluto apariencia de contrato, la declaración judicial de inexistencia del contrato puede ser conveniente en los casos en que exista una apariencia mínima de contrato que se quiere destruir o, sobre todo, para oponerse a una pretensión de cumplimiento de la otra parte, o para lograr la restitución de cosa que se entregó en virtud de contrato inexistente. La declaración judicial sólo será una constatación oficial, frente a todos, de la inexistencia, porque la situación derivada de la inexistencia se produce por el

²³ Sobre la conversión y la inexistencia v. Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 124.

hecho de concurrir las circunstancias a que se refiere el Código (art. 138.1).

Pero en sede de inexistencia, y al igual que sucede en los demás supuestos de anomalía, el precepto propicia que las partes alcancen ese resultado extrajudicialmente. Se establece que "no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración". La declaración debe ir dirigida "a quien deba constarle": no dice el artículo "a la otra parte" porque, por hipótesis, no existe contrato. Será a quien se comporte como si existiera o pretendiera asignarle algún efecto.

En el caso de la inexistencia, a diferencia de lo que sucede en las demás anomalías previstas en el Código, como no existe plazo de prescripción ni para la declaración ni para el ejercicio de la acción, la posibilidad de esta última no queda dificultada por la regulación sobre el acuerdo extrajudicial.

La ausencia de plazo será, entonces, tanto para el ejercicio de una acción como para la oposición de la correspondiente excepción para el caso de que alguien exigiera una prestación derivada de un supuesto contrato inexistente. ¿Y si se hubiera realizado ya una prestación en ejecución de un contrato inexistente? A diferencia de lo que sucede en los demás supuestos de anomalía, no se distingue en Proyecto de Pavía entre "contrato" cumplido y no cumplido, pero el propio Código establece la consecuencia restitutoria en el art. 138.1. Parece lógico concluir que, entonces, tampoco habrá plazo para solicitar la restitución basada en la inexistencia, previa constatación de esta situación. Siempre que, por aplicación de las reglas aplicables sobre adquisición por usucapión, que quedan fuera del ámbito del Proyecto de Pavía, no se haya consolidado la adquisición.

Finalmente, el Código establece que, "para los casos que no admitan demora", "queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172" (cfr. con

el art. 141.2, para la nulidad, 144.4, para la nulidad parcial, 148.3 para la anulabilidad, 153.6 para la ineficacia y 154.2 para la inoponibilidad). Se trata de medidas cautelares y de garantía dirigidas a lograr que no se frustre el resultado del pleito²⁴.

6. NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO

El art. 139 ordena la aplicación del art. 138 ("situación derivada de la inexistencia") "cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas".

En el texto original, en francés, la rúbrica del artículo es la expresión "caviardage", sin traducción equivalente, y se refiere literalmente a los casos en que una regla establezca que una cláusula o expresión del contrato se consideren como "no escritas". Esto sucederá, normalmente, en el caso de normas imperativas y en los de reconocimiento de derechos a favor de una de las par-

²⁴ Art. 172. Medidas cautelares y asuntos sumarios.

1. En los supuestos expresamente previstos por este Código y en todos los demás en los que el derecho o las legítimas expectativas de la parte no responsable estén amenazadas o a punto de estarlo, o comprometido o impedido su ejercicio, por acciones, omisiones o hechos que le afectan y que ya se han producido y o que es razonablemente previsible pensar que se produzcan, el juez puede, a requerimiento de esta misma parte, adoptar las medidas siguientes, susceptibles de ejecución forzosa, en base a las normas procesales del lugar donde las mismas se toman:

a) una inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o abstenerse de omisiones ya realizadas o temidas; si procede, le impone que preste también una garantía adecuada a los daños ya producidos o que se teme que se produzcan; fija, además, un plazo para que se cumpla su decisión; puede incluso hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

b) una conminación, por la que ordena a la contraparte el cumplimiento *in situ* de una prestación de dar o de hacer; si procede puede imponer a ésta última que preste también una garantía adecuada a los daños producidos o que se teme que vayan a producirse; fija, además un plazo para que se cumpla su decisión; incluso puede hacer depender, si es necesario, el cumplimiento de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Dejando a salvo el cumplimiento de las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, el requerimiento debe dirigirse al juez competente para adoptar las medidas de urgencia en el lugar en el que la inhibición o la conminación deba ser ejecutada" (traducción de M^a T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, n^o 44, 2002).

tes. El resultado es la "no incorporación" al contrato de dicha cláusula o expresión con las mismas consecuencias previstas para la inexistencia: ausencia de efectos, con independencia de la restitución prevista en el art. 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el art. 161 del Proyecto de Pavía.

7. MODALIDADES DE INVALIDEZ

El Proyecto de Pavía regula la nulidad (arts. 140 a 145) y la anulabilidad (arts. 146 a 152) como dos tipos de anomalías del contrato que difieren tanto en las causas que dan lugar a uno u otro tipo como en sus consecuencias. La nulidad está prevista para los casos más graves y, fuera de los supuestos en que se prevé la repetición del contrato por las mismas partes, subsanando la anomalía de que adoleciera el contrato, el contrato nulo no puede ser confirmado en ningún caso. La anulabilidad, un tipo de anomalía de menor entidad, sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley le reconoce esta facultad, que puede sin embargo optar por renunciar a la anulación o confirmar el contrato.

8. LAS CAUSAS DE NULIDAD DEL CONTRATO

El art. 149 enumera las causas de nulidad del contrato de una manera poco sistemática y reiterativa. Además de la falta de alguno de los elementos esenciales (entre los que deberá incluirse, cuando así lo establezca la ley, la previa autorización administrativa), los demás supuestos tienen que ver, genéricamente, con la ilicitud del contrato, entendida como violación de los límites a la autonomía de la voluntad. Lo que sucede es que en los distintos apartados del art. 140 se mezclan supuestos, en parte coincidentes, que debieran ser objeto de una mayor reflexión y sistematización.

En particular, conforme al art. 140.1 es nulo el contrato, salvo que la ley establezca otra cosa, en los siguientes casos:

— “a) cuando sea contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una norma imperativa que tenga por objeto la protección del interés general o la salvaguardia de situaciones de importancia social primaria”: todas las hipótesis se refieren a conceptos jurídicos indeterminados, que deberán ser concretados judicialmente en cada caso; en Derecho español la ley, la moral y el orden público juegan como límite a la autonomía de la voluntad, pero no es uniforme la sanción del contrato que los transgrede: la regla general, en el caso de contravención de norma, es la nulidad, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (arts. 1255 y 6.3 del Código civil); la ilicitud del objeto y de la causa provocan la nulidad (arts. 1271, 1272, 1275 y 1305 y 1306 del Código civil), pero la jurisprudencia no proporciona criterios seguros para determinar lo que es ilicitud del objeto o de la causa; sí que parece existir una tendencia a restringir la nulidad absoluta a las cuestiones de orden público y a limitar la anulabilidad a la contravención de normas que atienden a intereses particulares.

Para los contratos nulos por las causas previstas en el art. 140.1.a) el art. 143.1 establece que “no son susceptibles de confirmación, de nulidad parcial, de conversión ni de ninguna otra corrección”.

— “b) Cuando sea contraria a cualquier otra norma imperativa aplicable”. En Derecho español parece existir una tendencia doctrinal a distinguir la nulidad absoluta de la anulabilidad por contravención de norma, refiriendo la nulidad a la norma imperativa. Sin embargo, esto no es exacto, puesto que también son imperativas las normas que establecen requisitos o presupuestos cuya ausencia o infracción determina la anulabilidad: por ejemplo, en los casos de anulabilidad derivada de la incapacidad de una de las partes. Así resulta también de la regulación de la anulabilidad en el Proyecto de Pavía (art. 146.2). Desde este punto de vista, no parece muy exacta la previsión del art. 140.1.b), que necesariamente debe ponerse en relación con otras reglas del Código.

— “c) Cuando falte alguno de los elementos esenciales a que se refieren los apartados 3 y 4 del artículo 5”, es decir, falta de acuerdo, contenido o forma cuando sea exigida como requisito de validez; paradójicamente, el Código no incluye esta causa entre las que provocan la inexistencia del contrato, lo que significa que se aplica el régimen previsto para la nulidad y no para la inexistencia (es posible la confirmación y la convalidación, juega el plazo de prescripción de diez años...). Resulta difícil de conciliar esta regla con lo dispuesto en el art. 137.2.d), conforme al cual no hay contrato si el “hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos”. No tiene mucho sentido mantener la diferencia entre inexistencia y nulidad en estos supuestos y cabe pensar, por encontrar alguna manera de salvar la contradicción, que no habrá contrato cuando la entidad del acto sea inapreciable, no pueda siquiera ser identificado como contrato.

El art. 140.6 aclara que “el contrato en el que falte alguno o algunos de los elementos requeridos no es nulo cuando la ley permita la formación sucesiva del acto, y cuando los elementos ya existentes sean jurídicamente idóneos en función de la producción posterior de otros que lo determinen de manera exhaustiva”. Poniendo en relación esta regla con otras del Código, cabe pensar que comprende la falta de determinación inicial del contenido del contrato, cuya determinación se ha encomendado a una de las partes o a un tercero (art. 31), o cuando la aceptación se someta, por voluntad de las partes, a una ratificación o confirmación de quien ha sido representado.

— Puede haber causas de nulidad distintas a las anteriores, siempre que así se establezca en la ley aplicable; no es preciso que la norma utilice expresamente la expresión “nulidad”, sino que basta que se establezca que determinado requisito (por ejemplo, de forma) lo es de validez; así resulta de lo previsto en las letras d) y e) del art. 140.1²⁵.

²⁵ “d) en los demás casos previstos en este Código y en las correspondientes disposiciones de la Unión Europea y de los Estados miembros de la misma en cuanto sean de

Todas estas causas de nulidad se aplican a una cláusula del contrato, conforme al art. 140. 2, pudiendo entonces subsistir la parte restante del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 144.

El art. 140. 3 contiene una previsión especial para el caso de que exista un conflicto entre las normas de la Unión Europea y las de sus Estados miembros: "prevalecerán éstas últimas cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los principios constitucionales fundamentales relativos a los principios de igualdad, solidaridad social y tutela del ser humano en vigor en cada uno de los Estados". Aparte de que la labor de aproximación de legislaciones de los Estados miembros debiera impedir la producción de conflictos entre las normas de la Unión y las de cada Estado, no es seguro que esta regla sea coherente con el principio de primacía del Derecho comunitario tantas veces reiterado por el Tribunal de Luxemburgo ni, sobre todo, parece posible que pueda prevalecer una norma estatal por entender que el conflicto proceda de ser la norma comunitaria contraria a la utilidad social nacional.

El art. 140.4 se refiere expresamente a la nulidad del contrato cuando la norma infringida es de carácter penal: "Hay nulidad cuando una prohibición de carácter penal se refiera al contrato como tal, es decir, si sanciona a las dos partes del contrato por su celebración". Es decir, el ilícito debe proceder de las dos partes y, la norma penal debe referirse, precisamente, a ese tipo contractual, celebrado quizás en determinadas circunstancias. En otro caso, la sanción del contrato no será la nulidad. Esta disposición debe ponerse en relación con los diversos tipos penales. En efecto, parece lógico, por ejemplo, que el acuerdo de pagar un precio para matar, o para prevaricar, debe ser nulo. Ello no excluye, me

aplicación; "e) en todos los casos en que, en este Código o en la ley aplicable, se establezca la exigencia de un requisito bajo sanción de nulidad, o para que el acto sea válido o cuando exista una expresión semejante" (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

parece, que pueda haber supuestos de nulidad de contratos en casos en los que exista responsabilidad penal de una o de ambas partes a pesar de que la norma penal "no se refiera al contrato como tal", pero siempre que concurra alguna de las circunstancias previstas en los apartados anteriores del art. 140.

A un caso particular de ilicitud penal se refiere el art. 140.5: que el cumplimiento de un contrato válido se inserte en una actividad ilícita (alquiler de un piso para cometer un atentado terrorista o para alojar a inmigrantes ilegales o para fabricar explosivos). Dispone el precepto que, en este caso, "el contrato no es nulo para la parte que no ha participado en aquella". Puesto que carece de sentido que el contrato sea válido para una sola de las partes la expresión no parece muy afortunada, y el propio Código se cuida de aclarar cómo debe interpretarse: "En consecuencia, esta última puede exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, cumplimiento inexacto o mora". Seguramente el Código presupone que quien no ha participado en la actividad ilícita ha cumplido su prestación, y por ello sólo se cuida de reconocer el derecho a exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Pero, proclamada la nulidad del contrato, ¿ninguna de las partes puede exigir su cumplimiento? Cumplida la prestación por quien participa en la actividad ilícita (por ejemplo, paga por adelantado el precio del alquiler), ¿puede la otra parte negarse a cumplir? La calificación de nulidad lleva a esa conclusión. Pero, entonces, ¿puede exigirse la restitución prevista para los casos de nulidad? Parece que debe entenderse que sí, conforme al art. 141 del Código, que así lo prevé con carácter general para todos los casos de nulidad.

Sin duda, está sistemáticamente mal ubicada la disposición contenida en el segundo inciso del art. 140.4, a continuación de la ilicitud penal, cuando es un supuesto totalmente distinto, relacionado más bien con la ausencia de alguno de los requisitos del contrato: "Es nulo también el contrato celebrado sin la previa auto-

rización administrativa requerida". La regla, por lo demás, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 153 sobre ineficacia por disposición legal. A la concordancia entre ambos preceptos me refiero más adelante.

9. LAS CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO

La nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161 (art. 141.1).

No es precisa una declaración judicial de la nulidad, puesto que "se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos" (art. 141.2). Pero, a continuación, el Código contempla que la parte que quiera hacerla valer pueda, "antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a contar desde la celebración del contrato, hacer constatar la nulidad mediante la emisión de una declaración dirigida a la otra parte, en la que se contengan las indicaciones necesarias y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2".

También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, "ejercer una acción declarativa de la nulidad del contrato". Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, "no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración". El plazo de diez años de prescripción es para hacer valer la nulidad cuando el contrato ya ha sido cumplido y, de esta manera, cabe entender, poder hacer valer la nulidad con todas sus consecuencias prácticas: es decir, las restitutorias. En efecto, si el contrato todavía no ha sido cumplido, "la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento".

Termina el precepto estableciendo que, "para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172".

Son varios los comentarios que suscita esta regulación.

Por un lado, la posibilidad de que la nulidad se haga valer extrajudicialmente, favorecida además por el propio Código en los términos transcritos. Hasta el punto de que no se admite acción de nulidad para el contrato ya cumplido si previamente no se formula la declaración extrajudicial. Es decir, que para el contrato ya cumplido se fuerza el intento al menos de lograr un arreglo extrajudicial.

El artículo 141.2 se remite a los arts. 21 y 36.2. Basta aquí señalar que se trata de las reglas previstas para la prueba de que se ha realizado la declaración (presunción de conocimiento, art. 21²⁶; forma escrita cuando el valor del contrato es superior a 5000 euros; que la fecha del documento pueda tenerse por cierta para poder oponerse a terceros²⁷). Para los casos "urgentes", el Código permite exigir medidas cautelares y de protección (art. 172, a cuyo comentario me remito): cabe pensar, por ejemplo, en los casos en

²⁶ "Art. 21. *Presunción de conocimiento.*

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, se reputan conocidos por el destinatario en el instante en que les han sido comunicados verbalmente o cuando la declaración escrita se le entrega en propia mano o llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su residencia habitual o al domicilio que ha elegido.

2. El destinatario puede probar que, sin culpa suya, le ha sido imposible tener conocimiento". (traducción de C. Lalana del Castillo, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 44, 2002).

²⁷ "Art. 36. Forma especial requerida para la prueba del contrato.

1. Cuando se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe desprenderse de un acto que revista dicha forma, aunque tal acto no existiese todavía en el momento en el que las partes manifestaron su voluntad de celebrar el contrato.

2. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor exceda de 5.000 Euros. Para que sean oponibles a terceros, el o los documentos deberán tener fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero conocía su existencia.

3. Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión europea que, a pesar de exigir una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia se demuestre en virtud de otros medios de prueba" (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 44, 2002).

que pelagra la conservación (material o jurídica, en el patrimonio de quien estaría obligado a restituir) de la cosa.

Mayor interés ofrece el tema de la prescripción de la declaración y de la acción declarativa de nulidad. El Código establece un plazo de prescripción de diez años, a contar desde la celebración del contrato, para hacer valer la nulidad. El plazo se fija tanto para la declaración extrajudicial como para la "acción declarativa de nulidad del contrato". Es decir, que la declaración extrajudicial a que se refiere este artículo, dirigida a lograr un acuerdo, no interrumpe el plazo de prescripción, a pesar de que la reclamación extrajudicial, como regla general, interrumpe la prescripción (cfr. art. 134.6 del Proyecto de Pavía²⁸ y art. 1973 del Código civil español). Esto significa que, en definitiva, se dificulta enormemente el ejercicio de la acción de nulidad, que prescribe a los diez años desde la celebración del contrato pero que, por otra parte, sólo se admitirá a trámite si se interpone cuando ha transcurrido el plazo señalado desde la recepción de la declaración extrajudicial: es decir, que es posible que no hayan transcurrido todavía los diez años pero, al no haberse formulado con suficiente anticipación la declaración, ya no se admita a trámite la demanda.

Este plazo contrasta con la tesis unánime que la doctrina mantiene en Derecho español acerca de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, que puede ejercerse en cualquier tiempo, por ser acción declarativa. En Derecho español se considera que sólo está sometida a un plazo de prescripción —de quince años— la acción de restitución de la prestación realizada²⁹. Frente a esta solución del Derecho español, coherente con la teoría procesal de

²⁸ "Art. 134.6. El transcurso de la prescripción se interrumpe si el acreedor entabla una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula con el mismo fin una reclamación extrajudicial, o si el deudor reconoce de cualquier modo su deuda. Tras la interrupción comienza a transcurrir un nuevo plazo de prescripción" (traducción de I. Tena Pizuelo, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

²⁹ Por todos, Lacruz, *Elementos* II-1, 1999, pág. 551.

las acciones declarativas, el Proyecto de Pavía dice optar expresamente por fijar un plazo de prescripción a la acción declarativa.

Ahora bien, si se sigue leyendo el artículo en su totalidad es fácil llegar a la conclusión de que, en realidad, el plazo de diez años se refiere sólo al caso de contrato ya cumplido, porque para el contrato todavía no cumplido el art. 141.2 expresamente establece que "la excepción de nulidad prescribe cuando prescribe la acción dirigida a exigir el cumplimiento". Es decir, que si el contrato no se ha cumplido la posibilidad de oponer la nulidad para impedir la condena al cumplimiento no prescribe mientras no prescriba la acción de cumplimiento, de tal manera que, frente a la acción de cumplimiento, siempre puede alegarse la nulidad. En el caso de contrato ya cumplido, y sea cual sea la causa de nulidad, no resultará posible hacer valer la nulidad si han transcurrido diez años desde la celebración del contrato. Aunque se trate de alguna de las causas que, conforme al art. 143 no permitan la confirmación del contrato. En definitiva, entonces, lo que prescribe no es la acción de declaración de nulidad, sino la de restitución de las prestaciones en el caso de que el contrato se haya cumplido. No se entiende, en cambio, por qué si el plazo es aplicable a la acción de restitución, el *dies a quo* no es el de la entrega, el cumplimiento de la prestación.

En el Proyecto de Pavía, al fijar un plazo para la acción de restitución, se opta por consolidar la situación derivada del contrato nulo ejecutado, lo que en Derecho español se consigue, en su caso, si ha transcurrido el plazo de prescripción de quince años de la acción de restitución (art. 1964 del Código civil) mediante el juego de la usucapión (por ejemplo, si en virtud del contrato nulo se entregó un inmueble, se puede recuperar, aun prescrita la acción de restitución, mientras no transcurran treinta años). Nada se dice en el Proyecto de Pavía de esta posibilidad, que sin embargo no debe descartarse en función de las disposiciones en materia de propiedad que sean aplicables en cada caso.

El Proyecto de Pavía sólo se refiere a las partes del contrato como sujetos que pueden hacer valer la nulidad del contrato, frente a lo que sucede en Derecho español, donde se admite la legitimación de los terceros perjudicados³⁰. En el Proyecto de Pavía la situación de los terceros se resuelve mediante la inoponibilidad, figura de ineficacia frente a terceros prevista también para los casos en que un contrato sea nulo, y a la que me refiero más adelante.

10. NULIDAD SOBREVENIDA

Bajo el epígrafe de "caducidad", el art. 142 se ocupa del fenómeno de la desaparición de un elemento esencial para la validez del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido a su formación. El tratamiento que se dispensa en este caso es el mismo que si el contrato fuera nulo, si bien la nulidad del contrato carece de efectos retroactivos. En Derecho español este supuesto debería reconducirse, en el caso de que la desaparición fuera del objeto, a la hipótesis de imposibilidad sobrevenida que, siendo sin culpa del deudor, extingue la obligación (art. 1182 del Código civil). Es discutido, en cambio, si el acreedor de la prestación imposible puede liberarse de la suya o, en su caso, recupear la prestación realizada (art. 1124 y, para la compraventa, art. 1452 del Código civil). La pérdida de capacidad de un contratante, aunque no parece "desaparición de un elemento esencial de validez", según el contenido del contrato (obligaciones personalísimas o *intuitu personae*) puede provocar también la extinción del contrato, que no puede ser cumplido por otra persona (representante) distinto del deudor (arg. 1595 del Código civil).

En el Proyecto de Pavía, presupuesto de la aplicación del régimen de nulidad es que tal desaparición del elemento esencial se produzca con independencia de la voluntad de las partes. En

³⁰ Por todos, Castán, *Derecho civil común y foral*, t. III, 16ª ed., revisada y puesta al día por García Cantero, Reus, Madrid, 2002, pág. 769.

caso contrario sería un caso de incumplimiento contractual y no de nulidad (arts. 89 y ss.).

11. LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

El Código civil español sólo regula la confirmación de los anulables. Por ello, se entiende que si las partes persisten en su propósito tienen que repetir el contrato nulo evitando la causa de nulidad cuando ello sea posible. La repetición o renovación del contrato supone nuevas declaraciones de voluntad por ambas partes y produce sus efectos *ex nunc*, aunque se admite que podría dotarse al nuevo contrato de retroactividad obligacional, es decir, sin que los terceros queden afectados por ella³¹.

A esta repetición del contrato el art. 143 del Proyecto de Pavía la denomina "confirmación del contrato nulo", que no es posible cuando la nulidad deriva de alguna de las causas previstas en el art. 140.1.a).

La confirmación tiene lugar "mediante un acto celebrado por las mismas partes mediante el cual, reproduciendo el contrato nulo, eliminen la causa de la nulidad, se comprometan a efectuar las restituciones debidas y a llevar a cabo las prestaciones recíprocas, tal y como hubieran debido efectuarse si el contrato hubiera sido válido desde el principio". Se ordena la aplicación a este acto de lo previsto en el artículo 36 apartado 2: frente a terceros sólo será oponible el contrato a partir de la fecha en que el documento que recoge la confirmación pueda reconocérsele fecha cierta (documentos públicos).

Para efectuar la confirmación, las partes pueden actuar conforme a lo previsto en los artículos 12 y siguientes: oferta escrita, aceptación... (art. 143.3): es decir, se trata de un auténtico contrato.

Es posible también la confirmación de la cláusula nula de un contrato en los mismos términos que la confirmación del contrato.

³¹ Delgado Echeverría, "Artículo 1309", pág. 474.

En este sentido el art. 143. 4 establece que: "Las disposiciones del presente artículo son aplicables también a la cláusula nula de un contrato cuando la parte restante del mismo pueda subsistir, conforme a lo previsto en el artículo 144".

12. ADMISIBILIDAD DE LA CONVERSIÓN DEL CONTRATO NULO

A diferencia de lo que sucede en el Código civil español, el Proyecto de Pavía de Contratos sí regula expresamente la conversión en su art. 145. Posiblemente, además de la presencia de juristas en cuyos ordenamientos sí se regula la conversión (Alemania, Italia, Portugal, Grecia), no hay que pasar por alto la presencia activa en el Grupo de Pavía de los profesores Gandolfi y De los Mozos, verdaderos expertos en el tema³².

A pesar de la ausencia en nuestro Código de una norma que prevea esta figura en sus rasgos genéricos, la doctrina española se ha ocupado de ella, generalmente partiendo de la regulación de los Códigos italiano y alemán³³.

La doctrina distingue entre una conversión material, formal y legal. En la *conversión material* —que es propiamente la conversión— se opera una reducción del objeto o de los efectos del contrato o un cambio del tipo: para evitar la nulidad, se da una nueva calificación al contrato, que queda salvado de la invalidez y así produce efectos, normalmente menores de los que en principio produciría³⁴. Junto a ella, la *conversión formal* resulta de que el

³² No en vano, Gandolfi, el profesor impulsor del Proyecto es autor de la obra *La conversione del atto invalido*, I, *Il modello germanico*, Milán, 1985, II, *Il problema in proiezione europea*, Milán, 1988. También el profesor De los Mozos estudió la conversión en su monografía *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, 1959.

³³ Díez Soto, C. M., *La conversión del contrato nulo*, Barcelona, 1993; Fernández Espinar, "Consideraciones en torno a la conversión de los negocios jurídicos nulos en sede de teoría general de ineficacia negocial", *Revista de Derecho Privado*, abril 1995, págs. 327-339.

³⁴ Supuestos más frecuentes de conversión reconocidos por la doctrina: a) Conversión del derecho real de prenda nulo en derecho de retención a favor del acreedor pigno-

documento en que consta el negocio, que carece de algún requisito necesario para la validez de la forma documental elegida, llegará a valer conforme a otra forma de documento cuyos requisitos reúna³⁵. La *conversión legal* es la prevista por una ley, en atención al interés general o de terceros, no de las partes, para configurar el contrato con un contenido preceptivo predeterminado³⁶.

raticio que ha recibido la entrega de la cosa; b) Conversión de un derecho de prenda nulo por falta de entrega en el correspondiente negocio preparatorio consensual; c) Contrato de hipoteca verbal o en documento privado: ¿puede producir los efectos de una promesa de hipoteca, prevista en el art. 1862 del Código civil?; d) Conversión de un negocio transmisivo de un derecho real limitado en un negocio transmisivo del mero ejercicio del derecho; e) Pacto de suceder a título gratuito nulo en institución hereditaria si no ha sido revocada; f) Institución de heredero a favor de persona futura en sustitución fideicomisaria; g) Heredero de confianza, en heredero *sub modo*; h) Institución de heredero a favor de persona jurídica que no llega a tener existencia, en institución a favor de las personas físicas reunidas para formarla.

³⁵ Por ejemplo, testamento cerrado como testamento ológráfico, art. 715 del Código civil; escritura pública como documento privado, art. 1233 del Código civil; art. 115 Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, conversión del testamento nulo por defecto de forma en otra clase de testamento y conversión de testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

³⁶ Se proponen como ejemplos de "conversión legal" los siguientes:

— Art. 23 de la Ley cambiaria: "El endoso posterior al vencimiento, que no podrá ser realizado por el aceptante, producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria";

— Art. 3 de la Ley de arbitraje: 1. El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato";

— Conversión de la aparcería y del arrendamiento parciario en arrendamiento: art. 117.2 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1980: "La muerte o invalidez del aparcerero no producirá la extinción de la aparcería, que asumirán los familiares del causante que vinieran cooperando en la explotación. El cedente podrá en estos casos optar por la conversión de la aparcería en arrendamiento conforme al artículo 119 de esta Ley"; art. 109 de la Ley de arrendamientos rústicos: "Para extinguir las aparcerías de duración superior a un año será imprescindible el preaviso, en forma fehaciente, del cedente al aparcerero... Recibido el preaviso por el aparcerero, éste podrá optar por el abandono al cedente del cultivo de la finca, o por su continuación como arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de esta

En su monografía dedicada a la figura, Díez Soto concluye con un pronunciamiento en contra de la tesis más extendida, favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro Derecho, como remedio de carácter general. Pero el mismo autor advierte que hay en éste otros instrumentos (especialmente en materia de interpretación de la norma que impone la sanción de nulidad, y de interpretación y calificación del negocio atendiendo a su causa concreta) que pueden llevar a resultados próximos a los que derivan de la conversión en Ordenamientos que la han asumido como remedio general³⁷.

La dificultad que plantea en Derecho español la figura de la conversión se pone de relieve en los comentarios elaborados en torno a la STS 26 abril 2001³⁸, que para el profesor García

Ley"; art. 119 de la Ley de arrendamientos rústicos: "1. En los casos en que proceda la conversión de la aparcería en arrendamiento y las partes no hubieran llegado a un acuerdo mediante comparecencia ante la Cámara Local Agraria, el IRYDA formulará propuesta sobre el canon arrendaticio y la ubicación de la tierra sobre la que ha de recaer el arrendamiento, atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y de modo que el aparcerero obtenga rendimientos análogos a los que le producía la aparcería. 2. Si persiste el desacuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá plantear la cuestión ante el Juzgado competente. 3. La duración del arrendamiento será como mínimo de seis años contados desde la conversión y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas que en esta ley se establecen, deduciendo de las mismas el tiempo que hubiera durado la aparcería. 4. No procederá la conversión si el aparcerero no reúne las condiciones exigidas en esta Ley para ser arrendatario";

— Art. 16 de la Ley de sociedades anónimas: "Sociedad irregular. 1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en forma y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de las aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad";

³⁷ En particular, págs. 198 y ss.

³⁸ El matrimonio formado por D. José y D^a Juana otorgan escritura de compraventa de una casa a favor de CADES por precio de 23.500.000 pts., que confiesan haber recibido. Se establece un pacto de retroventa a favor de los vendedores, por el que podrían ejercitar su derecho reembolsando a la compradora el precio de venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida: este derecho finalizaría el 25 enero 1993.

D. José es administrador de una sociedad, llamada ATB. El mismo día del otorgamiento de la escritura, se estipula en documento privado una serie de acuerdos en los que

Cantero supone un ejemplo de aplicación de la doctrina de la conversión del negocio jurídico³⁹ mientras que para Marín López no es sino un caso de simulación (ocultación, bajo la apariencia de una compraventa, de una transmisión de propiedad en garantía)⁴⁰.

13. CONVERSIÓN Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Advierte De los Mozos que, incluso en los Ordenamientos en los que existe un remedio general sobre la conversión, la figura ha sido sometida a revisión crítica⁴¹. De estos planteamientos se ha hecho eco el Proyecto de Pavía de Contratos, cuyo art. 145 se ocupa de la conversión del contrato nulo, tratando de distinguir

se hace constar: que ATB adeuda a CADES 23.518.564 pts, para cuyo pago la primera acepta una serie de letras de cambio; se declara que "en garantía del pago de dichas cambiales" se había otorgado la escritura de compraventa, y se fijaban las condiciones en las que D. José y D^a Juana podían ejercitar el derecho de retracto (en particular, que se hubiesen hecho efectivas a sus respectivos vencimientos las cambiales, por lo cual no existía ya deuda pendiente).

El 12 de enero de 1993, D. José y D^a Juana requieren notarialmente a CADES para que les comunique el importe de los gastos hechos en la casa que transmitieron, al objeto de poder ejercitar la retroventa. CADES responde que no se han cumplido las condiciones previstas en el documento privado, pero que no tenía inconveniente en que se ejercitara la retroventa si en el momento de otorgamiento de la escritura habían efectiva la cantidad de 23.500.000 pts., precio de la venta, más 1.546.999 pts., importe de los gastos producidos y 162.593 pts. del importe del impuesto de bienes inmuebles pagado por la entidad compradora.

D. José y D^a Juana interponen demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de compraventa. La demanda es desestimada en primera y en segunda instancia. Los actores interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. El TS declara la nulidad de la escritura pública de venta y la nulidad del pacto de retroventa concertado en la misma escritura y desarrollado en el documento privado; también declara la validez de la transmisión de la propiedad en garantía del pago de lo debido por ATB a CADES.

³⁹ García Cantero, G., "Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio. (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001)", en *Revista Jurídica de Navarra* n^o 39, julio-septiembre 2001, págs. 353 a 365.

⁴⁰ Marín López, Manuel Jesús, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n^o 58, marginal 1568, págs. 147 a 171.

⁴¹ De los Mozos, "De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico", en *Revista de Derecho Privado* julio-agosto 2001, pág. 545 a 553.

este remedio de la interpretación conservativa y de la reproducción del negocio ("el contrato nulo produce los efectos de un contrato distinto y válido cuando existan los elementos de fondo y de forma del mismo que permitan alcanzar de forma razonable el propósito perseguido por las partes": art. 145.1).

En el Proyecto de Pavía, la conversión sólo tiene lugar si del contrato o de las circunstancias no resulta ser otra la voluntad de las partes (art. 145.3).

14. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CONVERSIÓN

El Proyecto de Pavía prevé un amplio ámbito de aplicación de la conversión, que es aplicable al contrato nulo (art. 145.1), al contrato anulado (art. 145.5), a una cláusula del contrato (art. 145.2) e, incluso, a ciertos supuestos de contrato ineficaz (art. 153.5).

Por lo que se refiere a la conversión del contrato anulable el Código habla del "contrato anulado": es decir, cuando la parte legitimada ha hecho valer ya la causa de nulidad. De esta manera parece que podría solucionarse el principal obstáculo que se opone a la admisión de la conversión del negocio anulable: el que existen otros medios para su sanación⁴². Una vez anulado, el contrato anulable queda equiparado al nulo.

Algo semejante sucede con el contrato que deviene ineficaz de modo definitivo, en los términos del art. 153, al que me refiero más adelante.

15. CÓMO OPERA LA CONVERSIÓN

La conversión se produce automáticamente "por el mero hecho de que concurran sus presupuestos". Puesto que la nulidad opera automáticamente, es lógico que también lo haga la exclu-

⁴² Sobre los argumentos contra la conversión del negocio anulable, Soto, págs. 125 y ss.

sión de la nulidad, es decir, la conversión, sin que ello dependa de la voluntad de las partes⁴³.

Pero el Proyecto de Pavía contempla también la posibilidad de que una de las partes quiera hacerla valer: puesto que ya se ha producido, de lo que se trata es de obtener una constatación oficial, frente a todos, cuando se niegue la conversión por la otra parte. En tal caso, debe dirigirse a la misma, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, "una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, solicitar una constatación judicial de la conversión. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172" (art. 145.4).

De esta forma, y sea cual sea la anomalía del contrato, se establece un plazo de prescripción para que quede "oficialmente" constatada la conversión. El momento inicial a partir del que se computa ese plazo también se fija de manera uniforme para todos los casos, lo que lleva a que, por ejemplo, en los casos de contratos anulables hayan podido transcurrir los tres años sin que el contrato haya sido anulado (cfr. art. 148), por lo que ya no podrá operar la conversión.

Por otra parte, y a pesar de que el Código declare que la conversión tiene lugar por el mero hecho de que concurren sus presupuestos, ya no podrá hacerse valer si durante los tres años durante los que las partes pueden hacer constatar oficialmente la conversión, las partes se comportan como si el contrato fuera nulo (no se cumple, ninguna de ellas exige su cumplimiento). Existe

⁴³ Sobre los argumentos a favor de que la conversión opere *ipso iure*, Soto, pág. 118.

una cierta contradicción en toda esta regulación porque, en definitiva, en estos casos, cabe entender que, lo que sucede es que la voluntad de las partes es contraria a la conversión (art. 145.3). Pero, insisto, el propio Código declara después que la conversión "se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos".

16. ÁMBITO DE LA NULIDAD

Se plantea el problema del ámbito al que se extiende la invalidez de un contrato nulo. De una parte, cuando existe un nexo de conexión entre diferentes contratos, de tal manera que uno de ellos es presupuesto para que el otro desenvuelva su función práctica, o cuando ambos cooperan conjuntamente a la consecución de un resultado económico buscado por las partes⁴⁴. De otra, si puede aislarse la ineficacia de una cláusula o parte de un contrato manteniendo la eficacia del resto. La doctrina española se refiere a estos problemas de manera separada, como "propagación de la ineficacia" y "nulidad parcial", si bien, como advierte Jesús Delgado, los principios decisivos en uno y otro ámbito son los mismos⁴⁵. A este planteamiento responde la regulación del Proyecto de Pavía de Contratos, que regula conjuntamente en el art. 144, bajo la rúbrica de "nulidad parcial" tanto lo que en sentido estricto se considera "nulidad parcial" en la doctrina española (art. 144.1) como la "propagación de la ineficacia" (art. 144.2).

17. NULIDAD PARCIAL

El Derecho español no contiene norma general sobre la nulidad parcial, pero hay disposiciones que para casos concretos esta-

⁴⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 5ª ed., 1996, pág. 467.

⁴⁵ Delgado, "Artículo 1303", pág. 403. Vid., además, Albiez Dorman, K. J. "La repercusión de la nulidad "dentro" y "fuera" del contrato", en Consejo General del Poder Judicial, 1994, págs. 61 a 111; López Frías, A., *Los contratos conexos: estudios de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Barcelona, 1995, pág. 299.

blecen que la nulidad de una cláusula no afecta a la validez del resto del contrato⁴⁶, y la doctrina, admite con carácter general la posibilidad de que la ineficacia se limite a una parte o cláusula de un contrato mientras que el resto permanece en vigor, en aplicación del principio de conservación del negocio⁴⁷.

Se admite la nulidad parcial siempre que la nulidad no proceda por alguna de las causas del art. 140.1.a). La regla de la nulidad parcial es aplicable también a la anulabilidad de una cláusula (art. 146.3) y a la ineficacia de una cláusula (art. 153.5).

Conforme al art. 144.1, "si la nulidad afecta únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste sigue siendo válido en la parte restante, siempre que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes". El art. 144.3 aclara que no se aplica la nulidad parcial si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra. Es decir, que la nulidad parcial sólo procede si no es contraria a la voluntad, hay que entender común, de las partes.

18. PROPAGACIÓN DE LA INVALIDEZ

En el art. 144.2 se recoge una regla que se inspira en el mismo criterio referida a los casos de contratos coligados o con más de

⁴⁶ En el Código civil, por ejemplo: art. 1155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal), art. 1260 (el juramento en los contratos se tendrá por no puesto), art. 1476 (nulidad del pacto de exoneración de responsabilidad de evicción al vendedor de mala fe), art. 1608 (irrelevancia del pacto que limite la posibilidad de redimir el censo), art. 1691 (irrelevancia del pacto que excluye a un socio de las ganancias), art. 1826 (reducción de la obligación del fiador a los límites de la obligación del deudor). Fuera del Código, para el arrendamiento de vivienda, el art. 6 de la Ley de arrendamientos urbanos declara "nulas, y se tendrán por no puestas" las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del Título II de la Ley, salvo que la propia norma lo autorice expresamente. Hay, además, reglas expresas de nulidad parcial con sustitución automática de la norma infringida en el Estatuto de los Trabajadores, en la legislación de consumidores y en la legislación de arrendamientos.

⁴⁷ Vid. las citas de Delgado, "Artículo 1303", pág. 405.

dos partes. La invalidez de una parte no se propaga al resto siempre que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1, el contrato nulo o la obligación de una sola de las partes no revista un alcance esencial en relación con el contenido del negocio jurídico en su conjunto.

Para los contratos coligados, si la nulidad afecta a uno solo de los contratos (art. 144.2) la nulidad no se extiende al otro si se dan los mismos presupuestos que se recogen en el apartado 1: "que posea una consistencia y una validez autónomas y logre de manera razonable el fin perseguido por las partes", lo que puede no suceder si las partes contemplaban la celebración de los dos contratos como un todo.

También si es un contrato plurilateral y la nulidad afecta sólo a una de ellas (por ejemplo, contrato de sociedad). E, igualmente, creo yo, si en el contrato intervienen, en la posición de una de las partes más de un sujeto (por ejemplo, hay dos o más compradores: aunque, literalmente, el art. 144 habla de "más de dos partes").

19. LO DECISIVO ES LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

El art. 144.3 establece que la regla contenida en el apartado 1 del artículo "no se aplica si del contrato o de las circunstancias se desprende que la voluntad de las partes es otra".

La doctrina española acepta también que la cuestión de la posible validez parcial, excluyendo la parte tachada de nulidad es un problema de interpretación del negocio y también de la ley y para ello tiene en cuenta el criterio tradicional que distingue entre negocios de contenido unitario (indivisible) y plural (divisible)⁶⁸.

Pero, puesto que la nulidad parcial sólo está prevista por el legislador para casos determinados parece preferible entender que,

⁶⁸ De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 493.

salvo prueba en contrario de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato, la nulidad debe ser total²⁹.

20. CÓMO SE HACE VALER LA NULIDAD PARCIAL

Reproduciendo una regla semejante a la prevista para la nulidad, el art. 144.4 establece que "la nulidad parcial se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos". También se añade la posibilidad de que se haga valer por una de las partes, pero sujeta a un plazo de prescripción de tres años y, entonces, me parece, al igual que sucedía con lo expuesto para la nulidad, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se haya cumplido o no el contenido de la cláusula (si prevé alguna prestación a cargo de una de las partes)³⁰.

21. LA NULIDAD PARCIAL SÓLO ES POSIBLE EN DEFECTO DE LA SUSTITUCIÓN DE CLÁUSULAS ORDENADA POR LA LEY Y DE LA CONVERSIÓN

El art. 144.5 del Proyecto de Pavía se refiere a la nulidad parcial con sustitución de cláusulas: "La nulidad parcial no tiene lugar si, como consecuencia de lo dispuesto en una norma imperativa, o en virtud de la conversión prevista en el artículo 145, la cláusula o parte nula es sustituida por una cláusula o parte diferente".

²⁹ En el mismo sentido, Díez-PICAZO, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 482.

³⁰ Art. 144.4: "Pero la parte que quiera hacerla valer debe dirigir a la otra parte, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años a contar desde la celebración del contrato, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido, y a la que son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2. También puede, dentro del mismo plazo de prescripción, ejercer una acción declarativa de nulidad parcial. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172".

En Derecho español, a veces es la propia ley la que ordena la sustitución automática de las cláusulas contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que incorporen al contrato en sustitución de la voluntad privada³¹. La doctrina suele considerar como un supuesto de nulidad parcial la que se produce como consecuencia del mandato de una norma imperativa. Se trataría de nulidad parcial en el sentido de que la nulidad de una cláusula o parte del contrato no se extiende o propaga a la totalidad, aunque se produzca al margen de la voluntad de las partes. Aunque, como ha observado Gordillo, la ineficacia parcial con inserción de las cláusulas legales no es una forma atenuada de la nulidad (total) de pleno derecho, pues si bien cuantitativamente se recorta en la extensión de sus efectos, consigue, no obstante, una mayor intensidad específica y propia al impedir al gravado con la ley sustitutiva el restablecimiento del *statu quo* anterior a la celebración del contrato y al permitir al protegido por la norma el logro de la finalidad que le llevó a contratar, aun en contra de la voluntad de su contraparte³². Se trata, como advierte Delgado, de un fenómeno distinto de la ineficacia parcial porque se trata de un mecanismo previo para la aplicación incondicio-

³¹ Para los arrendamientos rústicos, el art. 31 de la Ley de arrendamientos rústicos exige que la renta se fije en dinero pero, si no obstante, las partes la fijan en especie "el contrato será válido, pero cualquiera de las partes podrá exigir la conversión de la renta en dinero". En materia de condiciones generales y de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, el legislador de 1998 optó por la nulidad parcial, a menos —respectivamente— que el contrato no pueda "subsistir sin tales cláusulas" (art. 10.1 de la Ley de condiciones generales de la contratación) o que resulte una "situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada" (art. 10 bis.2 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, redactado conforme la Ley de condiciones generales, pero manteniendo en esta cuestión el criterio que recogía la Ley de consumidores de 1984 en su art. 10.4). En ambos casos, la parte del contrato afectada por la nulidad se integra con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 del Código civil pero, además, en el caso de las cláusulas abusivas el art. 10 bis.2 de la Ley de consumidores atribuye al juez "facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato".

³² Gordillo, "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal", en ADC 1975, págs. 101 y ss.

nada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato⁵³.

En Derecho español se plantea un problema cuando la ley no establece expresamente esta forma de sanción. La jurisprudencia no ha dicho de una manera clara si ha de procederse a la nulidad parcial, con sustitución de la cláusula nula por la previsión legal (por ejemplo, en materia de viviendas de protección oficial y precios superiores a los autorizados legalmente, los tribunales no siempre han mantenido la misma postura)⁵⁴. Hay que atender, en cada caso, a la finalidad de la norma infringida y comprobar cómo queda mejor salvada.

22. LA ANULABILIDAD DE LOS CONTRATOS

El Código civil español no utiliza la expresión anulabilidad, si bien la doctrina y la jurisprudencia han elaborado la distinción entre nulidad y anulabilidad con apoyo en expresiones del propio Código civil ("pueden ser anulados", dice el art. 1300, o el art. 1322). El Proyecto de Pavía de Contratos, en cambio, se refiere expresamente a la "anulabilidad" en su art. 146, y después desarrolla el régimen de este tipo de invalidez en los arts. 147 (efectos), 148 (modalidades y plazo de la anulación), 149 (conservación y confirmación del contrato anulable), 150 (contrato celebrado por un incapaz), 151 (contrato viciado por un error) y 152 (contrato viciado por intimidación).

Puede decirse, como primera aproximación, que en el Proyecto de Pavía de Contratos, al igual que sucede en Derecho español, la anulabilidad es una invalidez relativa (dirigida a proteger a una de las partes del contrato) y convalidable o sanable (si, quien está legitimado para impugnar el contrato anulable no lo hace). Partiendo, sin embargo, de un esquema similar acerca del tipo de ineficacia a que da lugar la anulabilidad, hay diferencias

⁵³ Por todos, Delgado Echeverría, "Artículo 1303", págs. 407-408.

importantes, entre el Código civil español y el Proyecto de Pavía de Contratos por lo que se refiere tanto a los supuestos concretos que dan lugar a la anulación como al modo en que se puede hacer valer la anulación.

El Proyecto de Pavía de Contratos configura la anulabilidad como un tipo de anomalía prevista para ciertos casos, tasados legalmente, y que sólo puede ser invocada por una de las partes a la que la norma trata de proteger. Ejercitada la anulación, sin embargo, sus efectos son los mismos que los de la nulidad: es decir, el contrato queda sin efectos retroactivamente, como si no se hubiera celebrado, y las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones recíprocamente. El esquema, por tanto, es análogo al diseñado en Derecho español para la anulabilidad.

La doctrina española está dividida a la hora de calificar al contrato anulable antes de que se ejercite la acción de nulidad. El sector doctrinal mayoritario entiende que el contrato anulable es válido y eficaz mientras no se impugne, pues produce todos sus efectos, si bien de manera claudicante. La acción de anulación sería constitutiva y tendría efecto retroactivo, lo que probaría el carácter inicialmente eficaz del contrato anulable⁵⁵. Para otro sector, minoritario, en el Código civil español, el contrato anulable es inicialmente inválido, si bien es susceptible de producir todos sus efectos si, quien pudiendo hacerlo, no lo impugna, o si es confirmado. La confirmación, desde este punto de vista, sería verdadera convalidación de lo que sin ella sería inválido⁵⁶.

¿Cuál es el punto de vista del Proyecto de Pavía de Contratos? La terminología utilizada en el Código inclina a pensar que se considera al contrato anulable como inicialmente válido. Así,

⁵⁵ Vázquez de Castro, E., *Precio y renta en las viviendas de protección oficial*, Pamplona, 1999.

⁵⁶ Por todos, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 450.

⁵⁷ De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 449; Delgado Echeverría, "Artículo 1300", pág. 317; Miquel González, "Anulabilidad", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, pág. 477.

se dice que "la anulación deja sin efectos al contrato retroactivamente desde su celebración", lo que sólo tiene sentido si se considera que el contrato era válido (art. 147.1); o que "el contrato anulable puede ser confirmado, y continuar entonces en vigor a todos sus efectos" (art. 149.2): es decir, que la confirmación, a diferencia de lo que sucede en Derecho español (art. 1313 del Código civil), no tiene efecto retroactivo.

En Derecho español, la discusión doctrinal acerca de la naturaleza de la anulabilidad no es meramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes: si es o no constitutiva la acción (lo que permite entender de manera distinta si es posible o no que la anulabilidad se haga valer extrajudicialmente, como parece preferible, pero entonces sólo si se sostiene que la acción es declarativa de que el contrato inicialmente es inválido), si puede oponerse la anulabilidad como excepción, sin necesidad de formular reconvencción, incluso pasado el tiempo para ejercitar la acción de anulabilidad, y de esta manera negarse a cumplir el contrato anulable por quien, estando legitimado, no ejercitó la acción en tiempo oportuno (lo que resulta preferible, pero sólo posible de mantener de manera coherente si se entiende que el negocio es inválido inicialmente y la acción que así lo declara, al ser meramente declarativa no prescribe)...

Por eso, más que atenerse al dato formal de la terminología, importa detenerse en el modo en que el Proyecto de Pavía regula las modalidades y el plazo de ejercicio de la anulación. Merece la pena llamar la atención ahora sólo sobre dos datos: que el Proyecto de Pavía de Contratos no sólo permite, sino que facilita, la celebración de acuerdos extrajudiciales (art. 148.2), y que está prevista expresamente la alegación de la anulabilidad como excepción incluso después del plazo previsto como de prescripción de la acción (art. 148.5). Estas consecuencias, hay que reconocerlo, encajan mejor con el carácter inicialmente inválido del negocio anulable.

23. CAUSAS DE ANULABILIDAD

El art. 146.1 del Proyecto de Pavía de Contratos establece que "la anulabilidad tiene lugar en los casos a que se refiere el apartado 2 de este artículo". A continuación, el art. 146.2 enumera los supuestos en los que "el contrato es anulable". En particular: "a) en el caso de incapacidad de una parte, conforme al artículo 150; b) en el caso de un vicio de consentimiento, conforme a los artículos 151 y 152; c) en los supuestos previstos en los artículos 67 y 68³⁷; d) en cualquier otro supuesto expresamente previsto en la ley".

Es decir, el Proyecto de Pavía enumera de manera taxativa las causas de anulabilidad, si bien deja abierta la puerta para que la ley prevea otros supuestos de anulabilidad. Pero es importante reparar en que esta previsión de nulidad tiene que ser "expresamente". Esto significa que no puede haber anulabilidades distintas de las previstas de manera expresa por el legislador: es decir, que la anulabilidad se configura como un régimen excepcional,

³⁷ Art. 67. Circunstancias subjetivas

1. El contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. Si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable si la voluntad de éste estaba viciada.

2. La persona del representante deberá ser tenida en cuenta, cuando la buena o mala fe, el conocimiento o la ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, salvo si se trata de elementos predeterminados por el representado.

3. En ningún caso el representado de mala fe puede aprovecharse de la ignorancia o buena fe del representante.

4. Las reglas de este artículo, así como las del anterior, no se aplican a la persona meramente encargada de transmitir la voluntad de otro".

"Art. 68. Autocontrato y conflicto de intereses.

1. Puede ser anulado el contrato que el representante celebra consigo mismo, sea por cuenta propia, sea como representante de la otra parte contratante, a menos que el representado lo haya autorizado expresamente o que el contenido del contrato esté determinado de forma que se excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación sólo puede ejercitarse por el representado.

3. El contrato celebrado por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a instancia del representado si el conflicto era conocido o podía serlo por el tercero" (traducción de S. Cámara Lapuente, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

que el intérprete no puede extender a irregularidades del contrato semejantes o análogas a las previstas en la ley.

Este carácter excepcional con que el Proyecto de Pavía de Contratos configura la anulabilidad contrasta con el carácter que la doctrina y la jurisprudencia españolas tienden a asignar a la anulabilidad. En efecto, inicialmente, se pensó que la nulidad era el régimen general de invalidez en Derecho español, de tal manera que sólo procedía la anulabilidad en los casos en que el legislador lo hubiera previsto. Sin embargo, desde hace tiempo, partiendo de una interpretación funcional de la invalidez, se ha venido hablando de una "tendencia expansiva de la anulabilidad". Tendencia expansiva, de un lado, porque el propio legislador configura cada vez más supuestos como anulabilidades para evitar las consecuencias rígidas de la nulidad (impugnación de acuerdos de juntas de propietarios, de acuerdos de asociaciones, de cooperativas, o de sociedades anónimas). Pero sobre todo, por lo que importa ahora, porque el intérprete puede llegar a calificar de anulabilidad una invalidez a la que el legislador expresamente no se refiere como tal atendiendo a la finalidad perseguida por la norma (protección de una de las partes, por ejemplo)⁵⁸.

24. CONTRATO CELEBRADO POR UN INCAPAZ: ES NECESARIO QUE SE HAYA PRODUCIDO UNA LESIÓN

En el Proyecto de Pavía de contratos, la falta de capacidad para prestar válido consentimiento contractual de uno de los contratantes hace al contrato anulable, no nulo. Así lo establece el art. 150 ("Contrato celebrado por un incapaz"), que se refiere a los contratos celebrados por menores o incapaces. Puede decirse,

⁵⁸ Sobre todo ello, Delgado Echeverría, "Artículo 1300", pág. 319. Una crítica de la "tendencia expansiva de la nulidad", por entender que en fondo no es sino una consecuencia de la propia concepción bipartita de las nulidades que el autor critica, y que cree debe superarse admitiendo matices y criterios objetivos flexibilizadores en el régimen de la nulidad en Pasquau Liño, M., *Nulidad*, págs. 92 y ss.

con carácter general, y sin perjuicio de los matices que después se verán, que ésta es también la regla del Derecho español, en el que el régimen de la anulabilidad tiene su campo de aplicación natural en los contratos celebrados por los menores e incapaces. Hay, sin embargo, una diferencia fundamental entre el Derecho español y el Proyecto de Pavía de contratos. En este último, la falta de capacidad da lugar a la anulación de los contratos "salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz" (art. 150.1 último inciso).

De esta forma, en el Proyecto de Pavía se exige que el contrato celebrado por menores o incapaces supongan algún tipo de lesión. Esta previsión se aleja del Derecho español, en el que la anulabilidad de los contratos permite impugnar un contrato celebrado por el menor o incapaz sin necesidad de alegar ninguna causa: el legitimado para impugnar es el único que puede valorar su interés, por lo que puede tener en cuenta motivos distintos de los económicos⁵⁹. De esta manera, en Derecho español queda desincentivada la contratación con menores o incapaces, pues ellos o sus representantes legales siempre podrán hacer valer la anulabilidad. La posibilidad de impugnar que se reconoce al incapaz o a su representante legal les permite valorar, si quieren, la conveniencia del negocio, pero si se deciden por la impugnación no es algo que se vaya a tener en cuenta para el éxito de la acción.

Contrasta la opción del Proyecto de Pavía con la alcanzada por los autores de los Principios Lando, que han optado por dejar fuera los aspectos relacionados con capacidad de la persona, por entender que tiene que ver más con el Derecho de la persona que con los contratos⁶⁰.

⁵⁹ La doctrina admite que en casos extremos puede pensarse en admitir el abuso del derecho del accionante: así, De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 497; Delgado Echeverría, "Artículo 1300", pág. 314.

⁶⁰ Lando, O., Beale, H., *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, Kluwer, The Hague, 2000, pág. 227.

25. CONTRATOS CELEBRADOS POR MENORES

La anulabilidad procede, en primer lugar, en los casos en que no se tiene la edad requerida para contratar (art. 150.1.a: contrato celebrado por un menor no emancipado). La regla debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 5.2, conforme al cual, la capacidad general exigida para celebrar válidamente un contrato es tener dieciocho años cumplidos o estar emancipado y haber obtenido las autorizaciones requeridas por la ley nacional del contratante. Aunque no haría falta, el art. 150.3 aclara que el contrato celebrado por un incapaz no es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional. En Derecho español, por ejemplo, cabe entender que la autorización del representante puede producirse antes de que el menor celebre el contrato, o posteriormente en forma de convalidación⁶¹.

Para que sea anulable el contrato es preciso que el menor no haya ocultado con engaño su edad. En efecto, el art. 150.2 del Proyecto de Pavía establece que el contrato celebrado por un menor no es anulable "si el menor ha ocultado con engaño su edad". En Derecho español es muy discutida la situación de los contratos celebrados por menores que ocultan su edad porque, frente a la doctrina que, con apoyo en Derecho comparado, niega la acción de impugnación y considera que el contrato es válido se ha argumentado que este planteamiento disminuye gravemente la protección del menor: ocasiona el peligro de que se conviertan en cláusulas de estilo las declaraciones de ser mayor y en la práctica de los usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una acusación prefabricada de engaño sobre la edad del menor⁶².

⁶¹ La Cruz, *Elementos de Derecho civil*, 1-2, 3ª ed., revisada y puesta al día por Delgado Echeverría, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 122.

⁶² De Castro, *Derecho civil*, pág. 192. Cuestión distinta, dice el autor, es que el dolo o la culpa del menor, al hacer imposible la restitución quede sin consecuencia jurídica, pues el daño producido deberá ser indemnizado, conforme a los arts. 1902 y 1903 del Código civil.

Tampoco son anulables los contratos que sean "usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente" (art. 150.3). La misma tesis se mantiene en la doctrina española, en un reconocimiento de una capacidad gradual del menor con arreglo a su edad y a los usos⁶³.

26. FALTA DE CONSENTIMIENTO. CONTRATOS CELEBRADOS POR INCAPACES E INCAPACITADOS. DISTINCIÓN DE SUPUESTOS

Presupuesto para la validez de un contrato, en el Proyecto de Pavía y en el Derecho español, es la existencia de un consentimiento válido. Para ello es preciso que los contratantes tengan capacidad natural, es decir, capacidad de entender y querer, y capacidad legal, es decir, la exigida por la ley. Las letras b), c) y d) del art. 150.1 del Proyecto de Pavía de Contratos se refieren a contratos celebrados por incapaces, incapacitados o no, sometién-dolos todos ellos, sin distinción, al régimen de la anulabilidad.

Así, conforme al Proyecto de Pavía de Contratos:

— es anulable el contrato celebrado por los incapacitados. El art. 150.1.b) se refiere a "una persona declarada legalmente incapaz sin que en el contrato intervenga el sujeto establecido para su representación o asistencia legal". En Derecho español, de igual manera, es anulable el contrato que debía realizar el representante legal (arts. 1300 y ss. del Código civil) o el incapacitado con asistencia del curador (art. 293 del Código civil).

— es anulable el contrato celebrado por "una persona que, incluso con carácter transitorio, no está en condiciones de querer o comprender" (art. 150.1.c). La razón por la que la persona no está en condiciones de querer puede ser puramente transito-

⁶³ Distintas explicaciones jurídicas en Delgado/Lacruz, *Elementos*, I, 2, 2002, pág. 125; y Martínez de Aguirre, *Curso de Derecho civil*, I, Colex, Madrid, 2ª ed., 2002, pág. 411.

ria (accidente, efectos del alcohol...) o permanente (incapaz de hecho, que pudiendo o debiendo estar incapacitado legalmente no lo está).

La impugnación del contrato la podrá hacer el propio sujeto una vez superada la situación circunstancial de falta de capacidad o su representante legal si después es incapacitado.

Para el Derecho español, cabe defender que, si en el momento de contratar, carece la persona de "capacidad natural" o aptitud para entender o querer puede decirse que, entonces, por hipótesis, falta el consentimiento. El contrato, entonces, de acuerdo con el artículo 1.261 del Código civil ("no hay contrato") seguiría el régimen de la nulidad absoluta: en particular, la acción no está sujeta a plazo, puede ejercitarla cualquier interesado y no cabe confirmación. Sin embargo, últimamente esta doctrina se ha sometido a revisión partiendo del dato de que, en la práctica, muchos incapaces que debieran estarlo no lo están, y no se ve la razón para dejar de aplicar a los actos de los incapaces habituales la forma de invalidez que el Derecho predispone para la protección de una parte contractual, es decir, la anulabilidad⁶⁴.

La doctrina española suele advertir que, cuando falta absolutamente la razón (por locura, intoxicación o hipnosis) propiamente no existe la declaración de voluntad⁶⁵ y el contrato entonces sería nulo con nulidad radical.

— conforme al art. 150.1.d) es anulable el contrato celebrado por "una persona cuyas facultades físicas estén alteradas hasta el punto de impedirle expresar su voluntad, como los sordomudos que no sepan escribir". En Derecho español, la referencia a los sordomudos que no sepan leer ni escribir figuraba en la redacción originaria del Código civil, dando lugar a una situación próxima a la enfermedad mental⁶⁶. Pero desde la reforma de 1984 se

⁶⁴ Sobre todo ello, con citas doctrinales, Delgado, "Artículo 1301", pág. 355.

⁶⁵ De Castro, "El negocio jurídico", pág. 95.

⁶⁶ De Castro, *Derecho civil de España*, reedición en Civitas, Madrid, 1984, pág. 278.

suprimió toda incapacidad que no diera lugar a una imposibilidad de autogobierno de la persona. Desde la exigencia de respecto a la dignidad de la persona, la regla del Proyecto de Pavía no puede interpretarse en el sentido de que sean anulables los contratos si la deficiencia física de que se trate no priva a la persona de su capacidad natural.

La referencia a los sordomudos que no sepan escribir es ejemplificativa: es posible imaginar también otros supuestos, como personas con problemas de comunicación como consecuencia de algún tipo de enfermedad o traumatismo, sea transitorio o permanente.

El Proyecto de Pavía se refiere a un supuesto en el que la persona no puede expresar su voluntad. No que no pueda formarla, por falta de inteligencia o capacidad natural. En realidad, son personas que posiblemente debieran estar incapacitadas legalmente y no lo están. Son incapaces naturales o de hecho, a los que se refiere el art. 150.1.b).

27. NECESIDAD DE QUE LA FALTA DE CAPACIDAD SEA APARENTE

El art. 150.2 declara que "el contrato no es anulable ... si la otra parte tenía buena fe, debido a que las condiciones de enfermedad mental o su estado de incapacitación declarado no resultaban fácilmente apreciables". Se trata de una regla que protege la confianza del tercero y que carece de equivalente en Derecho español. En el Proyecto de Pavía esa protección de la buena fe y de la apariencia se lleva al extremo de prescindir de lo que, de acuerdo con la publicidad del Registro Civil, puede afirmarse para los incapacitados⁶⁷.

⁶⁷ V. Parra Lucán, en *Curso de Derecho civil I*, Colex, 2ª ed., 2002, pág. 375.

28. ¿REALIZACIÓN DE ACTOS CORRIENTES DE LA VIDA POR LOS INCAPACES?

Conforme al art. 150.3, "el contrato celebrado por un incapaz tampoco es anulable, en la hipótesis prevista en el apartado 1 del artículo 5, si ha obtenido las autorizaciones exigidas por su ley nacional, si se trata de uno de los actos usuales de la vida ordinaria que suponen un gasto modesto y son llevados a cabo empleando dinero o medios que proceden de las actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien entregados para que pueda disponer de ellos libremente".

Es discutible si la redacción se refiere sólo a los menores (que son los únicos mencionados en el art. 5.1) o a los incapaces en general, incluidos también los incapaces por razón de enfermedad o trastorno psíquico. Esto último parece preferible por dos razones: porque el art. 150 se refiere a los incapaces en general pero, sobre todo, porque es más respetuoso con el respeto a la dignidad de la persona y la limitación de la capacidad a lo que sea causa natural de falta de capacidad.

29. LA RESTITUCIÓN EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR INCAPACES

El art. 150. 4 establece que, anulado el contrato, el incapaz debe restituir lo recibido, conforme al artículo 161, en la medida en que haya obtenido un beneficio efectivo. La restitución del incapaz limitada al enriquecimiento es también la solución del Derecho español (art. 1304 del Código civil).

30. SITUACIÓN DE LOS TERCEROS QUE HAN GARANTIZADO EL CONTRATO CELEBRADO POR UN INCAPAZ

En Derecho español, la interpretación conjunta de los arts. 1302, 1824 y 1853 del Código civil lleva a la conclusión de que los fiadores no pueden oponer las excepciones puramente personales del deudor (la menor edad, la incapacidad).

De manera parecida, y conforme al art. 150. 5 del Proyecto de Pavía de Contratos, "los terceros que han garantizado el contrato celebrado por el incapaz responden del mismo frente a la otra parte, incluso si es anulado, quedando a salvo su derecho de repetir, si procede, contra el incapaz o su representante legal".

La solución del Proyecto de Pavía de Contratos supone que el tercero ha asumido una garantía frente al acreedor. No exige la prueba de que el tercero que ha garantizado conociera la incapacidad. Pero, en cualquier caso, el tercero que ha garantizado responde aunque se haya anulado la obligación garantizada: aun siendo accesoria su obligación no se extingue al declararse la nulidad de la obligación garantizada. El tercero que paga puede después repetir contra el incapaz o su representante legal. Hay que pensar que esa repetición estará sometida a los mismos límites que están previstos en el art. 150.4 para la repetición del incapaz: que del contrato haya obtenido un beneficio efectivo.

Pero, ¿qué significa la repetición del representante legal? Una cosa es que pueda proceder responsabilidad del representante (si, con su conducta, indujo a prestar una garantía a favor del incapaz) y otra distinta, y que carece de sentido, es el derecho a repetir a que se refiere el art. 150.5 del Proyecto de Pavía de Contratos.

31. CONTRATO VICIADO POR UN ERROR

La regulación del contrato viciado por error contenida en el art. 151 del Proyecto de Pavía de Contratos distingue entre el "error unilateral" (art. 151, apartados 1 a 6), padecido por uno solo de los contratantes, y el "error común" a ambos contratantes (art. 151.7).

Dentro del concepto de error se incluye tanto lo que en Derecho español es propiamente error como el dolo, es decir, el error provocado por el engaño de la otra parte, si bien se somete a distintos regímenes uno y otros supuesto. Por otra parte, se regula

tanto el error vicio del consentimiento como el error obstativo, es decir, el error en la manifestación de una voluntad formada sin vicios.

32. ERROR DE UNA DE LAS PARTES. ERROR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

De acuerdo con el art. 151.1 son presupuestos del error padecido por una de las partes para que pueda anular un contrato:

a) que afecte a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento;

b) que haya sido provocado además por una declaración engañosa o por una actitud de reticencia injustificada de la otra parte, o incluso si esta última se ha dado cuenta del error y de su importancia determinante o hubiera debido darse cuenta con una diligencia media.

El presupuesto recogido en la letra a) hace referencia a un doble aspecto: el ámbito objetivo del error y la necesidad de su esencialidad. Los aspectos fundamentales del contrato a los que puede afectar pueden tener que ver con las cualidades de la cosa o servicio y con las condiciones en las que se realiza la prestación, pero también con las cualidades de la persona que la realiza. La referencia a los aspectos "económico o jurídico" permite incluir tanto el error de hecho como el de derecho (creía que quien vendía era propietario, o tenía poder de disposición, o que se podía edificar en el terreno comprado...). Es esencial el error cuando sea determinante del consentimiento (así también, art. 1266 del Código civil: "que hubiese dado motivo a celebrarlo" y art. 1270 del Código civil, que distingue entre dolo grave y dolo incidental).

El error de cuenta, que en principio debe considerarse como un elemento no esencial, sin embargo puede ser determinante para la prestación del contrato, y entonces dará lugar a la anulación del contrato (interpretando a contrario el art. 151.4).

Por lo que se refiere al presupuesto recogido en la letra b), es preciso que el error haya sido provocado por la otra parte: por una declaración engañosa (una acción), por una actitud de retención injustificada (quien calla o no advierte debidamente, informaciones incompletas o imprecisas) o, incluso si, dándose o habiéndose podido dar cuenta del error y de su importancia determinante, no saca del error a la otra parte y se aprovecha de él para contratar. En Derecho español, aunque el art. 1269 del Código sólo se refiere al "empleo de palabras o maquinaciones insidiosas", la doctrina y la jurisprudencia admiten también el "dolo por omisión", la astucia por omisión, que presupone igualmente un ánimo de engañar⁶⁸.

33. ENGAÑO PROCEDENTE DE UN TERCERO ("DOLO DE TERCERO")

Conforme al art. 151. 2 del Proyecto de Pavía, si la declaración engañosa procede de un tercero, y era conocida por la parte que se ha beneficiado de ella, el contrato es anulable. En Derecho español el Código sólo prevé expresamente el dolo del otro contratante, pero puede llegarse a la misma conclusión que la proyectada en el texto comentado porque si el contratante conoce el engaño de un tercero y éste es determinante de la contratación tenía el deber de sacar del error a la otra parte.

34. ERROR PROVOCADO QUE AFECTA A UN ELEMENTO NO ESENCIAL ("DOLO NO ESENCIAL")

Cuando el error ha sido provocado, y no recae sobre un elemento fundamental del contrato, no es causa de nulidad, pero el art. 151.4 del Proyecto de Pavía permite a la parte que lo invoca solicitar una modificación de la prestación que le es debida o la reparación del daño sufrido si: a) se trata de un error de cálculo, salvo que tenga tal entidad que deba considerarse como determi-

⁶⁸ Por todos, Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 373.

nante del consentimiento; b) o si el error recae sobre un elemento secundario o no tiene un efecto determinante del consentimiento, es decir, si el contrato se hubiera celebrado igualmente pero en otras condiciones.

El error de cálculo en Derecho español tampoco es un vicio del consentimiento que dé lugar a la anulabilidad del contrato, sino sólo a su corrección, conforme al art. 1266.3 del Código civil. Pero doctrina y jurisprudencia advierten que si no es un mero error aritmético o error de cálculo rectificable, sino que afecta a error en los factores de cálculo, o en la inclusión o ampliación de determinadas partidas para fijar el saldo, hay un error en cuanto al objeto, y sí es posible la anulación del contrato⁶⁹. En este sentido debe entenderse la referencia del art. 151.4 del Proyecto de Pavía a la posibilidad de que el error de cálculo pueda ser determinante del consentimiento y, entonces, dar lugar a la anulación del contrato. Conviene insistir, sin embargo, en que presupuesto del error en este precepto del Proyecto de Pavía es haber sido provocado: también para el error de cálculo.

El error que recae sobre un elemento secundario del contrato no se considera esencial, determinante, porque el contrato se hubiera celebrado igual pero posiblemente en otras condiciones (por ejemplo, pagando menos precio). Se trata de la figura del dolo incidental que tampoco en Derecho español es causa suficiente para invalidar el contrato, y sólo da lugar a la indemnización del daño (art. 1270.2 del Código civil). De una manera más amplia, el Proyecto de Pavía establece dos soluciones: solicitar la modificación de la prestación debida (lo que sólo será posible en algunos casos) o la reparación del daño sufrido. Hay que entender que se trata de una opción que podrá escoger la parte que sufrió el error.

⁶⁹ Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 369.

35. ERROR NO PROVOCADO ("ERROR" EN DERECHO ESPAÑOL)

El art. 151.3 del Proyecto de Pavía contempla los casos de error cuando no se dan los presupuestos del apartado 1. Entonces, y siempre que el error no proceda de una negligencia grave de la parte que lo sufre, podrá proceder a la anulación del contrato "cuando éste carezca para ella de todo interés y siempre que indemnice a la otra parte del perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato". A pesar de que el precepto se refiere genéricamente a los presupuestos del apartado 1 parece razonable entender que el único que no concurre es el que considera ese apartado bajo la letra b): haber sido provocado. No parece que pueda prescindirse del exigido en la letra a) (afectar a un elemento fundamental del contrato y cuya presencia es determinante para el consentimiento), al menos en el sentido de que, como prevé el mismo art. 151.3, el contrato carece de interés: es decir, que el error ha sido determinante del consentimiento. Por otra parte, esta interpretación resulta coherente con el resto del artículo, que en el apartado siguiente se ocupa del error en el caso de que únicamente se de el presupuesto de la letra b).

Propiamente este es un supuesto de hecho del error vicio del consentimiento. Son requisitos para que sea causa de anulación:

— Que no proceda de negligencia grave de quien lo padece: se trata del requisito de la *excusabilidad*, en el sentido de que no puede salvarse con diligencia. Aunque nuestro Código civil no exige este requisito, la jurisprudencia lo ha señalado reiteradamente, relacionándolo con los principios de autorresponsabilidad y buena fe⁷⁰. Pero el Proyecto de Pavía admite la negligencia que no sea grave: es discutible, entonces, si es precisa una diligencia normal o basta una diligencia mínima.

— Que el contrato carezca de todo interés para quien lo padece. Es decir, se exige que el error sea *esencial*, en el sentido

⁷⁰ Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 371.

de que sea determinante de la voluntad del contratante que lo sufre⁷¹.

Ejercitada la acción de anulación en tales circunstancias, el Proyecto de Pavía establece, a cargo de quien ha padecido el error, la obligación de indemnizar a la otra parte el perjuicio sufrido por haber confiado en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato. Se trata de una regla inexistente en Derecho español, donde el error, si reúne los requisitos exigidos para invalidar el contrato, simplemente anula el contrato. Esta obligación de indemnizar está prevista en el Proyecto de Pavía para el caso de que el error no haya sido provocado por la otra parte. En realidad, este es el caso de error que como tal regula el art. 1266 del Código civil español. Puede afirmarse que el Proyecto de Pavía tiende a reforzar los postulados de la seguridad jurídica y la confianza. No sólo que el error tendrá un carácter excepcional, al exigirse que sea esencial y excusable, sino que además se requiere que la parte esté dispuesta a pagar una indemnización por los daños sufridos por quien, sin haber provocado el error, confiaba en el cumplimiento del contrato.

36. ERROR Y BUENA FE

El Proyecto de Pavía contiene una previsión que muestra una actitud restrictiva ante el ejercicio de la acción de nulidad basada en el error. Se trata de lo dispuesto en el art. 151. 5, conforme al cual, "la parte que ha sufrido el error no puede pretender la anulación del contrato si resulta contrario a la buena fe". En realidad, en nuestro Derecho, la buena fe juega como límite en el ejercicio de todos los derechos y está consagrado el abuso del derecho (art. 7 del Código civil), por lo que igualmente puede considerarse contrario a la buena fe, en determinadas circunstancias, el ejercicio de una acción de nulidad por error que, entonces, no deberá estimarse.

⁷¹ Sobre la esencialidad en el Derecho español, Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 370.

Para el caso de que se considere contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de nulidad la parte que lo invoca puede ser condenada, teniendo en cuenta las circunstancias, a pagar una indemnización equitativa. Aunque la redacción del precepto no es muy clara en este sentido, parece razonable entender que no prosperará la acción de nulidad por error y que, además, procederá la condena a pagar una indemnización de daños.

¿Qué es contrario a la buena fe? No debe pasarse por alto que, en el Proyecto de Pavía el error ha sido provocado por la otra parte, por lo que es difícil que pueda entenderse después que hay mala fe en el ejercicio de la acción de anulación por la parte que lo ha padecido. Será difícil que, concurriendo los presupuestos previstos en el Código, se entienda que el ejercicio de la acción de nulidad es contrario a la buena fe. No hay que descartar, sin embargo, que pueda ser abusivo el ejercicio de la acción de nulidad, y que con ello se pretenda, por ejemplo, lograr un enriquecimiento por un cambio de las circunstancias siempre que ese cambio fuera previsible para quien lo ocultó a la otra parte (por ejemplo, revalorización de un inmueble por un cambio que se estaba tramitando en el planeamiento).

Si no se dan los presupuestos la demanda de nulidad debe desestimarse; ¿puede entenderse que es contraria a la buena fe toda demanda de nulidad basada en la que se invoque el error y que sea desestimada? La redacción del precepto presupone que se ha producido la declaración requerida por el art. 148 del Código y que la contraparte a la que se ha dirigido contesta de modo tal que no puede achacársele haber provocado el error ("después de la contestación motivada de la otra parte"). Puesto que se propicia un acuerdo extrajudicial, es mucho más fácil que quien alega el error tenga muchos más datos antes de decidirse a presentar una demanda judicial. Sin embargo, no siempre habrá que entender que la demanda desestimada tiene detrás una reclamación contraria a la buena fe.

37. ERROR OBSTATIVO

El Proyecto de Pavía de los Contratos prevé que se aplique al llamado error obstativo el mismo régimen previsto para el error vicio del consentimiento. En este sentido, establece el art. 151.6 que las disposiciones contenidas en los apartados anteriores se aplican también cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta a la otra parte por la persona o la oficina encargadas de hacerlo.

En Derecho español, doctrina y jurisprudencia no mantienen una postura uniforme en relación con el error obstativo, que unas veces es sancionado con la anulabilidad, como vicio del consentimiento, y otras con la nulidad, como un supuesto de falta de consentimiento⁷².

Es posible que, en el plano de las ideas, pueda sostenerse que cuando el error se produce al efectuar la declaración, o cuando ésta es transmitida de manera inexacta falta el consentimiento, pero quizás sea más acertado contemplar el supuesto desde el punto de vista de las consecuencias. Si la sanción es la nulidad, en principio, no sólo la legitimación es más amplia para hacerla valer sino que, además, no existe un plazo de prescripción. Si la sanción es la anulabilidad, sea cual sea la postura que se sostenga acerca de la naturaleza del contrato anulable, se reduce el plazo de impugnación (art. 1301 del Código civil). Desde un punto de vista de técnica legislativa quizás no sea criticable que el legislador decida sancionar expresamente con la anulabilidad al contrato viciado con error obstativo, en particular cuando se haya creado una apariencia frente a la otra parte, que puede ignorar el error. En el Proyecto de Pavía las cosas no se plantean en idénticos términos: si no existiera una regla expresa para el error obstativo ordenando la anulabilidad debería entenderse, de acuerdo con las reglas generales, que, al no haber consentimiento, procede la nulidad y no la inexistencia (art. 140.1.c).

⁷² Por todos, Lacruz, *Elementos* II-1, 1999, pág. 401.

38. ERROR COMÚN DE LOS DOS CONTRATANTES

Cualquiera de las partes puede anular el contrato cuando ambas lo han celebrado bajo una presuposición común que resulta inexacta. A este supuesto se refiere el art. 151.7. El error común debe recaer: a) sobre circunstancias determinantes, incluso cuando no han sido expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han motivado la celebración del contrato; b) o sobre la imposibilidad objetiva de ejecución del contrato; c) o la previsión errónea sobre producción de un hecho, incluso no expresamente declarado, pero que en la economía del contrato tiene una importancia determinante.

De la redacción del precepto resulta que las dos partes padecen el error y que ninguna de ellas está de mala fe. Es preciso que el error recaiga sobre un aspecto determinante, que afecte a un hecho, a una circunstancia aceptados por ambas partes como presupuesto de efectividad del contrato. No se exige, en cambio, que se haya expresado la circunstancia que resulta errónea.

En Derecho español, el error común sobre circunstancias no desarrolladas (presuposición o base del negocio) suelen estudiarse en el marco de la causa, que no es objeto de regulación en el Proyecto de Pavía. La doctrina admite que, cuando algunas circunstancias son condiciones del contrato que principalmente han dado motivo a las partes para celebrarlo, el fallo de las mismas da lugar a la anulación del contrato por aplicación del art. 1266 del Código civil (vicios del consentimiento)⁷³.

La imposibilidad objetiva de ejecución del contrato a que se refiere el Proyecto de Pavía debe entenderse que se refiere a la frustración del contrato que no dependa de la culpa de ninguna de las partes, porque entonces daría lugar al incumplimiento del contrato.

⁷³ Lacruz, *Elementos* II-1, 1999, pág. 442.

Es seguro que el Código incluye el caso de que tal imposibilidad existiera ya en el momento en que las partes, que lo ignoraban (la cosa no existía en ese momento, o no se había concedido la licencia requerida para construir), contrataron. Pero siendo objetivamente imposible el cumplimiento del contrato desde el origen parece que, en realidad, lo que sucede es que falla uno de los presupuestos de la contratación válida y más de error que haga anulable el contrato debiera hablarse de nulidad.

¿Qué sucede cuando esta imposibilidad, sin culpa, es sobrevenida, frustrando el fin del contrato? Si originariamente era posible el cumplimiento del contrato y posteriormente se produce la imposibilidad, más que en el terreno de la validez del contrato estaremos en el del cumplimiento del contrato y de la responsabilidad contractual: a la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor se refiere, en sede de ejecución del contrato, el art. 97.2 del Código⁷⁴.

39. CONTRATO VICIADO POR INTIMIDACIÓN

“Es anulable el contrato celebrado bajo el efecto determinante de intimidaciones o amenazas graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal, dirigidas a una parte o a sus alle-

⁷⁴ “Art. 97. Obligaciones que no pueden considerarse incumplidas.

1. No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente, en tanto se hayan producido previamente sucesos extraordinarios e imprevisibles que hayan convertido la prestación en demasiado onerosa y que, en consecuencia, otorguen al deudor —como lo prevé el artículo 157— el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe no obstante, haber comunicado al acreedor su intención de recurrir a este derecho antes del vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto por el artículo 96, letra a).

2. Tampoco hay incumplimiento de la obligación si después de la celebración del contrato la prestación resulta objetivamente imposible, por causas de las cuales el deudor no debe responder; pero si en el contrato aparece explícita o implícitamente que se incluye una garantía de cumplimiento, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor ha sufrido por haber contado con el cumplimiento del contrato” (traducción de V. Mayor del Hoyo, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

Para el Derecho español, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 205.

gados por la otra parte o incluso por un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido era consciente y se ha beneficiado de aquéllas" (art. 152.1).

La intimidación debe ser una amenaza "grave", es decir, una coacción moral capaz de impresionar de modo tal que determine la celebración del contrato. No dice el precepto que la amenaza sea de causar un daño, pero el temor o el miedo creado lógicamente debe ser el de sufrir un mal, en la integridad física o en otros bienes o intereses de la persona.

En Derecho español recibe el mismo tratamiento la violencia (empleo de fuerza irresistible para arrancar el consentimiento, art. 1267 del Código civil) que la intimidación: ambas dan lugar a la anulabilidad. En el Proyecto de Pavía no se menciona expresamente la violencia, por lo que hay que pensar que se impone la consecuencia lógica de que no existe consentimiento y, por tanto, no hay acuerdo, que es uno de los elementos esenciales del contrato, y la consecuencia es la nulidad (art. 140.1.c).

El Código exige que las intimidaciones o amenazas sean graves, suficientes para impresionar a cualquier persona normal: no se tiene en cuenta las circunstancias subjetivas de quien las padece: en nuestro Derecho se contemplan expresamente, lo que parece razonable, las circunstancias personales de quien es objeto de la amenaza (art. 1267 del Código civil). La "persona normal" del Proyecto de Pavía deberá ser también por referencia a un grupo de edad o circunstancias, como la formación, porque no existe un único modelo de "persona normal".

El Proyecto de Pavía dice que las amenazas pueden ir dirigidas a una parte del contrato o sus allegados: es decir, que la intimidación puede consistir en la amenaza de que el daño se va a causar a los "allegados", expresión en la que pueden incluirse, además del cónyuge o parientes, los amigos (cfr. art. 1267 del Código civil).

Las amenazas pueden proceder de la otra parte o de un tercero, pero en este último caso sólo si la parte que no las ha sufrido

era consciente y se ha beneficiado de aquéllas (cfr. art. 1268 del Código civil).

El art. 152.1 declara que la anulabilidad por intimidación juega "con independencia de lo previsto en el apartado 3 del artículo 30". El art. 30.3 se refiere al contrato en el que una de las partes obtiene ventajas desproporcionadas respecto de la prestación que realiza o promete abusando de la situación de peligro, necesidad, incapacidad para comprender y querer, inexperiencia o la dependencia económica o moral de la otra parte. Este contrato no es anulable sino rescindible (art. 30.3²⁵ en relación con el art. 156 del Código europeo de contratos). La diferencia está en que la aplicación de la rescisión procede cuando no haya habido intimidación, es decir, amenaza de causar un mal. La principal diferencia entre el régimen de la anulabilidad y la rescisión en el Proyecto de Pavía es la de que el contrato rescindible no es susceptible de confirmación (art. 156.6). Lo que sucede es que en los casos previstos en el art. 30.3 parece que la voluntad no se ha formado de una manera libre, y no se ve la razón por la que no deban recibir el mismo tratamiento que los casos de vicios del consentimiento.

40. LA AMENAZA DE EJERCITAR UN DERECHO

La jurisprudencia española ha tenido ocasión de resolver supuestos en los que se discute si es preciso que la amenaza de sufrir un daño sea antijurídica. Suele entenderse que el ejercicio de un derecho puede ser injusto, y susceptible de calificarse como

²⁵ "Art. 30.3. 3. Es rescindible, en los términos previstos en el art. 156, todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero" (traducción de M. Salanova Villanueva, en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002).

intimidación, cuando se procura para forzar el consentimiento para otorgar un contrato con el fin ilegítimo de obtener beneficios que no son inherentes al derecho mismo⁷⁶. En esta línea, el art. 152.2 declara que la amenaza de ejercitar un derecho sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando haya servido para obtener ventajas injustas.

41. TEMOR REVERENCIAL

El art. 152.3 se ocupa del temor reverencial, que sólo puede ser causa de anulación del contrato cuando, a la vista de las circunstancias, la persona que lo ha provocado era consciente de la influencia determinante que podía producir en la otra parte, y además haya obtenido por ello ventajas injustas.

Esta solución es preferible a la que consagra el art. 1276.4 del Código civil, que considera irrelevante el temor reverencial.

En el Proyecto de Pavía, la anulabilidad por temor reverencial juega "salvo lo previsto en el art. 156". Como ya he advertido, el art. 156 se ocupa de la rescisión del contrato celebrado mediante el abuso de una de las partes de la situación de inferioridad o inexperiencia de la otra. Hay que entender que será rescindible el contrato cuando el temor no haya sido provocado por la otra parte pero haya motivado la celebración del contrato.

42. SUPUESTOS PREVISTOS EN LOS ARTS. 67 Y 68.

Fuera del Título XI, el Código recoge otros supuestos de nulidad. Así, el art. 67 declara que el contrato celebrado por el representante es anulable cuando la voluntad del representante esté viciada. También si el vicio recae sobre elementos predeterminados por el representado si su voluntad está viciada. Parece que se trata de una adaptación de las reglas de vicios del consenti-

⁷⁶ Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 378; Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 166.

miento al contrato celebrado por representación. El art. 68 establece que podrá anularse el contrato del representante consigo mismo (autocontrato).

43. LAS CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO

Conforme al art. 147.1, la anulación deja sin efecto el contrato retroactivamente desde su celebración, y las dos partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 160. El contrato, por tanto, no despliega efectos y, los que se hayan realizado en cumplimiento del contrato nulo deben ser eliminados. De ahí la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones cumplidas. El Código regula la restitución en el art. 160, en la sección 2 del Título XI, como una consecuencia de la inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia, resolución o rescisión del un contrato. En la Sección 1, "Anomalías", no incluye la regulación completa de la restitución, sino tan solo algunas especialidades para la restitución que procede de la anulación.

44. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA RESTITUCIÓN EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD O EXCESIVA ONEROSIDAD

Literalmente, el art. 147. 2 establece que: "La disposición contenida en el apartado anterior no se aplica si la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe llevarla a cabo. En este caso, la anulación deja sin efectos al contrato desde el momento en que se ha llevado a cabo la declaración prevista en el artículo 148, y resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 160 apartado 4". Aunque se refiere a todo el apartado 1, al afirmar expresamente que el contrato queda sin efectos desde que se produce la declaración para hacerla valer, hay que entender que, a pesar de que la restitución resulte imposible o excesivamente onerosa, sí podrá anularse el contrato, pero lo que sucederá es que esta anulación no tendrá efectos retroactivos, sino tan

sólo para el futuro, es decir, para las prestaciones todavía no realizadas. Ahora bien, esta conclusión, a su vez debe ser matizada en el sentido de que, en realidad, no procede la restitución *in natura*, pero sí por su equivalente en dinero. La remisión al art. 160 debería ser al apartado 3, conforme al cual, la restitución que no pueda hacerse en forma específica por ser imposible o excesivamente onerosa debe efectuarse mediante el pago de una suma de dinero. En efecto, el art. 160.4, al que se remite el art. 147.2 establece la posibilidad de optar a quien tiene derecho a la restitución por la restitución en forma específica o por equivalente, mediante el pago de una suma de dinero, salvo que la primera opción sea contraria a la buena fe.

45. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS A CARGO DE QUIEN PROVOCÓ LA CAUSA DE ANULACIÓN

Además, conforme al art. 147.3 del Proyecto de Pavía de Contratos, la anulación del contrato obliga a la parte que la haya provocado a reparar el perjuicio experimentado por la otra parte. El precepto se remite: 1) por lo que se refiere a los presupuestos de esta responsabilidad a lo previsto en sede de responsabilidad contractual, en particular, al art. 162⁷⁷; por lo que se refiere al conte-

⁷⁷ Art. 162. *Requisitos de la responsabilidad contractual.*

1. En caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, el deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o la mora, no son atribuibles a su conducta, sino que se deben a una causa (extraña) imprevisible e irresistible.

2. El principio que figura en el apartado 1 se aplica a cualquier otro hecho o situación que se estime fuente de responsabilidad por daños conforme a las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos en la primera parte del apartado tercero del artículo 75, el deudor se libera de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia apropiada en la situación concreta como se indica en la mencionada disposición, y aporta las pruebas exigidas en el artículo 94.3. Si el deudor de una prestación profesional ha actuado, para cumplirla —con el consentimiento informado de quien ha sufrido el perjuicio, o de sus parientes, o de quien se ha encargado de su representación o asistencia legal— en un

nido de esta responsabilidad a lo previsto en el artículo 6 apartado 4⁷⁸, en sede de tratos preliminares dirigidos a la perfección del contrato.

En la doctrina española, y aunque no existe una norma que expresamente lo establezca, suele admitirse la responsabilidad por daños de quien haya provocado la anulabilidad como un supuesto de *culpa in contrahendo*⁷⁹.

No se ve la razón por la que el Proyecto de Pavía menciona sólo la indemnización de daños únicamente en el ámbito de la

ámbito en el que la experimentación científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, sólo responde por culpa grave.

4. A menos que el deudor haya actuado por dolo o culpa, debe responder del daño que —en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe y a los usos— debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él —en cuanto persona normalmente informada— en el momento de celebración del contrato.

5. Salvo pacto en otro sentido, el deudor es responsable conforme al apartado 1º de este artículo, incluso si ha recurrido, para el cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, dejando a salvo el derecho de repetir, si procede, contra estos últimos.

6. Salvo pacto en contra, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de mora relativos a un contrato que implique a una pluralidad de deudores, se aplica para la reparación del daño consiguiente lo previsto en el artículo 88.

7. Debe probarse la existencia del daño, y verificarse su alcance, o bien debe ser cuantificable como prevé el artículo 168.1º (traducción de Mª. T. Alonso Pérez, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 44, 2002).

⁷⁸ "Art. 6. *Deber de protección*

1. Cada parte es libre de iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en el caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe.

2. Actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares sin intención de llegar a la celebración del contrato.

3. Si en el transcurso de los tratos preliminares las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, cuyo eventual perfeccionamiento se prevé, la parte que ha suscitado en la otra una confianza razonable en cuanto a la celebración del mismo, actúa contra la buena fe desde que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes" (traducción de G. García Cantero, en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 44, 2002).

⁷⁹ Díez Picazo, *Fundamentos*, pág. 468; Lacruz, *Elementos* II-1, 1999, pág. 571.

anulabilidad, puesto que sus presupuestos pueden concurrir igualmente en el ámbito de la nulidad.

46. LEGITIMACIÓN PARA HACER VALER LA ANULABILIDAD

La anulabilidad es, en Derecho español, una nulidad relativa, en el sentido de que sólo puede hacerla valer una parte del contrato: aquella a la que se trata de proteger con la norma que prevé la anulabilidad (art. 1302 del Código civil).

El mismo criterio recoge el Proyecto de Pavía de Contratos. Conforme al art. 146. 1 del mismo, la anulabilidad "sólo puede ser invocada por la parte a la que la ley concede tal facultad". El análisis de los casos concretos previstos en el Proyecto de Pavía muestra cómo, en los casos de incapacidad, son el incapaz o su representante legal quienes están legitimados para hacer valer la anulabilidad (art. 150); en el caso de vicios del consentimiento, quien lo ha padecido (arts. 151, 152); en el caso de vicio del representante, por éste o por el representado (art. 67); en el caso de autocontratación, por el representado (art. 68). De manera coherente, el art. 148, al referirse a la previa declaración extrajudicial que debe dirigirse a la otra parte se refiere a «la parte legitimada —o su representante legal si es incapaz—».

47. LA INTERPELACIÓN AL LEGITIMADO PARA QUE DECLARE SI PRETENDE SOLICITAR LA ANULACIÓN

El art. 148.4 introduce una regla novedosa respecto del Derecho español, al prever que la parte no legitimada para impugnar o cualquier interesado puede interpelar al sujeto legitimado —o a su representante legal si se trata de un incapaz— para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no solicitar la anulación. Se entiende a todos los efectos que el sujeto legitimado o su representante legal renuncia a esta facultad si transcurre el plazo sin contestar al requerimiento. Al igual que sucede con las demás declaraciones a que se refiere esta sección, son apli-

cables a este requerimiento las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2.

Con esta previsión se trata, sin duda, de eliminar la incertidumbre acerca de si, finalmente, el contrato será anulado o no. No existe en Derecho español una regla semejante, si bien me parece que no se opondría a la posibilidad de realizar un requerimiento semejante con el efecto de que, en su caso, y según las circunstancias, se entendiera producida una confirmación tácita, en los términos del art. 1311 del Código civil.

48. PRIVACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN A QUIEN NO PUEDE RESTITUIR

El art. 148.3 del Proyecto de Pavía de Contratos establece que "no puede proceder a la anulación la parte que no pueda llevar a cabo la restitución tal y como está prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 147, salvo lo establecido en el artículo 150 apartado 4 a favor de los incapaces". Pero sí es posible la anulación cuando la restitución resulta imposible o excesivamente onerosa, conforme a lo previsto en el art. 147.2, que remite a lo dispuesto en el art. 160 del Código, en el que se prevé la transformación de la obligación de restituir la cosa en la obligación de pagar una suma de dinero equivalente. Debe entenderse, por ello, que el supuesto al que se refiere el art. 148.3 incluye la imposibilidad tanto de restituir la cosa como de abonar una suma de dinero. Esto último sólo tiene sentido en los casos de insolvencia, puesto que la obligación de pagar una suma de dinero es de género ilimitado, y nunca resultará objetivamente imposible.

El precepto presupone que el contrato se ha cumplido y que el sujeto legitimado para hacer valer la anulación ni puede restituir la cosa ni tampoco pagar una suma de dinero equivalente. En tal caso, conforme a la regla estudiada, no podrá prosperar su acción de anulación. Si el contrato no estuviera cumplido, por hipótesis, no sería preciso plantearse la posibilidad o imposibilidad de la restitución.

En cualquier caso, la regla tiene una excepción a la que expresamente se refiere el art. 148.3: el caso de que se trate de incapaces que, conforme al art. 150.4, sólo deben restituir en cuanto hayan obtenido un beneficio efectivo. Es decir, que pueden ejercer con éxito la acción de anulación aunque no puedan llevar a cabo la restitución si se entiende que no han obtenido un beneficio efectivo.

49. CÓMO SE HACE VALER LA ANULABILIDAD. NO ES NECESARIO EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL

La doctrina española discute acerca de si es preciso el ejercicio judicial de la acción de anulabilidad para que los efectos de ésta tengan lugar. La doctrina del carácter constitutivo de la acción tiene como fundamento el perjuicio del carácter válido del contrato anulable mientras una sentencia no lo constituya en inválido, y suele explicarse mediante la doctrina del derecho potestativo de impugnación⁶⁰. Parece preferible, sin embargo, entender que el ejercicio judicial de la impugnación no es indispensable, que las partes pueden solucionar privadamente la situación, así como someter la cuestión a árbitros o transigir sobre ella. Esto es así, como explica Delgado Echeverría porque, siguiendo el principio general, sólo es necesario acudir a los Tribunales cuando el ejercicio de un derecho sea negado o impedido por otro sujeto. Como explica este autor, únicamente ante la resistencia de la otra parte, quien pretenda ejercitar algún derecho basado en la anulación —señaladamente, la repetición de lo prestado— habrá de acudir a los Tribunales para que éstos lo declaren e impongan su satisfacción; y, de igual modo, aquel a quien se exija judicialmente algo con base en el contrato anulable, habrá de deducir la oportuna excepción. La sentencia lo que hará entonces es constatar frente a todos que el contrato celebrado era inválido⁶¹.

⁶⁰ Díez Picazo, *Fundamentos*, pág. 487; De Pablo Contreras, "Ineficacia e invalidez de los contratos", en *Curso de Derecho civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, pág. 450.

⁶¹ Delgado Echeverría, "Artículo 1301", pág. 330.

El Proyecto de Pavía de Contratos no sólo reconoce el ejercicio extrajudicial de la anulabilidad sino que, además, trata de propiciar los acuerdos extrajudiciales.

50. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN

La acción de nulación debe ir precedida de una declaración de la parte legitimada, o su representante legal si es incapaz, con el fin de lograr un acuerdo extrajudicial. A esa declaración, al igual que sucede con la declaración prevista en caso de nulidad, le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2 (art. 148.1).

Conforme al art. 148.2, "con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172".

51. LA ANULACIÓN COMO EXCEPCIÓN

La doctrina civilista española está dividida acerca de si la anulabilidad puede oponerse como excepción⁸² o si, por el contrario, es preciso formular reconvención⁸³. La razón de estas distintas opiniones se conecta a la distinta naturaleza, declarativa o constitutiva con que se califican la acción y la sentencia de anulabilidad. Así, para quienes la acción es constitutiva, no existe nulidad sin sentencia que lo declare y, en consecuencia, es preciso ejercitar una acción para solicitar la declaración de anulabilidad (en su caso, reconvención), sin que baste al legitimado para hacer valer la anulabilidad alegarla como simple excepción para defenderse frente a una demanda de cumplimiento del contrato

⁸² En este sentido, Delgado Echeverría, "Artículo 1301", pág. 327.

⁸³ En este sentido, De Pablo Contreras, "Ineficacia e invalidez", pág. 453.

formulada por quien no puede impugnar el contrato. Pero lo cierto es que la mayoría de la doctrina, aun entendiendo que la acción de anulabilidad es constitutiva, no termina de ser coherente con las consecuencias a que llevaría tal afirmación (la de que no cabe alegarla como excepción) y, por el contrario, basándose en argumentos de equidad defiende que la anulabilidad puede alegarse como excepción para evitar una condena injusta⁸⁴.

Básicamente, este es el planteamiento del art. 148.5 del Proyecto de Pavía cuando, tras establecer que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años, añade que la declaración de anulación "puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años". De esta forma, en el Código, la excepción de anulabilidad para oponerse a una demanda de cumplimiento no prescribe⁸⁵.

52. PLAZO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD

El art. 148.5 del Proyecto de Pavía de Contratos establece que la anulación del contrato queda sometida al plazo de prescripción de tres años. Este plazo empieza a correr a partir del día en que

⁸⁴ Por todos, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 488, que habla de excepción "en sentido sustantivo o material".

⁸⁵ Para el Derecho español, el art. 408 de la Ley de enjuiciamiento civil obliga a plantear el problema en nuevos términos: literalmente, establece que, alegada la nulidad absoluta como simple excepción, puede dársele el mismo tratamiento que si se hubiera formulado reconvencción. La doctrina procesalista (De la Oliva Santos, A., "Comentario al art. 222", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, pág. 411; Díez-Picazo Jiménez, I., "Comentario al art. 408", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, pág. 686) ha advertido, con razón, que, aunque el artículo sólo se refiere a la nulidad absoluta, lo mismo sucederá cuando la causa que se alegue sea de anulabilidad, y ello por dos razones fundamentalmente: porque en muchos casos sólo tras la sentencia quedará claro si se trataba de nulidad o de anulabilidad y porque, además, la propia ley establece que en ningún caso se considerará formulada reconvencción cuando el demandado finalice su escrito solicitando su absolución (art. 406.3: aunque se alegue anulabilidad para negarse a cumplir).

cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato.

53. EL PLAZO ES DE PRESCRIPCIÓN

El Proyecto de Pavía califica como de prescripción al plazo fijado para la acción de nulidad. En el art. 1301 del Código civil se establece un plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad, que la doctrina y jurisprudencia entienden referida, de manera unánime, a los casos de anulabilidad previstos en el propio artículo⁸⁶. Se discute, en cambio, si el plazo es de caducidad⁸⁷ o de prescripción. Frente a la opinión doctrinal mayoritaria, el Tribunal Supremo califica al plazo como de prescripción, y ha sacado importantes consecuencias de esta declaración⁸⁸.

En el Proyecto de Pavía expresamente se califica al plazo como de prescripción. Si el plazo es de prescripción, ello significa que es susceptible de interrupción, conforme al art. 134 del Código. Pero, al igual que decíamos al hablar de la regulación de esta materia en la nulidad, no parece que esa interrupción pueda producirse por la declaración extrajudicial a que se refiere el art. 148.1, porque es una exigencia del Proyecto de Pavía para que se admita a trámite la demanda.

54. ¿QUÉ PRESCRIBE?

En el Derecho español, la doctrina está dividida asimismo acerca de si el plazo es aplicable a la acción de nulidad o a la acción de restitución. De Castro⁸⁹ y Delgado⁹⁰ han defendido, de

⁸⁶ Por todos, Delgado Echeverría, "Artículo 1301", pág. 332.

⁸⁷ Por todos, Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 491.

⁸⁸ Delgado Echeverría, "Artículo 1301", pág. 337.

⁸⁹ De Castro, *El negocio jurídico*, págs. 499, 505 y 511.

⁹⁰ Delgado Echeverría, "Artículo 1301", pág. 336.

manera muy convincente, que el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 se refiere al derecho a pedir la restitución de lo entregado por el contrato nulo: la posibilidad de pedir que se declare la invalidez del contrato no está sujeta a prescripción ni a caducidad precisamente por ser una acción meramente declarativa. A esta tesis de la doble acción se ha objetado que no se ve la utilidad que se obtendría de admitir una anulación pura y simple sin que el demandante pida la restitución⁹¹. Lo cierto es, sin embargo, que la distinción entre acción declarativa y restitutoria tiene sentido, por ejemplo, cuando a quien padece el vicio de consentimiento o la falta de capacidad se le exige el cumplimiento del contrato transcurrido el plazo previsto para el ejercicio de la acción: si se entiende que no ha prescrito la posibilidad de solicitar la declaración de la nulidad siempre podrá oponerse a esa acción de cumplimiento haciendo valer la invalidez del contrato.

Desde este punto de vista, el art. 148.5 del Proyecto de Pavía de Contratos, tras fijar en tres años el plazo para la anulación del contrato, añade que "la declaración de anulación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo puede ser emitida y opuesta como excepción por el sujeto al que se le demanda solicitando el cumplimiento del contrato, incluso después del citado plazo de tres años". Es decir, que la parte legitimada para hacer valer la nulidad puede formular la declaración de nulidad en cualquier plazo para oponerla como excepción y negarse al cumplimiento del contrato.

55. *DIES A QUO*

El plazo de prescripción "empieza a correr a partir del día en que cese la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en el que se descubrió el error y, en los demás casos, desde el día de la celebración del contrato" (art. 148.5 del Proyecto de Pavía).

⁹¹ Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1996, pág. 489. Le sigue (con cita de anteriores ediciones) López-Beltrán de Heredia, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 53.

En nuestro Derecho, la misma regla resulta para la incapacidad y la intimidación (art. 1301 del Código civil).

Para el error, el art. 1301 del Código civil atiende a la consumación del contrato, y no al momento de descubrimiento del error, lo que protege más a la parte que lo ha padecido.

Los casos en los que el plazo empieza a correr el día de la celebración del contrato son los de vicio de la voluntad del representante o del representado y el autocontrato (arts. 67 y 68 del Código).

56. CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

Para un supuesto especial, el art. 149.1 del Proyecto de Pavía de Contratos establece una regla de "conservación" del contrato anulable: "La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado en la declaración de la parte de quien proceda (o en un plazo razonable, si no se ha señalado uno), la otra parte se compromete a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada".

Es evidente que este precepto tiene sentido únicamente en los casos en que se ha producido un error. Así debe entenderse la referencia "al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato".

La declaración a que se refiere el art. 149 es la prevista en el art. 148.1, es decir, la que la parte legitimada para anular el contrato debe dirigir a la otra parte con el fin de alcanzar, si es posible, un acuerdo extrajudicial. De esta forma, quien ha padecido el error pone este hecho en conocimiento de la otra parte, y ésta puede así, si quiere, comprometerse "a proceder al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades con las que la primera había creído celebrar el contrato, o a efectuar las

prestaciones acordadas por las partes dirigidas a asegurar un resultado substancialmente análogo, o aceptable para la parte interesada".

No existe una regla semejante en el Derecho español, aunque no cabe duda de que al amparo de la autonomía de la voluntad las partes pueden llegar a un nuevo acuerdo que sustituya al anterior y al que queden vinculadas las dos⁹². El nuevo acuerdo, para la parte que estaba legitimada para impugnar el contrato debe valorarse como una renuncia a la acción o una confirmación tácita (art. 1311 del Código civil).

57. LA CONFIRMACIÓN DEL CONTRATO

A diferencia de lo que sucede con la llamada confirmación del art. 143 para los contratos nulos, que debe ser realizada por ambas partes contractuales, el art. 149.2 del Proyecto de Pavía de Contratos se refiere a la confirmación del contrato anulable, que sólo puede ser efectuada por la parte legitimada para ejercer la acción de nulidad (o por su representante legal si es incapaz). Esta confirmación es semejante a la que regula el Código civil español para los contratos anulables, siendo precisamente ésta una de las diferencias fundamentales entre el contrato nulo y el anulable. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que entre los casos de anulabilidad en el Proyecto de Pavía se menciona el autocontrato (art. 68), figura para la que en Derecho español suele defenderse tanto la anulabilidad como la ratificación del art. 1259 del Código civil.

En el Proyecto de Pavía de Contratos, la confirmación del contrato anulable se lleva a cabo mediante una declaración de renuncia a la anulación o mediante el cumplimiento voluntario

⁹² La doctrina suele admitir la novación de las obligaciones anulables: por todos, Sancho Rebullida, F., "Comentario al artículo 1208", en *Comentario del Código civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 310. También, Gutiérrez Santiago, P., "Comentario al artículo 1208", en *Comentarios al Código civil* (R. Bercovitz coordinador), Aranzadi, 2001, pág. 1435.

del contrato. La declaración de renuncia a la anulación debe hacerse "observando la disposición contenida en el apartado 2 del artículo 36", es decir, conforme a la forma especial prevista para la prueba del contrato (forma escrita si el contrato tiene un valor superior a 5000 euros y, para la oponibilidad a terceros, que la fecha de los documentos se pueda tener por cierta). Se trata, por tanto, de un negocio unilateral y formal, probablemente no recepticio, que completa o integra el contrato anulable al que se refiere⁹³.

El criterio del Proyecto de Pavía de Contratos en materia de confirmación del contrato anulable es muy restrictivo si se compara con el Derecho español, que admite la confirmación expresa y la tácita, y ésta a través de actos concluyentes (incluyendo el caso más claro, de cumplimiento del contrato, pero también otros muchos, como la recepción o exigencia de la prestación de la otra parte, petición de plazo para pagar, constitución de garantías, realización de actos que impliquen imposibilidad de restablecer el *statu quo ante*...⁹⁴). En el Proyecto de Pavía se exige una confirmación expresa (no parece necesario, en cambio que haya que utilizar la expresión "renuncia" de la anulabilidad, siempre que se utilice la forma requerida por el Código y sea inequívoca la voluntad de confirmar el contrato) o el cumplimiento del contrato. Si no se produce uno de los dos actos a los que se refiere el Proyecto de Pavía (renuncia o cumplimiento), la parte legitimada siempre tendrá abierta la vía de hacer valer la anulabilidad, aun cuando haya observado alguna conducta objetivamente contradictoria con el posterior ejercicio de la acción de anulabilidad. Cabe pensar que se ha tratado de dar seguridad y certeza, evitando la posibilidad de que se produzcan situaciones ambiguas susceptibles de ser interpretadas de manera diferente acerca de la voluntad de confirmar o no el contrato. Parece poco razonable, sin embargo, que se excluya todo posible juego de la interpretación de la volun-

⁹³ Para el Derecho español, para las distintas teorías sobre la confirmación expresa, Clavería L. H., *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia, 1977, págs. 271 y ss.

⁹⁴ Una enumeración en Clavería, *La confirmación*, págs. 233 y ss.

tad de las partes, porque en ocasiones pueden verse defraudadas de manera injustificada las expectativas y la confianza generada en la otra parte acerca del contrato (por ejemplo, si se le exige el cumplimiento a la otra parte y después se impugna). Quizás estos resultados contrarios a la buena fe puedan evitarse generalizando lo previsto en el art. 151.5 (ejercicio de la acción de anulabilidad contrario a la buena fe), que literalmente sólo se refiere al contrato anulable por error.

Por lo que se refiere a los presupuestos de la confirmación, el art. 149.2 del Proyecto de Pavía de Contratos establece que "la confirmación supone que tal contratante —o, si es incapaz, su representante legal— está en condiciones de celebrar un contrato válido y es además plenamente consciente del motivo de la anulabilidad". De manera análoga, en Derecho español, el art. 1311 del Código civil exige, para la confirmación tácita, el conocimiento de la causa de anulabilidad y previa cesación de ésta, pero la doctrina generaliza la exigencia de este requisito también para la confirmación expresa⁹⁵. Parece lógico en cualquier caso que se tenga conocimiento de la causa de nulidad en el sentido de que sabe que es impugnabile, aunque desconozca exactamente el tipo de ineficacia de que se trate. La confirmación estaría viciada, al igual que el contrato, si quien confirma "no está en condiciones de celebrar un contrato válido" o "no es plenamente consciente del motivo de la anulabilidad".

58. LA ANULABILIDAD PARCIAL

En Derecho español carece de una regulación general de la nulidad parcial. La jurisprudencia admite su existencia y la doctrina ha puesto de relieve que no es una modalidad de invalidez distinta de la nulidad o de la anulabilidad, sino que la limitación de la ineficacia a una cláusula o parte del contrato es compatible

⁹⁵ Clavería, *La confirmación*, pág. 159 y ss.

tanto con la nulidad como con la anulabilidad, puesto que la parte inválida puede ser nula o anulable⁹⁶.

El Proyecto de Pavía de Contratos, en su art. 146.3 expresamente recoge este planteamiento, al disponer que el régimen de la anulabilidad es aplicable cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, "siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto". En caso contrario, si la parte el contrato anulable no goza de esta autonomía habrá que entender, continúa el precepto, que no es posible la nulidad sólo de la cláusula o de la obligación, sino que la nulidad se propagaría a todo el contrato.

59. LA INEFICACIA CONTRACTUAL. CONSIDERACIÓN GENERAL

Como un tipo de anomalía contractual, el art. 153 del Proyecto de Pavía se ocupa de la "ineficacia", que refiere a "un contrato válidamente celebrado" y que consiste en que el contrato "no produce temporal o definitivamente los efectos jurídicos que pretendía alcanzar". En el Proyecto de Pavía se separan las categorías de nulidad y anulabilidad de la de ineficacia, prevista sólo para los contratos válidos. Pero esta distinción, tal como se concibe en el Código, puede dar lugar a cierta confusión, puesto que "la nulidad determina la ausencia desde el origen de cualquier efecto" (art. 141) y la anulación "deja sin efectos al contrato retroactivamente" (art. 147). Es decir, nulidad y anulabilidad determinan la falta de efectos desde el origen o retroactivamente desde su celebración si se declara la nulidad, porque se parte del presupuesto de que tanto el contrato nulo como el anulable son inválidos. Para el contrato "ineficaz" se parte, en cambio, de su validez inicial, si bien "por voluntad de las partes o por disposición

⁹⁶ Delgado, "Artículo 1303", pág. 405.

legal" el contrato no produce los efectos jurídicos que pretendía alcanzar.

60. INEFICACIA POR VOLUNTAD DE LAS PARTES

El art. 153.2 considera ineficaz por voluntad de las partes: "a) el contrato simulado conforme al art. 155 salvo lo aquí dispuesto; b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a término inicial o final, conforme a los artículos 49 y siguientes; c) el contrato para cuya eficacia las partes hayan acordado como necesaria la autorización de un organismo público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, hasta que se produzcan".

Se incluyen tres supuestos que, en nuestro ordenamiento, no reciben el mismo tratamiento. En Derecho español el contrato simulado, al que me refiero específicamente más adelante, es nulo. En cambio, la aposición de una condición o de un término en el contrato, al igual que en el Proyecto de Pavía, en nuestro Derecho también está relacionado con la producción de efectos. El art. 153.2 del Proyecto de Pavía se remite a lo dispuesto en los arts. 49 y ss. Título VI (*Efectos del contrato*), Sección 2. (*Efectos producidos por elementos accidentales*)⁹⁷. Finalmente, por lo que se refiere al contrato que se haga depender por las partes de una autorización de un organismo público, de la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición previa semejante, en Derecho español recibe el mismo tratamiento que el contrato bajo condición, porque condición puede ser cualquier acontecimiento incierto, incluida la voluntad de un tercero (art. 1115 del Código civil). Repárese en que el precepto del Proyecto de Pavía se refiere al caso de que sean las partes las que acuerdan que la eficacia del contrato no tenga lugar hasta que se produzca, en su caso, la autorización de un organismo público. Los supuestos en que sea la ley la que exija esa autorización serán de nulidad (art. 140.4 *if.*) o de ineficacia

⁹⁷ Vid. la traducción de S. Gaspar Lera en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 44, 2002.

por disposición legal, y a ellos se refiere el art. 153.4.b) del Proyecto de Pavía.

Para el contrato ineficaz por voluntad de las partes dispone el art. 153.3 que adquiere eficacia inmediata "si las partes de mutuo acuerdo revocan el acuerdo de simulación, o suprimen la condición, o el plazo, o las condiciones previas contenidas en la letra c) del apartado anterior". Es lógico que así sea, puesto que esa falta de eficacia era también una consecuencia de la voluntad de las partes, que tienen en su mano la facultad de otorgar en cualquier momento, y de mutuo acuerdo, plena eficacia al contrato celebrado. No aclara el artículo si la eficacia será retroactiva o sólo a partir del momento del nuevo acuerdo: la expresión literal del precepto mueve a pensar que la eficacia se produce para el futuro, pero nada impide que las partes acuerden una eficacia retroactiva al momento de celebración del contrato (como expresamente prevé el art. 49 del Proyecto de Pavía para los contratos bajo condición suspensiva).

61. INEFICACIA POR DISPOSICIÓN LEGAL

La enumeración de los supuestos de ineficacia por disposición legal va precedida de la salvedad de que resulte otra cosa conforme a lo previsto en los apartados 1, 4 y 6 del artículo 140. Puesto que esos apartados se refieren a nulidad del contrato, debe entenderse que la ineficacia por disposición legal en los supuestos que se mencionan a continuación lo será salvo que, al mismo tiempo, se esté en los supuestos del art. 140, que declara la nulidad del contrato y, entonces, tiene preferencia el régimen de la nulidad. En particular, esto puede suceder, por ejemplo, cuando el contrato contraría una norma o carece de una necesaria autorización administrativa exigida por determinada norma. La nulidad o la ineficacia resultará de lo dispuesto en cada caso en la norma en cuestión.

En particular, son ineficaces por disposición legal:

— “a) El contrato celebrado o la declaración emitida de buena fe sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos”: en Derecho español, la doctrina suele considerar que, en tales casos, lo que sucede es que tales declaraciones se consideran intrascendentes (en broma, por jactancia, como ejemplo didáctico o en una representación teatral), que no hay voluntad contractual ni, por tanto, verdadera declaración contractual⁹⁸.

Puesto que el art. 140.1.c) del Proyecto de Pavía sanciona con nulidad la falta de un elemento esencial del contrato, cabría entender que este es el caso de las declaraciones no serias, *iocandi causa*, o sin la conciencia de realizar un acto con efectos jurídicos (quien levanta la mano para rascarse durante la celebración de una subasta, o creyendo que aceptaba algo distinto a la oferta de contrato —ir a cenar, de lo que también habían hablado—). Hechas las declaraciones o el contrato de buena fe, son ineficaces. En los demás casos, nulos (art. 140.1.c). Dada la dificultad para distinguir uno y otro ámbito de ineficacia y nulidad, el Código parece inclinarse porque prevalezca la nulidad, lo que parece preferible para los intereses de quien, a su vez de buena fe, y con base en la apariencia generada, crea que el contrato se ha celebrado.

— “b) El contrato para el caso de que la ley prevea como presupuesto de eficacia, y no bajo sanción de nulidad, la emisión de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular u otro requisito semejante, hasta el momento en que tales presupuestos tengan lugar”; si la falta de eficacia es prevista por las partes y no por la ley será de aplicación lo previsto en el art. 153.3 (las partes pueden prescindir, por su sola voluntad, de la necesidad de la autorización, para que el contrato despliegue todos sus efectos); prevista por la ley la necesidad de una autorización, la sanción puede ser, conforme a la propia ley, la nulidad, y no la ineficacia, y entonces será de aplicación el régimen de nulidad del art. 140 del Proyecto de Pavía. No hay que des-

⁹⁸ Por todos, Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 402.

cartar, me parece, que la falta de otorgamiento de una autorización pueda jugar en el plano de la validez del contrato (si afecta, por ejemplo, al consentimiento de una de las partes: error, art. 151 del Proyecto de Pavía).

En Derecho español hay algunas leyes en las que expresamente se establece la consecuencia que, para las partes de un contrato, tiene la falta de una preceptiva autorización administrativa (así, la nulidad, para las convenciones prohibidas por el art. 1 de la Ley de 17 de julio de 1989 de defensa de la competencia, o la posibilidad de que una de las partes inste la resolución del contrato, art. 19 de la Ley de arrendamientos rústicos de 1980). Pero son mayoría las normas en las que, previstas las medidas punitivas que puede adoptar la Administración, no se contempla, en cambio, la relevancia civil de las autorizaciones administrativas requeridas para la celebración o la ejecución de un contrato. El enfoque tradicional de la jurisprudencia es el de declarar la irrelevancia civil de tal exigencia y la doctrina discute acerca de la posibilidad de formular una cláusula condicional suspensiva hasta verificar que se ha obtenido la autorización⁹⁹

— “c) El contrato en caso de que este Código, o leyes comunitarias o leyes de los Estados miembros de la Unión Europea, declaren que queda sin efecto, o que no produce efecto o cualquier otra expresión con un significado semejante”: es decir, cualquier otro supuesto de ineficacia prevista en una ley distinta del Proyecto de Pavía.

62. INEFICACIA TEMPORAL O DEFINITIVA

La ineficacia puede ser temporal o definitiva (art. 153.1): será temporal, por ejemplo, si en el contrato bajo condición suspensiva se cumple la condición, o si se otorga la autorización administrativa requerida en la ley; definitiva si no llega a cumplirse la condición o se deniega la autorización administrativa exigida.

⁹⁹ Vázquez de Castro, *Ilícitud contractual*, págs. 242 y ss.

Si el contrato resulta definitivamente ineficaz en virtud de las letras b) y c) del apartado 4 de este artículo "es susceptible de confirmación, de ineficacia parcial y de conversión, en los términos previstos respectivamente en los artículos 143, 144 y 145". De esta forma, el Código extiende el tratamiento propio de los contratos nulos a los contratos definitivamente ineficaces por disposición legal como consecuencia de la falta de autorización administrativa o por contravención de ley. Parece lógico que así sea porque, ineficaz definitivamente el contrato, su situación es la misma que la del contrato nulo.

63. MODO DE OPERAR DE LA INEFICACIA

Conforme al art. 153.6, "la ineficacia se produce por el mero hecho de que concurran sus presupuestos": es decir, opera de modo automático, sin que sea precisa ninguna declaración ni judicial ni extrajudicial. Tampoco se prevé la necesidad de una declaración extrajudicial, ni la imposición del intento previo de un acuerdo extrajudicial ni un plazo de prescripción.

Pero esta regla juega plenamente sólo en los casos de ineficacia por voluntad de las partes e ineficacia por disposición legal derivada de la falta de autorización de un órgano público o aprobación de un particular. Así resulta de lo dispuesto en el propio art. 153.6 que añade que, en los casos a que se refieren las letras a) y c) del apartado 4 de este artículo (es decir, supuestos de ineficacia por disposición legal siempre que la causa de ineficacia no sea la emisión de autorización de un órgano público, aprobación de un particular u otro requisito semejante), cualquier interesado que quiera hacer valer la ineficacia debe dirigir una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba conocerlo, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; igualmente puede, antes de que transcurra ese plazo, solicitar una constatación judicial de la ineficacia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que

no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172.

El mecanismo es semejante a lo previsto para la nulidad y la anulabilidad. ¿Cuál es la razón por la que los autores del Proyecto de Pavía han decidido tratar de manera diferente el modo de operar de ciertos casos de ineficacia?

Cuando se trata de ineficacia por voluntad de las partes podría entenderse que las partes en cualquier momento están facultadas para subsanar la anomalía de que se trate. Pero, si no lo hacen, ¿por qué no existe un plazo de prescripción? ¿En cualquier momento puede invocarse la ineficacia si no se ha subsanado la anomalía? La redacción del precepto lleva a una respuesta positiva. Para un caso concreto de ineficacia por voluntad de las partes, el de simulación, al que me refiero más adelante, el art. 155.3 se refiere a la posibilidad de que las partes emitan una declaración extrajudicial, pero no se establece la consecuencia de que sin ella no pueda admitirse a trámite la demanda, sino que se limita a establecer una especialidad en materia de prueba. En los casos de contratos sometidos a término o a condición las partes han podido fijar el momento a partir del cual el contrato, según los casos, producirá o dejará de producir efectos. Es a la voluntad de las partes a lo que debe atenderse en cada caso. En los supuestos de necesaria autorización administrativa será seguro que el contrato no producirá efectos a partir del momento en que se pueda tener por denegada (incluso, en su caso, por silencio administrativo): en cualquier momento, frente a una pretensión de cumplimiento puede alegarse la ineficacia del contrato. Surge la duda, sin embargo, de cuáles son las consecuencias en los casos en los que, a pesar de la ineficacia, una de las partes ha cumplido, sin que pueda entenderse que se haya querido eliminar la causa de la ineficacia, conforme al art. 153.3. ¿Cuál es el plazo de ejercicio de esa acción de resti-

tución? ¿El de tres años, fijado en el art. 153.3? ¿A partir de qué momento empieza a correr el plazo? Siendo acción de restitución, ¿a partir del cumplimiento o a partir del momento en que resulte definitiva la ineficacia?

Los casos de ineficacia por disposición legal incluyen tanto supuestos que deberían haber sido tratados como de inexistencia (art. 153.4.a) y casos de ineficacia previstos en otras leyes como casos de ineficacia en los que falta una autorización administrativa. Sólo para estos últimos se elimina la exigencia de una previa declaración extrajudicial y se prescinde del plazo de prescripción. No se ve la razón para estas distinciones que, creo, se deben a una defectuosa redacción del largo y complejo art. 153.6.

64. LA INOPONIBILIDAD COMO TIPO DE INEFICACIA. CONCEPTO Y CLASES

Aunque no existe una regulación general de la inoponibilidad, la doctrina española suele referirse a ella como una ineficacia (en sentido estricto) relativa, es decir, sólo respecto de ciertos sujetos, cuya situación jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato —válido— por otra personas. Así se explican, por ejemplo, los supuestos contemplados en el art. 1228, en el 1.230, en el 1.317 del Código civil o en el art. 32 de la Ley hipotecaria, según el cual "los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad, no perjudican a tercero"¹⁰⁰.

El art. 154 del Proyecto de Pavía contiene una enumeración no exhaustiva de contratos "inoponibles a los terceros o a algunos terceros":

¹⁰⁰ Otros posibles supuestos de inoponibilidad y, en general, una discusión del concepto en Álvarez Vigaray, R., "Introducción al estudio de la inoponibilidad", en *Homenaje Vallet de Goytisolo*, I, 1988, págs. 81 y ss. y Ragel Sánchez, F., *Protección de tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.

— a) “El contrato disimulado conforme al art. 155, salvo lo aquí dispuesto”; de este supuesto me ocupo específicamente el otro epígrafe.

— b) “Fuera de lo previsto en el artículo 140 apartado 1 letra a), el contrato celebrado contra la prohibición dirigida a proteger a sujetos determinados o sin observar los requisitos de forma o publicidad establecidos en favor de terceros”: se configura la inoponibilidad, entonces, como un tipo de ineficacia específica para la protección de los intereses de terceros, salvo que se imponga la nulidad, por tratarse de supuestos que afecten al orden público, a las buenas costumbres, al interés general o a situaciones de importancia social primaria.

En la doctrina española advierte Delgado cómo, aunque la distinción entre nulidad e inoponibilidad es, en principio, conceptualmente muy clara, se trata, sin embargo, de técnicas hasta cierto punto intercambiables cuando los intereses que se pretende proteger no son los de las partes del contrato, sino de terceros, de modo que el legislador puede optar libremente por una u otra¹⁰¹.

— c) “El contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en este caso, el acreedor puede hacer valer con efecto retroactivo la inoponibilidad mediante la emisión de una declaración de voluntad dirigida a

¹⁰¹ Delgado Echeverría, “Capítulo VI”, Edersa, XVII-2, 1995, pág. 283. Por ejemplo, dice este autor, la protección de un cónyuge, en el régimen de gananciales, frente a los actos de disposición realizados por el otro sin su consentimiento la ha encauzado el legislador mediante el instrumento de la anulabilidad cuando son a título oneroso y el de la nulidad cuando gratuito (arts. 1.322, 1.377 y 1.378 del Código civil); pero pudo muy bien hacerlo mediante la inoponibilidad del contrato al cónyuge cuyo consentimiento se pretirió, como una parte de la doctrina consideraba más adecuado, y como, por ejemplo, lo ha hecho el legislador aragonés: vid. art. 53.2 Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (“El cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte le es inoponible, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de la protección de terceros de buena fe”).

las dos partes antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años”.

En Derecho español, el contrato en fraude de acreedores es rescindible (art. 1291 del Código civil), pero la doctrina entiende que el alcance de la ineficacia es el de una ineficacia relativa, lo que significa que el contrato rescindido es ineficaz tan sólo respecto del acreedor que lo rescinde y en la medida del crédito defraudado. Para los demás acreedores y para las partes el contrato mantiene su eficacia¹⁰². En Derecho español la acción dura cuatro años, y el plazo se entiende que es de caducidad (art. 1299.1 del Código civil).

— d) “Las situaciones y relaciones de hecho subyacentes a los contratos nulos o realizadas para darles cauce”: he de confesar que no imagino a qué hipótesis se refiere esta regla; ¿si el contrato es nulo, para las partes, además es inoponible para los terceros?; parece innecesaria tal regla, si es eso lo que quiere significar; pero, en realidad, la regla tampoco se refiere a los contratos, sino que predica la inoponibilidad de “las situaciones y relaciones de hecho” que subyacen en el contrato nulo, lo que hace todavía más difícil asignarle un sentido.

— e) “El contrato o el acto para el que el presente Código, o las normas comunitarias o las de los Estados miembros de la Unión Europea que resulten aplicables, establezcan que son inoponibles a los terceros o a sujetos determinados, o cualquier otra expresión semejante”: puede haber otros supuestos de inoponibilidad frente a terceros o a determinados terceros.

65. MODO DE OPERAR DE LA INOPONIBILIDAD

Puesto que es un tipo de ineficacia, el modo de operar de la inoponibilidad conforme al art. 154. 2 es semejante al previsto

¹⁰² Por todos, Pérez Álvarez, M., “La protección del crédito”, en *Curso de Derecho civil II* (Martínez de Aguirre coordinador), Colex, Madrid, 2000, pág. 231.

para la ineficacia¹⁰³, y se plantean problemas de interpretación análogos a los que he expuesto al comentar los arts. 138.2, 140.2, 144.4 y 153.6. El plazo de prescripción es de tres años, y juega tanto para la declaración extrajudicial como para la constatación extrajudicial de la inoponibilidad: al igual que sucede en los demás supuestos, la no formulación a tiempo de la declaración extrajudicial impedirá que se admita la demanda.

66. SIMULACIÓN. EFECTOS

Siendo la simulación un supuesto tan frecuente en la práctica, como muestran los repertorios de jurisprudencia, parece criticable que no se haya introducido en el Código una regulación más sencilla y sistemática. Por un lado, la simulación es contemplada en el art. 153.2.a) como un caso de ineficacia por voluntad de las partes; luego, el art. 154 califica al contrato disimulado de inoponible frente a terceros y, finalmente, el art. 155, se ocupa del negocio simulado conjuntamente desde la perspectiva de las partes y de los terceros.

En Derecho español, la doctrina y la jurisprudencia entienden que el contrato simulado es nulo, con nulidad absoluta, por considerar que, al ser un contrato no querido, no existe consentimiento, mientras que el negocio disimulado, si lo hay, es, en principio válido, siempre que reúna los requisitos para la validez de ese tipo contractual¹⁰⁴. En Derecho español, la jurisprudencia entiende que la acción de simulación, meramente declarativa, ni

¹⁰³ "La inoponibilidad se produce por el mero hecho de que concurren sus presupuestos; pero cualquier interesado que quiera hacerla valer debe dirigir a quien deba constarle, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años, una declaración que contenga las indicaciones necesarias en este sentido; asimismo puede, dentro del mismo plazo, solicitar una constatación judicial de la inoponibilidad. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (tres) meses desde la recepción de la citada declaración. Para los casos urgentes, queda a salvo la facultad de solicitar del Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172".

¹⁰⁴ Por todos, De Castro, *El negocio jurídico*, págs. 333 y ss.

caduca ni prescribe, si bien puede ser incompatible con situaciones consolidadas por usucapión¹⁰⁵.

Las líneas esenciales de la simulación en el art. 155 del Proyecto de Pavía son las siguientes:

— Como regla general, se califica de “ineficaz” al “contrato simulado, es decir, celebrado únicamente en apariencia”, si bien se deja a salvo la posibilidad de que resulte otra cosa conforme a una norma comunitaria o a una norma en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea. Conforme al Proyecto de Pavía, si las partes han querido celebrar un contrato diferente, disimulado (simulación relativa), es este último el que produce efectos, “siempre que esté dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y siempre que la simulación no haya sido realizada en fraude de acreedores o de ley; en este caso, son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado”;

— Para que el contrato disimulado sea válido y eficaz, además de ser querido y cumplir los requisitos de ese contrato, es preciso que no haya sido realizado en fraude de ley o de acreedores;

— En el caso de que la simulación sea realizada en fraude de ley o de acreedores, el art. 155 declara que son nulos tanto el contrato simulado como el disimulado.

La ineficacia, al igual que la nulidad, significa ausencia de efectos, si bien, como ya he advertido más arriba, existe alguna diferencia de régimen jurídico. Se ha querido establecer una diferencia entre el contrato simplemente simulado y el simulado en fraude de terceros o de ley. Entre los contratos simulados que no se han realizado en fraude de ley habrían de quedar incluidas las simulaciones por razones inocentes, o al menos no ilícitas¹⁰⁶. La diferencia de régimen queda justificada porque para el contrato

¹⁰⁵ Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 408.

¹⁰⁶ A las que se refiere, por ejemplo, De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 350.

simplemente aparente, las partes pueden hacer desaparecer el acuerdo de simulación (art. 153.3 del Proyecto de Pavía), mientras que si, además, el contrato se ha realizado en fraude, el simple acuerdo no puede hacer desaparecer la anomalía.

Por lo que se refiere al contrato en fraude de acreedor, el propio Código dispone que es inoponible a ese acreedor (art. 154.c); si es simulado y en fraude, ¿es nulo para las partes por considerarse contrario a norma imperativa, conforme al art. 140?, ¿qué razón existe para calificar de nulo a este contrato y no a todo contrato simulado?, ¿se considera más grave la simulación si es en fraude de acreedores? Seguramente ésta es la razón última que han podido tener en cuenta los autores del Código, sin distinguir ya entre el negocio simulado y el disimulado.

En Derecho español, el contrato en fraude de ley, aun contemplado como manifestación especial del fraude de ley¹⁰⁷, no daría lugar siempre a la nulidad del contrato sino, en su caso, a la aplicación de la ley que se hubiera tratado de eludir: la nulidad sería, en algún caso, consecuencia de la aplicación de la ley defraudada, pero no una regla general del fraude de ley. Lo que sucede es que, en la lógica del Código, la norma defraudada será, por hipótesis, norma imperativa, y el art. 140 sanciona con nulidad al contrato contrario a cualquier norma imperativa aplicable. Desde este punto de vista, la coherencia con el art. 140 exigiría la nulidad del negocio disimulado. En los casos de fraude de ley, la nulidad del simulado impuesta por el art. 155.1 y no la mera ineficacia sería, además, un plus que impediría a las partes dotar de eficacia al contrato aparente mediante un acuerdo que revocara el acuerdo de simulación.

Puesto que se concibe a la simulación como un caso de ineficacia entre las partes (cuando no haya fraude de ley ni de acreedores), habrá que atender a lo previsto en el art. 153. El contrato simulado es ineficaz, pero las partes pueden revocar de mutuo

¹⁰⁷ De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 369 y ss.

acuerdo la simulación (art. 153.3). Las partes pueden, también, hacer valer la ineficacia, en los términos del art. 153.6. Ya me he referido antes al problema que plantea este precepto (vid. apartado IV.1.C), la ausencia de una regla sobre prescripción y de referencia a la necesidad de que se intente un arreglo extrajudicial con carácter previo al ejercicio de una acción de simulación.

Pero las partes pueden también hacer valer el contrato disimulado. Ello presupone que al mismo tiempo, o de forma previa, se ha hecho valer la simulación, la ineficacia del contrato simulado. Dispone el art. 155.3 que, las partes, para hacer valer el contrato disimulado, "después de emitir una declaración con tal fin, que contenga las indicaciones necesarias y a la que le son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36 apartado 2, no pueden utilizar entre ellas la prueba de testigos, sino únicamente la documental. Sólo se admitirá la prueba de testigos para demostrar que el contrato documentado es ilícito o en todo caso nulo".

Esto significa que, en un proceso judicial, habrá que entender, se excluye la prueba de testigos y se afirma que sólo se puede utilizar la prueba documental para probar la validez del contrato disimulado, oculto. Enlaza este tratamiento de la simulación con las *contre-lettres*, acuerdo oculto entre las partes, por el que se modifica o anula el aparentemente celebrado, y que en la jurisprudencia francesa sólo puede hacerse valer entre las partes mediante prueba escrita si el acuerdo aparente fue escrito, salvo en los casos de fraude. Mayor amplitud de prueba se admite para los casos en que se pretenda que el contrato disimulado es ilícito o en todo caso nulo (por fraude de ley o de acreedores)¹⁰⁸.

67. LA SIMULACIÓN Y LOS TERCEROS

En Derecho español, los terceros están legitimados para ejercer la acción de nulidad por simulación: los legitimarios, acree-

¹⁰⁸ Terré, F., Simler, Ph., Lequette, Y., *Droit civil. Les obligations*, 6 ed., Dalloz, Paris, 1996, págs. 426 y ss.

dores, arrendatarios de los bienes aparentemente enajenados, adquirentes o cesionarios de posiciones jurídicas derivadas de la simulación...¹⁰⁹.

Frente a esta situación, y desde una perspectiva radicalmente distinta, en el Proyecto de Pavía, en cambio, los terceros no están legitimados para que se declare la ineficacia del contrato simulado. Si el contrato es en fraude de ley o de acreedores (no se menciona a otros terceros), es nulo tanto el contrato simulado como el disimulado, pero tampoco en este caso se prevé la legitimación de terceros diferentes de las partes. El contrato disimulado es válido y eficaz, entre las partes, si se dan las circunstancias antes referidas. Pero, frente a los terceros, el contrato disimulado es inoponible (art. 154.1.a). Los terceros, conforme al art. 155. 2, "además de la facultad de alegar la excepción de inoponibilidad del contrato disimulado, pueden igualmente declarar su voluntad de hacer valer la inoponibilidad y hacerlo conforme a sus legítimos intereses; no hay límite en cuanto a la prueba que se pretenda realizar con este propósito". Se configura de este modo con gran amplitud un tipo de inoponibilidad. La inoponibilidad del contrato disimulado puede tener lugar en todos los casos, y no sólo cuando el contrato es en fraude de acreedores. Literalmente, el Código trataría de que los terceros pudieran evitar que el contrato disimulado, válido y eficaz entre las partes, produzca efectos para ellos, lo que parece lógico si se conecta este régimen con la idea de la apariencia.

Me parece que este texto puede ponerse en relación con la idea, aceptada por la jurisprudencia española, de que la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que hubiesen conseguido alguna posición jurídica confiados en la apariencia del negocio simulado: es decir, quien adquiere de buena fe su posición de quien tiene su título viciado por la simulación¹¹⁰.

¹⁰⁹ Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 408.

¹¹⁰ De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 360; Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 411.

En el Proyecto de Pavía, los terceros que quieran hacer valer la inoponibilidad pueden alegarla en primer lugar como excepción: lo que presupone que se ejercita frente a ellos una demanda. Parece razonable entender que no existe plazo para hacer valer esa inoponibilidad. También pueden declarar su voluntad de hacer valer esa inoponibilidad (art. 155.2). Parece que, entonces, la regla debe completarse con lo dispuesto en el art. 154 con carácter general para la inoponibilidad. ¿Debe jugar, entonces, el plazo de prescripción de tres años? ¿Desde qué momento? Como decía más arriba, la regulación de la simulación es compleja y poco satisfactoria.

68. RESERVA MENTAL

En Derecho español, la reserva mental, para el caso de que la declaración sea realizada voluntariamente pero con una voluntad reservada, oculta, contraria a lo declarado, suele considerarse irrelevante. El declarante queda vinculado por su declaración por respeto a la confianza suscitada en los demás. La tesis de que, como excepción, la creencia de que la reserva se conoce hace que no se quede vinculado, suele excluirse por la doctrina, que la considera incompatible con el concepto de negocio jurídico: si el declarante supiese que la otra parte conoce la falta de seriedad o de voluntad no hay reserva sino inexistencia de declaración negocial¹¹¹.

El art. 155.4 del Proyecto de Pavía, en un artículo rubricado "simulación y reserva mental", y que dedica sus tres primeros apartados a la simulación, establece que: "Si una parte emite una declaración no conforme a su voluntad y la dirige a la otra, queda obligado en los términos que el destinatario lo haya podido interpretar de buena fe, salvo que este último conozca la reserva mental; en este caso, la declaración produce para el destinatario y para los terceros los mismos efectos que un acto simulado, conforme

¹¹¹ De Castro, *El negocio jurídico*, pág. 96; Lacruz, *Elementos II-1*, 1999, pág. 402.

a los apartados anteriores". La buena fe es, por tanto, el criterio para determinar la relevancia de la reserva. Además, los autores del Proyecto de Pavía se inclinan por considerar que la reserva puede ser relevante entre las partes si es conocida por ambos y, en tal caso, es como si hubiera un acuerdo simulatorio.

CAPÍTULO XV

REMEDIOS

M^a Teresa ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: IDEAS PRELIMINARES. 1. El afán por procurar la solución extrajudicial de los conflictos. 2. La deficiente sistemática. 3. La compatibilidad entre los distintos remedios. I. RESCISIÓN POR LESIÓN: ARTÍCULO 156. A) *Panorama en el Ordenamiento jurídico español*. B) *Problemas para cuya solución se arbitra la rescisión por lesión*. C) *Inexistencia del derecho a rescindir*. D) *Pérdida del derecho a rescindir*: 1. Plazo. 2. Renuncia. II. RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 157. III. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO: ARTÍCULOS 158, 160, 161. A) *La resolución como facultad de las partes o como medida judicialmente acordada*. B) *Las facultades otorgadas al juez ante la demanda de resolución*. C) *Efectos de la resolución del contrato*: 1. La restitución: a) Forma de la restitución: *in natura* o por equivalente. b) Límites a la obligación de restituir. 2. Protección de los terceros. 3. Reparación de daños y perjuicios (Remisión). IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN CONTRATOS PROPUESTOS FUERA DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES: ARTÍCULO 159. V. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (ARTÍCULOS 162 A 169). A) *Sistema*: 1. El incumplimiento como criterio de imputación de la responsabilidad contractual. 2. Causas de exoneración. 3. El régimen de responsabilidad contractual en los contratos de servicios profesionales: artículo 162.3: a) La inversión de la carga de la prueba del incumplimiento. b) Los riesgos de desarrollo. 4. Responsabilidad por los auxiliares. 5. Pluralidad de responsables: solidaridad. B) *La relación de causalidad*. C) *El daño*. 1. Conceptos que componen el daño resarcible: el artículo 166. 2 y 3. 2. El alcance de la obligación de resarcimiento. La limitación de responsabilidad del artículo 162.4: a) Beneficiario de la limitación. b) ¿En qué consiste la limitación? 3. La certeza del daño y la necesidad de su prueba: artículo 162.7. 4. Clases de daños: a) Daño patrimonial: artículo 163.1. b) Daño moral: artículo 164.1. c) Daño indirecto. d) Daño futuro y eventual: artículo 165. 5. La cuantificación del daño: a) Daños de difícil o imposible cuantificación: artículo 168.1. b) La facultad moderadora de los Tribunales: artículo 168.2. c) El artículo 171.2: la constatación del daño y su cuantificación al margen o con fines distintos al de la reparación. 6. El artículo 167: obligación de mitigar el daño y concurrencia de culpas. D) *La reparación en*

las obligaciones pecuniarias: artículo 169. VI. LA CLÁUSULA PENAL: ART 170. A) Ámbito de libertad reconocido a las partes en orden a la configuración de la cláusula penal. B) La moderación de la pena. C) Límites a la eficacia de cláusulas penales a cargo del consumidor. VII. EL ARBITRAJE.

IDEAS PRELIMINARES

Los artículos 156 y siguientes del Código de Pavía integran la Sección 2 del Título XI referido a *Otras anomalías del contrato y sus remedios*. En la Sección 1 se regulan la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad. Ahora bien, en contra de lo que podría deducirse de la ordenación sistemática, en la Sección segunda no se norman exclusivamente los remedios para las patologías contempladas en la primera sección del Título, sino que se regulan también remedios para otras *dolencias* del contrato, como el que se arbitra para el caso de que se produzca una lesión en el patrimonio de una de las partes del contrato (rescisión por lesión), o las posibilidades de solución cuando se produce una alteración sobrevenida de las circunstancias en que se celebró el contrato (renegociación del contrato), o el derecho de desistimiento de los consumidores en contratos cuya celebración se propone fuera de los establecimientos mercantiles.

Deben destacarse, por su importancia: la resolución del contrato y las consecuencias que acarrea en el caso de incumplimiento de obligaciones derivadas de relaciones sinalagmáticas, y, además, la regulación de la responsabilidad contractual. Además, se contemplan también en esta Sección 2 del Capítulo XV, la cláusula penal y otros extremos como el arbitraje, e incluso normas de claro carácter procedimental como la del artículo 172.

1. EL AFÁN POR PROCURAR LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS

Uno de los aspectos que hay que valorar positivamente de la regulación que se contiene en estos preceptos es el afán por

evitar que las partes acudan a los órganos jurisdiccionales para resolver sus controversias, facilitándose e incluso imponiéndose en muchos casos la exploración de la posibilidad de una solución extrajudicial del conflicto.

En este sentido, es destacable cómo en el artículo 156 —rescisión por lesión—, en el artículo 157 —alteración de las circunstancias—, en el artículo 158 —resolución judicial del contrato—, o en el artículo 160 —la restitución— se obliga a las partes a intentar resolver el litigio sin acudir a los Tribunales. Para ello se les insta a enviar una declaración a la contraparte comunicándole su intención de emplear el remedio de que se trate. Sólo transcurridos 3/6 meses desde que la contraparte ha recibido la comunicación puede actuarse ante los órganos de justicia.

Seguramente a esta voluntad por intentar evitar que los conflictos se planteen judicialmente responde el que se haya regulado en el último artículo el arbitraje. También esta razón justifica la inclusión de una norma como la del artículo 172, que presenta un carácter más procesal que sustantivo, y que subviene a la necesidad de adoptar medidas urgentes para cuando se abre la posibilidad de resolución extrajudicial del conflicto y estén amenazados o comprometidos los intereses de alguna de las partes.

2. LA DEFICIENTE SISTEMÁTICA

Una de las críticas negativas que cabe hacer a la regulación que se realiza en los últimos preceptos del Código de Pavía es la deficiente sistemática del conjunto de remedios y de instituciones que se regulan en esta Sección 2 del Título XI del Código, resultando muy difícil una estructuración de los mismos, ya que no creo que conformen propiamente un conjunto¹. Es más, existen

¹ Sobre otros sistemas de remedios puede verse VAQUER ALOY, A., "Incumplimiento del contrato y remedios", en *Derecho Privado Europeo*, de VVAA coord. por CÁMARA LAPUENTE, Sergio, edit. Colex, 2003, páginas 539 y siguientes, donde se hace un análisis comparado de sistemas de remedios que se establecen en los Principios de Derecho Euro-

normas, como las referidas al arbitraje o a las medidas cautelares del artículo 172, que no parecen encajar en el Código.

Tampoco ayudan a la correcta sistemática las numerosas remisiones internas a otros preceptos del Código, así por ejemplo, para saber cuándo procede la rescisión por lesión regulada en el artículo 156 hemos de acudir al artículo 30. Pero acaso la crítica de más enjundia a la sistemática que hay que hacer a esta parte del Código de Pavía es la referida a los remedios previstos para el incumplimiento. Por un lado, las consecuencias del incumplimiento debían haberse regulado conjuntamente, y, sin embargo, en esta Sección se regulan —artículos 162 y ss.— el resarcimiento de daños y perjuicios —es decir, el régimen de responsabilidad contractual— y, la resolución de los contratos por vía judicial, mientras que la acción de cumplimiento se regula en la Sección 3 del Título VIII, referido —todo él— al incumplimiento del contrato. Por otro lado, la resolución del contrato se regula en dos lugares: en sede de incumplimiento se regula el ejercicio extrajudicial de la resolución, mientras la ejercitada a través de los órganos jurisdiccionales se regula en los artículos 158 y ss.

3. COMPATIBILIDAD DE LOS REMEDIOS

El artículo 171.3 establece la compatibilidad entre los diferentes remedios, de modo que la utilización de uno de ellos no impide que se pueda ejercitar otro. El límite se encuentra en el enriquecimiento injusto. La finalidad que se persigue con la compatibilidad entre los distintos remedios viene a ser que la reparación cumpla efectivamente la función que le es propia y que viene definida en el artículo 169.

Dicho esto, vayamos al análisis de los distintos remedios contemplados en la Sección 2 del Título XI del Código de Pavía

peo de Contratos (PECL), en los Principios UNIDROIT, y en el Código Europeo de Contratos de Pavía.

—artículos 156 a 173—, al que procedemos siguiendo el orden de su regulación.

I. LA RESCISIÓN POR LESIÓN: ARTÍCULO 156

A) PANORAMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Debido a la filosofía liberal que inspira el Código civil español no es que éste no contemple la rescisión de los contratos en base a la lesión patrimonial sufrida por una de las partes, si no que expresamente niega tal posibilidad con carácter general en el artículo 1293, admitiéndola sólo en casos muy específicos². Concretamente, en lo atinente a las relaciones contractuales, el artículo 1291, en sus párrafos primero y segundo, reconoce la posibilidad de rescindir por lesión los contratos celebrados por el tutor en representación de su pupilo que no precisan de autorización judicial y los convenidos por el representante del ausente que no cuenten con autorización judicial —artículo 1296—, siempre y cuando la lesión, en ambos casos, sea de más de la cuarta parte³.

Dicha regulación se completa, en lo referente a los contratos de préstamo, con lo dispuesto por la Ley de 23 de julio de 1908 —Ley Azcárate— sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. Dicha regulación quedaría a salvo, tal y como se establece en el primer inciso del artículo 156 del Código Europeo de Contratos.

² En el ámbito sucesorio, la rescisión tiene relevancia en orden a la partición, así el artículo 1074 del Código civil español reconoce la posibilidad de rescindir por lesión la partición hereditaria siempre y cuando la lesión sea de más de la cuarta parte y no haya sido efectuada por el causante —art 1075—. También el artículo 857 del Código civil francés, recoge la posibilidad de rescindir por lesión en caso de que la partición hereditaria lesione a uno de los coherederos en más de la cuarta parte; pero cuando la partición es hecha por el causante que es ascendiente no puede rescindirse por lesión —art 1075-1.

³ Por su parte, el Código civil francés, tampoco contempla la rescisión por lesión con alcance general, sino sólo en los casos expresamente previstos en el Código civil —art 1313—. Sí lo reconoce cuando el que contrata es un menor de edad no emancipado —art 1305— con ciertos límites —arts 1305 y ss—. No opera expresamente en el contrato de permuta —art 1706—.

En lo que respecta a los Derechos forales, los artículos 321 a 325 de la Compilación catalana contemplan la posibilidad de rescindir por lesión los contratos onerosos relativos a bienes inmuebles. Además, el Fuero Nuevo de Navarra —leyes 499 a 507— sí contempla y regula la institución de la rescisión por lesión dándole un alcance general y no limitándolo a ciertos supuestos⁴.

B) PROBLEMAS PARA CUYA SOLUCIÓN SE ARBITRA LA RESCISIÓN POR LESIÓN

El artículo 156, contempla la institución de la rescisión por lesión como remedio al problema formulado en el supuesto de hecho del artículo 30.3, en el que se establece como rescindible, cualquier contrato *en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica y moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer y realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que, a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero.*

No quiero ahondar en la precisión de este supuesto de hecho, remitiéndome al análisis que del mismo se habrá hecho convenientemente en la parte correspondiente, pero me parece impor-

⁴ En los Ordenamientos forales también se contempla la posibilidad de rescindir por lesión la partición hereditaria —ley 336 del Fuero Nuevo de Navarra y artículo 59 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre—. En Derecho aragonés, ni tan siquiera se contempla esta institución en relación a la partición, lo que es coherente con el principio *standum est chartarum* que lo inspira en mayor medida que el resto de Ordenamientos jurídicos civiles españoles.

Sobre la rescisión por lesión en Derecho navarro, puede consultarse: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "La rescisión por lesión en Derecho navarro", en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 3, enero-junio 1987, páginas 13 y ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "La rescisión por lesión en Derecho navarro", en *Revista de Derecho Privado*, 1994, páginas 507 y ss. Más recientemente vid. SABATER BAYLE, Elsa, "Comentarios a las leyes 499 y ss", en *Comentarios al Fuero Nuevo*, dir. por RUBIO TORRANO, Enrique, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, páginas 1690 y ss.

tante precisar en este lugar que para que se dé el supuesto de hecho de la rescisión por lesión, es necesario que concurren un presupuesto subjetivo y otro objetivo. *Subjetivamente*, es preciso, que se dé un abuso por parte de una de las partes del contrato que se aprovecha de una situación de peligro o necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, o de la subordinación económica o moral de la otra parte. Además, *objetivamente*, es necesario que ese abuso provoque una manifiesta desproporción entre las obligaciones que, para una y otra parte, se derivan de la relación contractual. Lo curioso es que, no se cuantifica la lesión que permite rescindir el contrato, diciéndose únicamente *manifiestamente desproporcionadas*. En mi opinión, el uso de esta expresión permite afirmar que un mínimo desequilibrio no debe considerarse lesión a estos efectos, pero puede ser complicado en determinados casos precisar cuándo hay desproporción manifiesta y cuándo no. Por su parte, el Código civil español, en todos los supuestos en los que admite la posibilidad de rescindir por lesión, coincide en señalar que la lesión ha de ser *de más de la cuarta parte*. En Navarra, se discrimina entre lesión enorme (*más de la mitad del valor* de la prestación) y enormísima (si el perjuicio excede *dos tercios del valor* de la prestación), con consecuencias en el plazo de ejercicio de la acción rescisoria. Por su parte, el artículo 321 de la Compilación catalana fija la lesión que permite rescindir el contrato en más de la mitad del precio justo.

C) INEXISTENCIA DEL DERECHO A RESCINDIR

Coinciden el Derecho navarro —ley 503— y el catalán —artículo 321—, con lo dispuesto en el artículo 156 del Código europeo de los contratos en el sentido de negar la posibilidad de ejercitar la acción de rescisión por lesión en los casos de contratos aleatorios. Evidentemente, en este tipo de contratos la determinación de la parte en contra de la cual se va a producir el desequilibrio entre las prestaciones depende de un acontecimiento incierto que las dos partes consideran al pactar, de modo que es

de sentido común que, en este tipo de contratos, no quepa rescindir por lesión, pues sería contrario a su propia esencia.

El artículo 156 considera que no hay derecho a rescindir por lesión cuando ésta ha sido voluntariamente aceptada por la parte lesionada debido al especial afecto que siente hacia el objeto del contrato. Esta previsión no aparece contemplada ni en Derecho navarro, ni en el catalán. Y, además, es difícilmente encajable en el Código civil español, en la medida en que este cuerpo legal no da relevancia jurídica a los motivos que llevan a las partes a contratar, salvo en los casos de causa ilícita —artículo 1275— o cuando las partes los elevan a la categoría de condición del consentimiento contractual. Acaso un especial afecto hacia el objeto del contrato de una de las partes no debería legitimar el desequilibrio entre las prestaciones. Podría admitirse la presencia de un mínimo desequilibrio entre las prestaciones debido a ese especial afecto hacia el objeto por parte de un sujeto, lo cual podría justificar, en su caso, la elección del mismo como adquirente del bien o servicio frente a otros sujetos que pudieran estar interesados. Pero, hay que darse cuenta de que este precepto priva del derecho a rescindir incluso en aquellos casos en los que la lesión sea importante, de modo que ese especial afecto puede ser utilizado precisamente para desequilibrar las prestaciones abusivamente en la medida en que no cabe, en tal caso, rescindir por lesión. Este problema se hubiera evitado si se hubiera procedido a cuantificar desde el punto de vista objetivo la lesión, precisando concretamente cuándo el desequilibrio permite rescindir y cuándo no.

También es sensato impedir la rescisión cuando pueda deducirse que las partes han querido concluir un *contrato mixto*, a título oneroso y lucrativo. En tal caso no puede pretenderse que el contrato fue oneroso y que hay lesión; por lo tanto, no puede reconocerse el derecho a rescindir por lesión. Así mismo lo establecen, el artículo 321 de la Compilación catalana y la ley 503 del Fuero Nuevo navarro.

D) PÉRDIDA DEL DERECHO A RESCINDIR

1. Plazo

Conforme establece el artículo 156 del Código europeo, en el plazo de tres años desde la conclusión del contrato este derecho no se puede ejercitar⁵. En principio este plazo no dista mucho del de cuatro años que establecen las normas del Ordenamiento jurídico español que regulan la rescisión por lesión: por un lado, el artículo 1299 del Código civil español referido a la rescisión en general, y, por otro, el artículo 322 de la Compilación catalana. Por su parte, el plazo de cuatro años del Código de Pavía sí dista de los que establece el Derecho navarro: la ley 504 de la Compilación navarra (remitiéndose a la ley 33), establece dos plazos, en función de que la lesión sea enorme, en cuyo caso es de 10 años, o enormísima, para la que se establece un plazo de 30 años.

2. Renuncia

Los Derechos forales españoles a que venimos haciendo referencia contemplan la posibilidad de renunciar a estos derechos. En Navarra puede renunciarse con posterioridad a la celebración del contrato o en el mismo momento de su celebración, siempre y cuando revista las mismas formalidades usadas para el contrato y siempre y cuando la renuncia no sea hecha por apremiante necesidad o inexperiencia —cfr. ley 505—. En Cataluña —artículo 322— sólo cabe renunciar después del contrato, salvo en Tortosa y su antiguo territorio en el que podrá ser simultánea al contrato.

Por su parte, el artículo 156 establece que hay que entender que se ha renunciado cuando, interpelado el lesionado —o su representante legal, si se trata de un incapaz—, por su contra-

⁵ Vid. POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, «Remedios ante situaciones contractuales anómalas» en *Código Europeo de Contratos*, Vol. II, de VV.AA., Burgos, 2003, página 591.

parte o cualquier interesado para que se pronuncie sobre si va a pedir la rescisión, aquél deja transcurrir 60 días sin contestar a dicho requerimiento.

Aunque sólo se contemple en el Código de Pavia esta posibilidad de renunciar, podría plantearse si cabe otro tipo de renunciaciones. Sin embargo, entiendo que en la medida en que este mecanismo se arbitra para proteger a la parte débil de una relación que se ve —si tomamos en consideración el supuesto de hecho del art 30.3— en cierta forma abocada a aceptar un desequilibrio entre las prestaciones, podría resultar complicado reconocer otras formas de renuncia, ya que, en otros ámbitos en los que el Ordenamiento ha querido proteger especialmente a una de las partes de la relación, por considerarla en situación de inferioridad —como, por ejemplo, en materia de protección de consumidores—, no se suele permitir a la parte especialmente protegida renunciar a los derechos que establece la ley en su favor. A esta idea acaso responda la previsión contenida en el párrafo sexto del precepto que impide la confirmación del contrato rescindible, porque, en realidad, la renuncia de la acción de rescisión por lesión implica su confirmación.

II. RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO EN CASO DE ALTERACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 157

El artículo 157 contempla el remedio previsto para el caso de que se produzcan sucesos extraordinarios e imprevisibles que provoquen un desequilibrio entre las prestaciones del contrato debido a la excesiva onerosidad de una de ellas. Se ha entendido generalmente que determinadas alteraciones de las circunstancias no pueden dejar indemne al contrato y, en consecuencia, ante el cambio de la situación, no parece sensato obligar al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa a cumplirla como si nada hubiera cambiado, ni tampoco parece adecuado que el acreedor insatisfecho beneficiado por el desequilibrio generado entre las

prestaciones, pueda exigir el cumplimiento de la obligación tal y como se previó en un principio. De modo que se considera que dicha alteración debe tener alguna incidencia en la eficacia del contrato. Para justificar dicha influencia se recurre a expedientes como el de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme al cual se entiende que las partes han contratado tomando en consideración las circunstancias subyacentes al momento de perfección del contrato u otras que las partes hayan podido prever, de modo que sólo el mantenimiento de esas circunstancias permitiría la vigencia del contrato. Otras corrientes objetivistas asimilan la excesiva onerosidad provocada por una alteración sobrevenida de las circunstancias a la imposibilidad sobrevenida, justificando así la incidencia de la misma en el contrato.

En base a estos razonamientos, algunos Ordenamientos —los más recientes— han propuesto diferentes soluciones de Derecho positivo al problema. En los sistemas en los que no hay normas de Derecho positivo, como ocurre en el caso español, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido proporcionando las soluciones pertinentes.

Las soluciones propuestas, tanto desde los textos de Derecho positivo existentes en Derecho comparado, como por la doctrina o la jurisprudencia patria —que no dispone de solución normativa—, suelen tomar como punto de partida el principio *pacta sunt servanda*, de modo que se tiende a procurar la *modificación* del contenido del contrato y su ajuste a la nueva situación mediante un reequilibrio de las prestaciones. En esta línea se sitúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la renombrada sentencia de 13 junio de 1944, relativa a un contrato de compraventa de aceite que se celebró antes de la Guerra Civil y cuyo cumplimiento se exigió después de la misma. Entre los textos de Derecho positivo que se encuentran en esta corriente se pueden citar el artículo 437 del Código civil portugués que permite al Juez la adaptación del contrato a la nueva situación, o el artículo 6.258 del Código civil holandés; también el artículo 6.111 de los Princi-

prios del Derecho Europeo de Contratos obliga a las partes a renegociar el contrato en orden a intentar su modificación.

Por su parte, el Código de Pavía, parece tener en consideración dicho principio y otorga al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa la facultad de solicitar a la otra parte la renegociación del contrato, ahora bien, siempre que lo haga antes del vencimiento de la obligación o antes del requerimiento de cumplimiento por parte del acreedor. El ejercicio de dicha facultad viene regulado precisamente en el artículo 157.

Sin embargo, la renegociación del contrato puede no ser viable, y en esos casos, se procuran soluciones alternativas que pasan por poner fin a la relación de algún modo, normalmente, permitiendo la resolución del contrato⁶. Así, la doctrina patria suele considerar que la resolución es una de las formas de solucionar la cuestión. La forma de articular la posibilidad de resolver el contrato varía de un Ordenamiento a otro.

El Código de Pavía, no reconoce expresamente a ninguna de las partes la facultad de resolver el contrato. Así, en el artículo 157 únicamente se otorga al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa la facultad de solicitar la renegociación del contrato —antes de que se le requiera de cumplimiento o antes de que venza la obligación—, pero no la posibilidad de pedir la resolución. Incido en que la legitimación activa para solicitar la renegociación del contrato únicamente la tiene el deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa, y no el acreedor al que beneficia el desequilibrio generado entre las prestaciones⁷; aunque éste puede interpelar a su contraparte para inquirirle acerca

⁶ Aunque, es preciso dejar sentado que hay Ordenamientos, como el italiano, en el que las cosas se disponen a la inversa: ante la alteración de las circunstancias, se proporciona al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa la facultad de solicitar la resolución, y la renegociación sólo es una facultad del acreedor ante la solicitud de resolución —cfr. artículo 1467 del Código civil italiano—.

⁷ En el párrafo segundo del artículo 6.111 los Principios de Derecho Europeo de Contratos la facultad se otorga a los dos sujetos de la relación a los que se obliga a renegociar.

de si va a ejercitar la facultad de renegociación, y, en caso de que dicho requerimiento no se conteste en el plazo de 60 días, se entiende que el sujeto legitimado renuncia a dicha facultad.

En cuanto al acreedor insatisfecho beneficiado por el desequilibrio, el tenor literal del artículo 97 parece impedirle el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 114, al menos cuando se trata de retraso o cumplimiento parcial, ya que dice que *No hay incumplimiento, aunque el deudor cumpla con retraso la prestación debida o sólo haya sido cumplida parcialmente...* La redacción dada a este precepto plantea la duda de si el acreedor insatisfecho puede resolver el contrato cuando la alteración sobrevenida de las circunstancias provoca un incumplimiento total o grave. Teniendo en cuenta que la doctrina española contempla la resolución como salida adecuada a este tipo de conflictos, no sería de extrañar que se permitiera al acreedor insatisfecho por incumplimiento grave o total debido a la alteración sobrevenida de las circunstancias el ejercicio de la acción resolutoria (aunque acaso esto supusiera reconocer la plena eficacia de la relación pese a la alteración de las circunstancias). De la regulación del Código de Pavía no podemos deducir si puede pedir o no la resolución del contrato el acreedor insatisfecho debido a un incumplimiento total o grave ocasionado por la alteración sobrevenida de las circunstancias.

En cuanto al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa, el Código civil italiano en el artículo 1467 le otorga la posibilidad de pedir la resolución. Por su parte, el artículo 97.1 del Código de Pavía, únicamente lo legitima para solicitar una renegociación el contrato.

La facultad resolutoria sólo se otorga explícitamente al Juez ante el que se plantee una renegociación del contrato —si la vía de solución extrajudicial del conflicto no da resultado—. Los Tribunales pueden acordar dicha resolución (total o parcial) con las restituciones correspondientes y la indemnización de daños y perjuicios si ello se hubiere solicitado.

En esto el Código de Pavía coincide con la solución que a este problema proporcionan los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, ya que conforme al artículo 6.111, parece que las partes sólo tienen la facultad de renegociar, pero se atribuye a los Tribunales la facultad de resolver el contrato.

Desde un punto de vista general, entiendo que la delimitación del supuesto de hecho que otorga al deudor cuya prestación deviene excesivamente onerosa la facultad de pedir la renegociación del contrato debería ser más rigurosa, ya que la posibilidad de que la alteración de las circunstancias incida en la eficacia del contrato debe ser muy restrictiva en la medida en que supone una excepción al principio de obligatoriedad del contrato. Así, se suele limitar este remedio a los contratos de tracto sucesivo, o cuya ejecución es diferida en el tiempo. Tampoco establece nada el Código de Pavía en orden a las características de la alteración de las circunstancias que debe acontecer, mientras que la doctrina y la jurisprudencia españolas exigen que esa alteración de las circunstancias sea, desde luego posterior al momento de perfección del contrato, y, además, tiene que ser objetiva⁸. Esta imprecisión del supuesto de hecho acaso pueda determinar una aplicación de este remedio a casos para los que pueda no ser adecuado.

III. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO: ARTÍCULOS 158, 160, 161

A) LA RESOLUCIÓN COMO FACULTAD DE LAS PARTES O COMO MEDIDA JUDICIALMENTE ACORDADA

En Derecho comparado existen dos sistemas de regulación del ejercicio del derecho a resolver el contrato: frente a los sistemas en que la resolución se efectúa mediante una declaración de voluntad de los interesados —*Common law*, § 349 del BGB, o el

⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páginas 253 y ss.

art 436. 1 del Código portugués—, el artículo 1184.3 del Código civil francés⁹, exige una declaración de los órganos jurisdiccionales para la resolución del contrato. En cuanto al Derecho español, el artículo 1124.3 del Código civil parece contemplar que la resolución sólo puede ejercitarse judicialmente, sin embargo, la doctrina conviene unánimemente en que cabe la resolución extrajudicial mediante una declaración de voluntad¹⁰. El Tribunal Supremo también contempla la posibilidad de resolver el contrato extrajudicialmente (vid. STS de 17 de febrero de 1996).

El Código de Pavía, a diferencia de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que contemplan únicamente el ejercicio extrajudicial de la resolución mediante una declaración de voluntad¹¹, no se ha decantado por ninguno de los dos sistemas, acogiendo las dos posibilidades de ejercicio de la resolución, ya sea extrajudicialmente mediante declaración de voluntad, ya sea a través de los órganos jurisdiccionales. Solución ésta que tam-

⁹ No obstante en Francia también se contemplan supuestos de ejercicio extrajudicial de la resolución mediante una mera declaración de voluntad. Así por ejemplo en supuestos de contratos de duración indeterminada se otorga a la partes la posibilidad de resolver el contrato —con plazo de preaviso y con el límite del abuso de derecho—. El artículo 2003 relativo al mandato y el 1944 relativo al depósito permiten a una de las partes resolver el contrato unilateralmente. También cabe la resolución sin intervención judicial en los casos en los que el contrato permite —expresa o tácitamente— a una de las partes desistir o en los casos en los que se establece una cláusula resolutoria. Vid. en este sentido MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, *Cours de Droit civil. Les obligations*, Edit. Cujas, Paris, 1990, páginas 405 y ss. En este mismo sentido vid. TERRÉ, François, SEMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves, *Droit civil, Les obligations*, edit. Dalloz, Paris, 1996, páginas 523 y ss.

¹⁰ Vid. DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil*, edit. Civitas, Madrid, 1993, página 722; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, volumen 1º, edit. Dykinson, Madrid, 2003, página 198; DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, edit. Colex, Madrid, 2000, página 211.

¹¹ El artículo 9:303 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, dice que *El derecho de la parte a resolver el contrato se ejerce mediante notificación a la otra parte*. Vid. traducción de estos Principios por DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES, Antonio M., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002. Vid. también el comentario que sobre la facultad de resolver el contrato se encuentra en la página 363 de dicha obra.

bién se da en Derecho comparado. Concretamente, el artículo 6.267 del Código civil holandés permite que quien ejercita la resolución opte por una u otra vía; asimismo, el Código civil italiano, pese a que, en principio, se incardina en el grupo de los que otorgan a la resolución un carácter judicial —artículo 1453—, permite la resolución automática, cuando, concurriendo mora, el acreedor fija al deudor un plazo para cumplir.

En los artículos 114 y siguientes del Código de Pavía se regula el ejercicio extrajudicial de la resolución, mientras que la posibilidad de que la resolución se pueda ejercitar a través de la interposición de una acción ante los órganos jurisdiccionales, se regula en los artículos 158 y siguientes. El análisis que aquí se hace se refiere únicamente a los mencionados en segundo lugar, es decir, a las especialidades que presenta el ejercicio de la acción de resolución ante los órganos judiciales, de modo que nos remitimos al tratamiento efectuado en esta misma obra de los artículos 114 y ss para las cuestiones que plantean ambos mecanismos —el judicial y el extrajudicial— como, por ejemplo y entre otras, el problema de la determinación del tipo de incumplimiento que origina el derecho a resolver el contrato.

Ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, es interesante e ilustrativo para la comprensión de estos preceptos, tener en cuenta las razones que llevan a los autores del Código de Pavía a contemplar la posibilidad de ejercicio judicial de la resolución¹². Por un lado, pesó el que el Ordenamiento jurídico francés otorgara a la resolución un carácter típicamente judicial, pero, además, la gravedad del remedio que implica la resolución fue sopesada a la hora de tomar la decisión de regular la vía judicial. Por último, la posibilidad que la regulación de este mecanismo brindaba para introducir una medida como la recogida en el párrafo tercero —que examinados seguidamente— y que consiste en dar amplí-

¹² Vid. *Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, 1, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2001, página 556 y 557.

simas facultades al juez en orden a la solución del conflicto fue crucial en orden a decidir la inclusión de este remedio en el Código.

B) LAS FACULTADES OTORGADAS AL JUEZ ANTE LA DEMANDA DE RESOLUCIÓN

El párrafo tercero del artículo 158 del Código de Pavia otorga al juez amplísimas facultades en orden a la resolución del conflicto planteado por la demanda de resolución de un contrato y, como acabo de exponer, fue precisamente la voluntad de reconocer tan amplias facultades al juez una de las razones por las que se ha regulado la resolución judicial del contrato. Se tuvieron muy en cuenta, a estos efectos, las propuestas del profesor Carbonnier a la vista de la orientación jurisprudencial francesa sobre el artículo 1184.3 del Código civil francés en relación con el 1244-1.

Este párrafo tercero establece que, ante la demanda de resolución del contrato, el juez tiene las facultades de apreciación y decisión previstas en los artículos 92 y siguientes. Los artículos a los que se remite este precepto regulan el incumplimiento de diferentes clases de obligaciones como las de dar cosa determinada (art 92), las de dar cosas genéricas (art 93), las de hacer (art 94) y las de no hacer (art 95). En estos preceptos se establece cuándo hay que entender incumplidas dichas obligaciones, contemplándose la posibilidad de que el juez dé al deudor incumplidor alternativas de cumplimiento de manera que no quepa hablar de incumplimiento.

Entiendo que las medidas que contempla el artículo 158.3 las puede adoptar el juez al margen de que las soliciten o no las partes, lo que contrasta, en cierta forma, con el principio de justicia rogada que impera en las relaciones de Derecho privado, conforme al cual parece que las soluciones de los Tribunales deben venir determinadas por las demandas de los particulares.

Veamos en qué consisten las medidas a que venimos haciendo referencia.

El juez (apartado a) puede estimar la demanda de resolución con las consecuencias que se derivan de la misma y a las que luego haremos referencia: la restitución, regulada en el artículo 160, y la indemnización de daños y perjuicios conforme a lo dispuesto en los artículos 162 y ss.

Además el juez puede desestimar la demanda de resolución (apartado b) porque no concurren los requisitos necesarios para ello conforme a lo estatuido en los artículos 89 y siguientes del Código.

El juez también (apartado d) puede resolver parcialmente el contrato. Esta solución supondría una matización al principio de que al acreedor no se le puede obligar a recibir un pago parcial, ya que en este caso evidentemente se vería obligado a aceptarlo.

Otra opción de los órganos jurisdiccionales (apartado d) consiste en resolver el contrato pero eximir al deudor de la obligación de reparar los daños. Medida que podría estar en consonancia con la facultad moderadora del juez en materia de reparación de daños contractuales contemplada en el artículo 168.2, aunque entiendo que, en el ámbito de la resolución del contrato, la facultad de eximir de la obligación de reparar los daños estaría en tal caso limitada por lo dispuesto en el artículo 168.2.

Otra posibilidad es la de obligar al deudor a indemnizar los daños derivados del incumplimiento sin declarar resuelto el contrato (apartado d), siempre y cuando la resolución no interese al acreedor.

El apartado c) otorga al juez la facultad de permitir una última posibilidad de cumplimiento antes de proceder a la resolución del contrato solicitada por el acreedor, en orden a lo cual se establece un amplio abanico de medidas que huelga reproducir aquí. En todos los supuestos se deja a salvo la imposición de la condena a la reparación de los daños y perjuicios causados. De manera que el juez puede declarar resuelto el contrato si los beneficios

otorgados al deudor, en uso de dichas facultades, no son convenientemente utilizados por el deudor.

C) EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La resolución de los contratos tiene como efecto fundamental el que las partes se liberan de las obligaciones que les impone el contrato, lo que origina, sin embargo, el nacimiento de las obligaciones de restitución. Además la resolución del contrato dará lugar a la correspondiente reparación de los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar. Por último, han de tenerse en cuenta los efectos que, para los terceros, puedan derivarse de la resolución.

En la medida en que el Código de Pavía regula las dos vías por las que puede ser ejercitada la resolución —la judicial y la extrajudicial—, norma por duplicado también los posibles efectos. Así, los arts 115, 116 y 117 regulan dichos efectos cuando se trata de resolución extrajudicial, mientras los arts 160, 161 y 162, se refieren a los mismos cuando intervienen los órganos jurisdiccionales y son los que analizamos ahora.

En principio, el hecho de que la resolución del contrato tenga como efecto —entre otros— la restitución de las prestaciones, es indicativo de que el efecto liberador de las obligaciones derivadas del contrato se produce desde el principio, es decir, la resolución tiene efectos retroactivos. Me parece interesante resaltar que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no atribuyen, sin embargo, un efecto retroactivo a la resolución¹³, y no sólo eso, sino que se considera muy inadecuado tratar un con-

¹³ Artículo 9:305 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos (vid Traducción española de los mismos por DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES Antonio M. en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002):

“La resolución del contrato libera a ambas partes de sus obligaciones de efectuar y recibir incumplimientos futuros, pero, de conformidad con los arts. 9:306 a 9:308, no afecta a los derechos y obligaciones que ya habían nacido en el momento de la resolución”.

trato resuelto como si nunca hubiera existido. En dichos Principios la retroactividad de la resolución sólo se contempla excepcionalmente para los casos en que procede alguna restitución de prestaciones ya efectuadas¹⁴.

1. La restitución

La restitución que contempla el artículo 160 del Código de Pavía no lo es sólo como efecto de la resolución del contrato, sino que también se regula en cuanto consecuencia de la inexistencia del contrato, de su nulidad, o anulación, de su ineficacia o de su rescisión.

En el párrafo primero, se regula la posibilidad de que, existiendo una obligación recíproca a la restitución, alguna de ellas se oponga a su ejecución mediante la excepción de que la otra parte no ha restituido ni ha hecho nada en tal dirección. Tal previsión es conforme a la *exceptio inadimpleti contractus*, regulada en el artículo 108 del Código de Pavía. Y entiendo que la interposición de dicha excepción para cumplir la obligación de restitución debe revestir los mismos requisitos de buena fe que para el caso de que se interponga para justificar la no ejecución de la prestación derivada del contrato regulada en el artículo 108.

a) Forma de la restitución: "in natura" o por equivalente

La forma en que debe hacerse la restitución es elegida por quien la reclama judicialmente (párrafo 4), que tiene esa facultad de elección siempre y cuando sea posible, o la exigencia de la restitución en forma específica no sea contraria a la buena fe¹⁵. Si

¹⁴ Con relación a estas excepciones que contemplan los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Vid. los comentarios en DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES Antonio M. en *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002, páginas 366 y ss.

¹⁵ En este sentido el § 470 del *Contract Code*, otorga al que resuelve el contrato por incumplimiento de la otra parte a solicitar la restitución en forma específica o a reclamar

quien reclama la restitución no ha optado entre una u otra forma, dice el párrafo tercero, que, en principio, debe efectuarse en forma específica, salvo que sea materialmente imposible o excesivamente gravoso para quien debe restituir, o bien cuando no es beneficioso para la parte que tiene derecho a la restitución a la vista del estado de las cosas que deben restituirse. No obstante en relación a este segundo extremo, ha de tenerse en cuenta que el párrafo quinto dispone que, cuando lo que debe restituirse es una cosa, debe entregarse, además de la cosa, una cantidad de dinero que cubra la depreciación del bien, y el uso que la otra parte ha hecho del mismo. Con lo que en cualquier caso si quien tiene derecho a la restitución la exige en forma específica y el bien está muy devaluado se le compensará por ello. De modo que no tiene sentido que no le interese la devolución del bien a la vista de su estado, ya que, de ser así, no hubiera solicitado la restitución en forma específica.

Cuando no sea posible la restitución *in natura* y, en los casos en que, solicitándolo el deudor, sea viable, la restitución se realizará por equivalente, es decir, entregando una suma de dinero cuya cuantía —de no haber acuerdo— fijará el juez como deuda de valor, procediéndose a la compensación a que hubiera lugar si las dos partes tienen sendas obligaciones de restitución.

Cuando la restitución es de una suma de dinero, se tratará del cumplimiento de una obligación dineraria, por lo que habrá de tenerse en cuenta el cálculo de los intereses y la actualización de la cantidad conforme a lo dispuesto en el artículo 169. Ahora bien, los intereses y la actualización se aplican desde una fecha u otra en función de la buena o mala fe de quien debe efectuar la restitución. Si quien debe restituir está de mala fe, se aplicarán los intereses y la actualización desde que la prestación ha tenido

su valor. Este párrafo también niega el derecho a la restitución en forma específica si la misma causa un daño desproporcionado a la otra parte o perjudica derechos de terceros adquiridos de buena fe. *Contract Café*, McGREGOR, Harvey, Dott. A. Giuffrè editore, Milano 1993, páginas 155 y ss.

lugar, mientras que si está de buena fe sólo se aplicarán desde que la restitución es solicitada.

Cuando la restitución es de una cosa determinada, además de devolver la cosa objeto de la restitución, debe entregarse una cantidad de dinero —con los correspondientes intereses y actualización— en concepto del uso que de la misma ha hecho quien la debe restituir mientras la tenía en su poder, así como por la depreciación de la misma.

Tampoco cabe la restitución en forma específica si la prestación realizada fue un servicio. Evidentemente en tal caso el prestador del servicio tiene derecho a la restitución por equivalente en dinero del valor del trabajo realizado.

b) Límites a la obligación de restituir

Los párrafos octavo y noveno del artículo establecen una serie de límites a la obligación de restituir.

El primero se refiere a la obligación de restituir de los incapaces, conforme al cual sólo deben restituir en la medida establecida por el artículo 150.4, es decir, sólo en cuanto se hayan beneficiado efectivamente, es decir, sólo en la medida en que su patrimonio se haya enriquecido.

El segundo se refiere a las relaciones contractuales ilícitas que constituyen infracciones penales o contrarias a las buenas costumbres o al orden público (excluyendo el orden público económico). Cuando las dos partes han incurrido en ilicitud, ninguna tiene derecho a restitución, mientras que cuando sólo una de ellas incurre en dicho ilícito, la otra sí tiene derecho a restitución. Evidentemente esta norma no se aplica a los incapaces que no son conscientes de estar incurriendo en ilegalidad o inmoralidad, o que han sido coaccionados. Se dejan a salvo las disposiciones nacionales que ordenen, en su caso, la confiscación de las prestaciones.

Estas dos excepciones son similares a las que establece el artículo 1304 del Código civil español para el incapaz, y a las pre-

vistas en los artículos 1305 y 1306 para la restitución de lo entregado por causa torpe. Parece ser que en la redacción de estos dos párrafos se tuvo en cuenta, entre otras, la regulación española¹⁶.

2. Protección de los terceros

La protección de los terceros ajenos a una relación contractual que se resuelve se regula en los artículos 117 y 161. Por su parte, el artículo 117 —a cuyo estudio en esta misma obra me remito—, contempla la imposibilidad de que la resolución afecte a terceros de buena fe. En principio, no podría afectar a quienes en nuestro Ordenamiento adquieren la cualidad del tercero hipotecario regulado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para el caso de que se trate de bienes inmuebles, o tratándose de bienes muebles, su adquisición devenga inatacable en base a lo dispuesto en el artículo 464 del Código civil.

Por su parte, el artículo 161 establece que cuando la inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión o resolución del contrato causen un daño a un tercero, cada parte será responsable frente al mismo en proporción a la contribución que su comportamiento haya tenido en la producción de esos daños al tercero, siempre y cuando éste esté de buena fe. Los daños se regulan por lo previsto en los artículos 162 y siguientes.

3. Reparación de daños y perjuicios.

Otra consecuencia de la resolución es la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para lo cual el artículo 161.3 se remite a los artículos 162 y siguientes que regulan la responsabilidad contractual.

¹⁶ Vid. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia), GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, 1, Dott A. Giuffrè editore, Milano, 2001, página 557.

IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN CONTRATOS PROPUESTOS FUERA DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES: ARTÍCULO 159

Cuando la celebración de los contratos se propone fuera de un establecimiento mercantil, el consumidor tiene derecho a resolver el contrato según establece el artículo 9, y es el ejercicio de este derecho de desistimiento el que se regula en el artículo 159.

No estamos ante una resolución en sentido estricto, sino más bien ante el ejercicio de un derecho de desistimiento que la ley otorga a uno de los sujetos del contrato. En este sentido hay que advertir que dicho derecho puede existir aun no habiéndose perfeccionado el contrato, y con respecto a la oferta realizada por el consumidor.

Para desistir del contrato se debe enviar a la parte con la que se ha negociado una declaración en la que se indique la voluntad de desistir del contrato o de revocar su oferta. Esta declaración tiene que revestir una serie de requisitos. De entrada, debe tener forma escrita y realizarse en los tiempos marcados por la disposiciones comunitarias en función de si el consumidor ha sido o no informado de su derecho a desistir. Tal extremo se encuentra regulado en España por el artículo 5 de la Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Cuando la declaración es conocida o debe reputarse conocida por su destinatario el contrato se resuelve, de modo que las partes se liberan de sus respectivas obligaciones surgiendo a su cargo las consiguientes obligaciones de restitución tal y como dispone el párrafo cuarto de este precepto. Además, puede surgir a cargo de la contraparte del consumidor la obligación de resarcir daños y perjuicios. Se dejan a salvo cualesquiera normas comunitarias o nacionales que impongan algún tipo de sanción al comerciante que no ha informado del derecho a desistir.

Por último, este precepto establece la nulidad de cualquier renuncia del consumidor a este derecho, lo que es conforme a las normas sobre protección de consumidores.

V. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (ARTÍCULOS 162 A 169)¹⁷

A) SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. El incumplimiento como criterio de imputación de la responsabilidad contractual

La regulación de esta materia en el Código de Pavía difiere de la del Ordenamiento jurídico español, sobretudo en lo que se refiere al punto de partida desde el que se regula el fenómeno de la responsabilidad contractual.

Nuestro sistema procura soluciones a los diferentes problemas tomando como punto de referencia el comportamiento del deudor que no cumple su prestación, de modo que la *culpa* es el pivote en torno al que gira el sistema de responsabilidad contractual. Así, algunos manuales al uso han venido comenzando la explicación de esta materia abordando el análisis de la culpa como primer elemento de la responsabilidad, lo que es comprensible a la vista del artículo 1101 del Código civil, en el que se erige a la culpa en criterio de imputación de la responsabilidad contractual.

Otros sistemas jurídicos, fundamentalmente los anglosajones, atienden más la posición del acreedor insatisfecho y prescinden de la conducta del deudor como criterio estructurador del sistema de responsabilidad contractual. Para estos sistemas, la pieza clave es el incumplimiento, y en torno al mismo debe estructurarse el sistema de responsabilidad contractual. Ahora bien, del mismo modo que para los Ordenamientos que se basan en la culpa, es preciso también el incumplimiento para entender que hay respon-

¹⁷ En materia de responsabilidad contractual, puede consultarse en la doctrina española más reciente: JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987; BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987; CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989; PANTALEÓN, Fernando, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, páginas 1019 y ss.

sabilidad contractual, para los sistemas que parten del incumplimiento no es irrelevante la negligencia o la culpa del deudor. Así, en el artículo 1218 del Código civil italiano, pese a que el criterio de imputación de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, el deudor puede demostrar que dicho incumplimiento no le es imputable. Dicha prueba puede consistir —entendiendo— en la acreditación de que ha concurrido fuerza mayor o caso fortuito, o que el incumplimiento se debe a la intervención de un tercero, o, incluso a la de la contraparte; sin embargo, la prueba de alguno de estos extremos viene a resultar, entiendo, ser la prueba de que el deudor ha observado la diligencia requerida por la obligación a la que venía obligado. Por lo tanto, su comportamiento no es intrascendente en el juicio sobre responsabilidad civil contractual.

Precisamente influidos por el Código civil italiano, algunos autores españoles, fundamentalmente JORDANO FRAGA¹⁸, han pretendido que nuestro sistema podía también *leerse* desde la otra perspectiva, la que toma como punto de referencia el incumplimiento¹⁹. Para justificar el cambio de perspectiva se han aportado argumentos en el sentido de que en la medida en que, en el ámbito extracontractual la culpa ha perdido relevancia como criterio de imputación, ese mismo movimiento debía procurarse paralelamente en el ámbito de la responsabilidad contractual. Al margen de este u otros razonamientos, lo que pienso es que, pese a que nuestro Ordenamiento estructura la regulación de esta materia dando una gran relevancia a la idea de culpa —algo difícilmente negable debido al artículo 1101— y basándose en el comportamiento del deudor, me parece que puede entenderse toda esta regulación desde la perspectiva que erige al incumplimiento en el punto de partida.

¿Cuál es la perspectiva que adopta el Código de Pavía? Conforme manifiestan los Académicos ha habido una voluntad de

¹⁸ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, edit. Civitas, Madrid, 1987.

¹⁹ Una explicación de la evolución en DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. II, *Las relaciones obligatorias*, edit. Civitas, Madrid, 1993, páginas 573 y ss.

mediación entre todos los sistemas jurídicos en presencia²⁰. No obstante, regula esta cuestión en el artículo 162 en unos términos bastante similares a los del artículo 1218 del *Codice civile* italiano. Me parece positiva la regulación que, de esta materia, se ha hecho en el Código cuyo análisis nos ocupa, puesto que al decir que *En caso de incumplimiento, de cumplimiento defectuoso o de mora, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello*, considero que erige al incumplimiento en punto de partida de todo el sistema de responsabilidad contractual, y reduce sustancialmente el rol de la culpa²¹. Ahora bien, el artículo 162 sigue diciendo que *el deudor se libera de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora no son atribuibles a su conducta*.

2. Causas de exoneración

Conforme establece el artículo 162 el deudor puede liberarse de responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora no son imputables a su conducta, sino que se deben a una causa extraña imprevisible e irresistible. Esta regulación supone que en el sistema de responsabilidad extracontractual del Código de Pavía el comportamiento del deudor tiene alguna relevancia, de modo que si ha sido completamente diligente no se le hará responder por el incumplimiento. El Código civil italiano también da relevancia al comportamiento del deudor en orden al establecimiento de causas de liberación del deudor incumplidor en el artículo 1218 en unos términos similares a los que establece este precepto del Código de Pavía.

²⁰ Vid. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, 1, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2001, página 558 y ss.

²¹ La justificación de esa sustancial reducción del papel de la culpa en el sistema de responsabilidad contractual que establece el Código puede verse en: Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, 1, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2001, páginas 559 y ss.

En cuanto a los Principios de Derecho Europeo de Contratos, cuyo sistema de responsabilidad contractual se estructura asimismo en torno al incumplimiento, también se considera la concurrencia de *un impedimento fuera de su control* — del deudor — y *que no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión, ni tampoco se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias* en el artículo 8.108. Sin embargo, hay quien considera que dicho precepto *no debe interpretarse bajo la idea de falta de culpabilidad*²².

Esta causa de exoneración equivale a lo que en Derecho español se conoce como caso fortuito y fuerza mayor, en cuya definición intervienen siempre los conceptos de imprevisibilidad y de inevitabilidad o irresistibilidad. A tales causas de exoneración de responsabilidad se refiere el artículo 1105 del Código civil español.

3. El régimen de responsabilidad contractual en los contratos de servicios profesionales: art 162.3.

a) *La inversión de la carga de la prueba del incumplimiento.*

En el párrafo tercero del artículo 162, se regula la responsabilidad contractual de los prestadores de servicios profesionales. En coherencia con el primer párrafo del precepto, debería ser el incumplimiento no imputable el determinante de su responsabilidad contractual. Ahora bien, para concretar cuándo se deben entender incumplidas las obligaciones de prestación de servicios profesionales, ha de distinguirse entre obligaciones de hacer de medios y de resultado. En este sentido, el artículo 75.3 considera cumplidas las obligaciones de tipo profesional cuando el deudor ha puesto, con la diligencia debida, los medios necesarios para obtener el resultado previsto, salvo que, conforme a lo pactado,

²² Vid. DIEZ PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES, Antonio M., *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, edit. Civitas, Madrid, 2002, página 327.

las circunstancias o al uso haya que entender que el cumplimiento sólo tiene lugar si el resultado se ha alcanzado plenamente. Para cumplir las obligaciones de resultado habrá de obtenerse el resultado comprometido; para que las de medios se puedan entender cumplidas, sin embargo, tiene que ser desplegada la diligencia debida en poner los medios precisos.

Conforme al primer párrafo del artículo 162 el que pretendiera que un profesional ha incurrido en responsabilidad contractual y prevalerse de las consecuencias de ello derivadas, debería tener la carga de la prueba de la no obtención del resultado en el caso de tratarse de una obligación de resultado. Si fuera una obligación de medios, debería acreditar la negligencia del profesional, pues su obligación consiste en aplicar diligentemente los medios y técnicas de su profesión conforme a la *lex artis*, de modo que para acreditar su incumplimiento debería quedar patente su comportamiento negligente.

Sin embargo, no es esto lo que establece el párrafo tercero del artículo 162, en el cual, de entrada, no se distingue el régimen de responsabilidad contractual de los prestadores de servicios en función de si se trata de obligaciones de medios o de resultado, y se pone a cargo del profesional la prueba de que ha observado la diligencia debida.

En lo que respecta a las obligaciones de resultado, esta regulación no es excesivamente perturbadora, en el sentido de que, para que se estime la pretensión del demandante deberá acreditarse en el proceso el incumplimiento del profesional, es decir, la no consecución del resultado, lo que, por otra parte, no debe ser excesivamente problemático. Si bien dicho incumplimiento habrá de ser imputable al profesional, lo que se concluirá a la vista de la acreditación, o no, de su diligencia. La prueba de este extremo, implicaría, en este orden de cosas, que, aun no habiéndose obtenido el resultado, el profesional puede liberarse de responsabilidad si demuestra haber usado los medios y técnicas adecuadas con la diligencia debida. Evidentemente, si ha sido diligente, la

no obtención del resultado no le será imputable, sino que habrá que entender que se debe a cualquier causa que no estuviera en su mano controlar (fuerza mayor o caso fortuito, culpa de un tercero, de la contraparte perjudicada).

Ahora bien, la previsión del párrafo tercero del artículo 162 en el sentido de que el profesional puede liberarse de responsabilidad demostrando su diligencia, sí creo que es perturbadora en lo que se refiere a las obligaciones de medios de los profesionales que prestan su servicios en el mercado. Hemos dicho que el punto de partida de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, y, sin embargo, aquí se carga la prueba de la diligencia, es decir, del cumplimiento de la obligación, sobre las espaldas del profesional prestador del servicio, mientras que, conforme al régimen establecido en el párrafo primero, debería ser el demandante el que soportara las consecuencias negativas de que en el proceso no se llegara a demostrar la negligencia del profesional. En realidad, se establece una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del profesional. Lo cual me parece harto peligroso en la medida en que se puede llegar a estimar demandas sin que se haya acreditado ningún tipo de incumplimiento, es decir, sin demostrar la negligencia. Son los profesionales los que para que no recaigan sobre ellos las consecuencias del incumplimiento deberán demostrar que han cumplido, cuando entiendo que el que debe demostrar el incumplimiento es quien pretende imputarlo al otro y prevalerse de las consecuencias que establece la ley.

Realmente, la jurisprudencia española venía, desde hace tiempo, invirtiendo la carga de la prueba de la negligencia en algunos ámbitos profesionales, como el de la Medicina, cuando la obligación era de medios, incluso antes de que dicha inversión estuviera autorizada por una norma de Derecho positivo como es el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, nunca se ha establecido dicha inversión con alcance general; al contrario, se insiste, más bien, en afirmar que la prueba de la negligencia corre a cargo del demandante.

En otros ámbitos profesionales, la jurisprudencia ha sido y es muy estricta a la hora de seguir haciendo asumir al demandante las consecuencias negativas de que no se haya conseguido demostrar la negligencia en el proceso, como en el ámbito de los profesionales de la abogacía, por ejemplo.

Ha de tomarse en consideración que, la inversión de la carga de la prueba que establece el artículo 162.3 del Código de Pavía es general para cualquier prestación de servicios profesionales. Dicha inversión podría venir determinada porque realmente a los profesionales les resulta más cómodo demostrar que han sido diligentes, siendo, normalmente muy costoso para los usuarios conseguir demostrar su negligencia por el desconocimiento de las ciencias y técnicas que aplican. Sin embargo, acaso esto determine como efecto reflejo un ejercicio excesivamente cauto o defensivo de las profesiones que eleven en exceso su coste —lo que ya se padece en el sistema sanitario español— e impidan al profesional asumir los riesgos que implica —entendiendo— un buen ejercicio profesional.

Concluyendo, con respecto a las obligaciones de resultado, el párrafo tercero del artículo 162 entiendo que está más o menos en sintonía con el sistema español, pero, en lo que se refiere a las obligaciones profesionales de medios, sí que existe una importante diferencia, mereciéndome mejor opinión la regulación que en esta materia existe en Derecho español, en el cual, para hacer responsable a un profesional el demandante debe acreditar la negligencia del profesional, lo que se traduce en la prueba de su incumplimiento. Esta solución sin embargo puede juzgarse como excesivamente protectora de los intereses de los profesionales de ciencias y técnicas acerca de las cuales el potencial cliente es normal que tenga un desconocimiento absoluto. Ahora bien, para reequilibrar los intereses de las partes que pueden entrar en conflicto no me parece acertada la solución del Código de Pavía que procede, con un alcance general, a invertir la carga de la prueba del incumplimiento en contra del profesional, y me parece más acer-

tada la solución española que parte de que el demandante ha de demostrar la negligencia, si bien el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al Juez invertir la carga de la prueba en casos muy concretos; es decir, se establece la excepcionalidad de la inversión de la carga de la prueba cuando realmente se produce un desequilibrio entre los intereses en conflicto.

Por otro lado, parece que este precepto está pensando en los que tradicionalmente se han denominado profesionales liberales, pero es preciso advertir que los ejercientes de otro tipo de oficios también son profesionales y a ellos también les será de aplicación este régimen.

b) Los riesgos de desarrollo

El segundo inciso del párrafo tercero alude a los denominados riesgos de desarrollo en el ejercicio profesional, es decir, a cuando los profesionales trabajan en ámbitos en los que la experimentación no ha alcanzado resultados consolidados. En tal caso se entiende que el profesional sólo responde por culpa grave, es decir, y teniendo en cuenta que el criterio de imputación de la responsabilidad contractual es el incumplimiento, se consideraría que una negligencia leve o levísima no implicaría una contravención de las obligaciones asumidas. Parece conectarse, de algún modo, la idea de riesgos de desarrollo a la noción de negligencia. Sin embargo, creo que el nivel de diligencia exigible a un profesional no debe ser distinto cuando aplica una técnica cuyas consecuencias se desconocen debido a que el estado de los conocimientos científicos no permiten establecerlas. Parece que subyace a este artículo la idea de que hay cierta negligencia en asumir el riesgo de aplicación de dicha técnica y por eso no se le hace responsable al profesional por culpa leve, o mejor dicho, en tal caso la culpa leve no se considera incumplimiento. Sin embargo, creo que en un sistema de responsabilidad basado en el incumplimiento debería haberse desligado la idea de negligencia de la de riesgos de desarrollo. Así se esfuerza en hacerlo el Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas en relación a los riesgos de desarrollo como causa de exoneración en la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos²³. Entiendo que la asunción de ese riesgo —siempre, evidentemente, que lo consienta el prestatario del servicio— no debe considerarse negligencia. Y no sé hasta qué punto me parece acertado que deba responder el profesional en ese caso sólo por culpa grave²⁴.

Los riesgos de desarrollo se encuentran regulados en nuestro Ordenamiento jurídico en la Ley de responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos²⁵, y, en principio, se contemplan como una causa de exoneración, salvo que se trate de alimentos y medicamentos destinados al consumo humano, en cuyo caso no operan como tales causas de exoneración. No obstante, esta Ley no es comparable con el precepto que nos ocupa del Código de Pavía, en la medida en que aquélla sólo se refiere a los productos, mientras éste está regulando los servicios profesionales. El artículo 141 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común sí contempla los riesgos de desarrollo con respecto a la prestación de servicios —puesto que no distingue entre productos y servicios—, aunque sólo los prestados por las Administraciones Públicas. Sin embargo, en este tipo de servicios se exonera de responsabilidad por los daños que se hayan podido producir en cualquier caso y no sólo cuando interviene culpa grave; no obstante, no puede ser de otro modo en la medida en que la responsabilidad de la Administración es objetiva y se le imputa al margen del funcionamiento normal o anormal del servicio.

²³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29.5.1997 (asunto C-300/95) que resolvía el asunto de la Comisión contra la transposición de la Directiva 85/374/CEE.

²⁴ Vid. en este mismo sentido: VICENTE DOMINGO, Elena, en «El resarcimiento de los daños», en *VVAA, Código Europeo de Contratos*, Madrid, 2003, páginas 604 y 605.

²⁵ Conviene tener en cuenta que dicha Ley no distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual.

4. Responsabilidad por los auxiliares²⁶

El artículo 162.5 del Código de Pavía establece expresamente la responsabilidad del deudor por incumplimiento, cuando recurre, para cumplir, a auxiliares o terceros, al igual que el artículo 1228 del Código civil italiano, o el artículo 8.107 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Por el contrario, el Código civil español, debe encuadrarse en el grupo de Códigos en que dicha norma no está contemplada de modo expreso; sin embargo, se ha venido entendiendo —doctrinal y jurisprudencialmente— que existe dicha responsabilidad, y la misma suele fundarse en una culpa *in vigilando o in eligendo* del deudor. Dicha responsabilidad se considera que se da, tanto cuando el tercero tiene una relación laboral con el deudor, como cuando realiza la prestación de manera autónoma con respecto al deudor, porque, por ejemplo, es un subcontratista independiente. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1903 del Código civil español sí establece expresamente la responsabilidad de los empresarios por los dependientes o auxiliares.

El problema que suscita la responsabilidad por los terceros intervinientes en el cumplimiento es el de la acción de repetición. Mientras que los Principios del Derecho Europeo de Contratos no establecen ninguna norma relativa a este problema, el Código de Pavía sí alude expresamente a la posibilidad de repetir. Sin embargo, la literalidad del precepto suscita algunas dudas, ya que dice que se repetirá, pero dice *si procede*, sin aclarar en qué casos procede interponer dicha acción y en cuáles no. De cualquier forma, lo que parece claro, a la vista de la dicción del precepto, es que no siempre cabrá el ejercicio de esa acción de repetición, debiendo determinarse en qué casos sí y en cuáles no.

En este orden de cosas, el Código civil español puede proporcionar algún criterio en sede de responsabilidad extracontractual.

²⁶ Sobre esta cuestión, vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que emplea en el cumplimiento*, Madrid, 1994.

tual, donde el artículo 1.904, si bien no establece ninguna discriminación entre distintos supuestos cuando se trata de un empresario, en cuyo caso podrá repetir, en principio, contra el dependiente o auxiliar en cualquier caso²⁷, sí se establece distinción cuando se trata de profesores de un centro de enseñanza no superior, en cuyo caso el centro sólo puede repetir de los profesores si incurrir en dolo o culpa grave y no cuando incurran en culpa. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta norma se encuentra inmersa en un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, ya que el Centro docente sólo responde si no es diligente conforme al tenor del artículo 1903 *in fine*.

Acaso sea más adecuado recurrir al criterio que, en este sentido, proporciona el artículo 1228 del Código civil italiano, en la medida en que dicha norma se enmarca en un sistema de responsabilidad contractual —que no extracontractual como el 1904 del Código civil español— y, además, habida cuenta de que adopta como criterio de imputación el incumplimiento, al igual que el Código de Pavía. Dicho precepto considera que la acción de repetición contra los auxiliares sólo cabe en caso de hechos dolosos o culposos. Acaso sean estos supuestos en los que, conforme al artículo 162.5 del Código de Pavía, ha de entenderse que procede la acción de repetición.

5. Pluralidad de responsables: solidaridad

El párrafo sexto del precepto establece la norma de la solidaridad en el caso de pluralidad de deudores responsables por remisión a lo dispuesto en el artículo 88 del Código, debiendo pactarse la mancomunidad expresamente. De entrada, tal disposición es justamente contraria a la que, con carácter general, esta-

²⁷ Sobre la interpretación del artículo 1904.1, vid. GÓMEZ CALLE, Esther, "Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno", en *Tratado de responsabilidad civil*, dir. por REGLERO CAMPOS, L. Fernando, edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, página 431 y ss.

blece la literalidad del artículo 1137 del Código civil español, que considera que la obligación es mancomunada, salvo que la propia obligación expresamente determine su carácter solidario. No obstante, dicha norma se ha reinterpretado jurisprudencialmente hasta el punto de que, se puede afirmar, que la regla general es la inversa, es decir, la de la solidaridad, siempre que haya una razón que la justifique. Por lo tanto, en este punto, el Código de Pavía coincide con la reinterpretación que en la práctica se ha hecho de lo dispuesto en el artículo 1137 del Código civil, tanto para las obligaciones contractuales como para las extracontractuales, y que, se establece expresamente en leyes especiales como, por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.

B) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como no podía ser de otro modo, entre los daños y perjuicios y el incumplimiento imputable debe existir relación de causalidad. En este sentido, el artículo 162. 1 dice literalmente que deben repararse los daños que *razonablemente, deban considerarse consecuencia de ello*. Recuerda esta dicción a la expresión del artículo 1107 del Código civil español que, al regular el alcance de la responsabilidad del deudor de buena fe o culposo, establece su obligación de responder por los daños y perjuicios "*que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*".

Por lo tanto, en el Código de Pavía la cadena causal no es ilimitada, sino que se entiende referida a aquellos daños que razonablemente deban considerarse consecuencia de ello, lo que, entiendo, evoca la teoría de la causalidad adecuada que es la que nuestro Tribunal Supremo viene aplicando.

No obstante, conviene advertir que dicha cadena causal en el Código de Pavía es común al deudor que incumple dolosamente y al que lo hace culposamente, lo que no ocurre en el Código civil español. El artículo 1.107 del Código civil español, dispone

que, mientras el deudor doloso responde de todos los daños que conocidamente se deriven del incumplimiento, el deudor de buena fe sólo responde de los que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, al margen de que hayan tenido que poder preverse al celebrarse el contrato.

C) EL DAÑO

1. Conceptos que componen el daño resarcible

El artículo 166 dice que la reparación consiste en eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del cumplimiento defectuoso o de la mora, lo que debe hacerse creando el estado fáctico que existiría si tales situaciones no se hubieran producido. El párrafo segundo, considera que la reparación debe hacerse mediante el cumplimiento o la restitución en forma específica, completadas, si procede por una indemnización en dinero. Ahora bien, si esto es muy gravoso o imposible total o parcialmente, o si el acreedor lo reclama, la reparación se efectuará mediante el pago de la correspondiente indemnización en dinero.

A grandes trazos y sin ánimo de profundizar, existe en España una discusión doctrinal acerca de si la reparación de los daños y perjuicios derivada del incumplimiento debe comprender el valor de la prestación incumplida o sólo los daños derivados de dicho incumplimiento. Conforme a la opinión de DELGADO²⁸, la reparación debe comprender el interés contractual positivo, es decir, la cantidad que resulte de comparar la situación patrimonial derivada del incumplimiento con la situación que hubiera producido el cumplimiento. Otros (CARRASCO²⁹, DE PABLO³⁰) consideran

²⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, vol 1, edit. Dykinson, Madrid, 2003, páginas 202 y ss.

²⁹ CARRASCO PERERA, A., "Comentario a los artículos 1101-1102 y 1104-1107 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV, vol. 1, Madrid, 1989.

³⁰ DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en *Curso de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, de VVAA, edit. Colex, Madrid, 2000, páginas 196 y ss.

que el valor de la prestación incumplida debe exigirse a través de la acción de cumplimiento, bien en forma específica, bien por equivalente, de modo que la reparación de daños y perjuicios debe excluir esta partida y comprender únicamente el interés contractual negativo o de confianza, es decir, la cantidad resultante de comparar la situación patrimonial actual con la que se tendría si no se hubiera celebrado dicho contrato.

El Código de Pavía en el artículo 166.2 y 3, incluye el valor de la prestación incumplida como partida de la reparación (*id quod interest*). Este precepto no contempla la reparación *in natura* o por equivalente como efecto del ejercicio de una acción distinta a la de indemnización de daños y perjuicios (la acción de cumplimiento), sino que, entre las consecuencias del ejercicio de la acción de indemnización, comprende la restitución en forma específica (el cumplimiento de la prestación incumplida, es decir, el interés contractual positivo) y, si es pertinente, completada con una cantidad de dinero. Y si la reparación *in natura*, no fuera posible o fuera muy gravosa para el deudor, o si el acreedor lo reclamara, la reparación consistiría únicamente en una cantidad de dinero; evidentemente, en dicha suma estará incluida, como una partida más, el valor de la prestación incumplida.

En el párrafo tercero se enumeran concretamente las partidas que deben incluirse en la reparación de daños y perjuicios, distinguiendo según se trate de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora, o se trate de daños derivados de nulidad, anulación, ineficacia, rescisión, incompleta perfección del contrato y casos similares.

Cuando se trata de reparar daños derivados de la inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, rescisión, incompleta perfección del contrato y casos similares, se debe reparar el interés negativo, es decir, la diferencia entre la situación patrimonial actual y la que se tendría de no haber concluido el contrato.

En el primer caso —reparación de daños derivados del incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora—, se dispone que la

reparación debe contemplar la satisfacción del interés contractual positivo, es decir, la diferencia entre la situación patrimonial y la que se tendría de haberse cumplido la prestación. Esto implica el valor de la prestación incumplida (a la reparación específica o por equivalente alude el párrafo 2 de este mismo precepto), así como los gastos asumidos que hubieran sido compensados con el cumplimiento. El resto de gastos que no hubieran sido compensados por el cumplimiento, se entiende que el acreedor los asumió y en la medida en que los asumió a la vista del cumplimiento, también debe entenderse que los asume cuando, como consecuencia de la acción de reparación, se le proporciona la prestación incumplida *in natura* o por equivalente.

En este mismo sentido el artículo 9.502 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos viene a decir que en caso de incumplimiento debe situarse a la parte perjudicada *en la situación más semejante posible a la que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido*.

Por otra parte, el párrafo cuarto del artículo 166 descuenta de la cuantía indemnizatoria los beneficios que el acreedor obtiene del deudor —sin mediar contraprestación— y que aquél no puede ni quiere renunciar.

2. El alcance de la obligación de resarcimiento. La limitación de responsabilidad del artículo 162.4

El artículo 162.4 del Código de Pavia establece una limitación de la responsabilidad contractual. Para ello, distingue entre dos tipos de responsables y establece un distinto alcance de la responsabilidad para cada uno de ellos: por un lado, el que incumple interviniendo dolo o culpa y, por otro, el responsable que no se comporta ni dolosa ni culposamente. Sin embargo, esta norma sólo establece el alcance de la obligación de reparación de los daños causados por el incumplimiento de un deudor que ni es doloso ni se comporta negligentemente, disponiendo que sólo debe

reparar los daños que —en atención al texto del contrato, a las circunstancias, a la buena fe, y a los usos— debe razonablemente considerarse asumido implícitamente por él —en cuanto persona normalmente informada— en el momento de celebración del contrato.

Veamos, a continuación, en qué consiste esta limitación de la responsabilidad y a qué sujeto beneficia.

a) Beneficiario de la limitación

En cuanto a la segunda cuestión relativa al sujeto favorecido por la limitación, conviene advertir previamente cómo otros Ordenamientos coinciden en distinguir, a estos efectos, entre los deudores que incumplen dolosamente y el resto. Así, ocurre en el artículo 1107 del Código civil español, en el 1125 del Código italiano y en el artículo 1150 del Código civil francés, entre los Ordenamientos de Derecho Positivo consultados. También el artículo 9.503 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, elaborados por la comisión LANDO, distingue entre un incumplimiento intencional —es decir, doloso— y gravemente negligente, por un lado, y, por otro, el resto de supuestos para los que se establece una limitación en cuanto a los daños resarcibles.

A diferencia de todos estos sistemas que, en orden a precisar el alcance de la reparación, distinguen entre deudor doloso —y, en su caso, gravemente negligente— y deudor culposo, limitándola con respecto a este último, el artículo 162.4 del Código de Pavia mete en el mismo saco —si se me permite la expresión— al deudor que incumple culposamente y al que lo hace dolosamente, ya que empieza diciendo que *A menos que el deudor haya actuado con dolo o culpa*.

De esta previsión se derivan dos consecuencias: por un lado, que el alcance de la reparación es igual para el deudor doloso que para el culposo, y, por otro, que la limitación de responsabilidad opera para un tipo distinto de deudor que ni es culposo ni es doloso.

De entrada, la primera consecuencia parece un tanto sorprendente a la vista de la excepcionalidad de tal norma si la comparamos con los Ordenamientos analizados³¹. Sin embargo, tal solución normativa podría encontrarse en consonancia con la función meramente resarcitoria de la reparación en materia de responsabilidad contractual, a la que expresamente alude el artículo 166 de este mismo Código de Pavía. La solución de limitar la responsabilidad del deudor meramente culpable con respecto a la del deudor doloso que contemplan el resto de Ordenamientos mencionados, parece implicar la imposición a este último de una sanción privada, cuando la función sancionatoria ha venido correspondiendo a otros órdenes del Derecho, debiendo quedar, en principio, al margen del Derecho privado³².

La segunda consecuencia implica que la limitación de responsabilidad prevista en este precepto no opera ni para el deudor que incumple por un comportamiento doloso, ni para el que se comporta negligentemente, viéndonos obligados a determinar a qué deudor se refiere. Parece sensato entender que al único deudor a quien cabe aplicar esta limitación es al que asume la responsabilidad incluso cuando el incumplimiento no sea imputable a su conducta, es decir, al que se hace responsable aun concurriendo causa extraña imprevisible e irresistible. Dicha asunción de responsabilidad puede basarse en la voluntad de los sujetos vinculados por la obligación, o en alguna norma de Derecho positivo que lo imponga expresamente.

³¹ Para VICENTE DOMINGO, Elena, *cit.*, páginas 605 y ss., se trata de un error y considera que se habrá querido aludir a la culpa grave.

³² No obstante, es preciso tomar en consideración, a estos efectos, el fenómeno de los daños punitivos de los que se habla fundamentalmente en relación a la responsabilidad extracontractual. Siendo preciso dejar sentado que, en otros ámbitos, existen en nuestro Ordenamiento vestigios de los mismos como es el caso del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social que establece una serie de recargos en el caso de que un accidente laboral se haya producido por la falta de medidas de seguridad.

b) *¿En qué consiste la limitación?*

El Código civil español distingue, para determinar el alcance del daño resarcible, es decir, la extensión de la obligación de indemnizar, entre deudor de buena fe (culposo o diligente que responde por caso fortuito o fuerza mayor) y el de mala fe o doloso. El segundo debe responder de todos los daños *que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*, lo que implica una extensión de la obligación de reparar similar a la de la responsabilidad extracontractual. Por el contrario, para el deudor que incumple de buena fe, el artículo 1107 establece una limitación de la responsabilidad obligándole a reparar únicamente los daños y perjuicios que sean consecuencia necesaria del incumplimiento siempre y cuando los mismos hubieran podido preverse en el momento de celebrarse el contrato.

Por tanto, en Derecho español, la limitación de la responsabilidad para los incumplidores de buena fe tiene en cuenta, por un lado, la extensión de la cadena causal de los daños que deben repararse y, por otro, la posibilidad de prever los daños en el momento de celebrarse el contrato.

Ha de tomarse en consideración que esa diferente extensión causal de los daños que deben reparar el deudor doloso y el de buena fe, no significa que el primero deba responder ilimitadamente de los daños que se puedan entender derivados del incumplimiento, pero impone una causalidad más restringida en el caso del deudor de buena fe. Al margen de esta cuestión, lo que sí me parece importante destacar es que ninguno de los Ordenamientos consultados (ni el italiano, ni el francés, ni los Principios de Derecho Europeo de Contratos) coincide con el español en *usar* la relación de causalidad para determinar la mayor o menor extensión de la obligación de reparar los daños. Por su parte, el Código de Pavía tampoco alude a la mayor o menor extensión de la cadena causal para establecer un mayor o menor alcance de la obligación de reparar los daños derivados de responsabilidad contractual.

En esto, el Código de Pavía considera que el deudor que se beneficia de esta limitación de responsabilidad por incumplimiento sólo tiene obligación de reparar los daños que haya que entender asumidos al contratar. Lo cual es similar a lo establecido por los artículos 1107 del Código civil español (aunque aquí, en orden a la limitación de la responsabilidad, haya de tenerse en cuenta una restricción de la cadena causal con respecto al supuesto del deudor doloso), 1128 del Código civil italiano, 1150 del Código francés y art 9.503 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, que se refieren —con fórmulas más o menos similares— a los daños que se hayan previsto o se hayan podido prever al constituirse la obligación. Y ello en la medida en que si los daños se pudieron prever parece sensato pensar que el deudor asumió la obligación de repararlos.

Conforme a esto, el deudor al que se refiere la limitación de responsabilidad del artículo 162.4 sólo debe responder por los daños que deben entenderse implícitamente asumidos por él en el momento de celebrarse el contrato. Para llegar a determinar qué daños se comprometió a reparar, se recurre a distintos criterios indiciarios como el del texto del contrato, la buena fe y los usos. Entiendo que, al aludir al texto del contrato, no se hace referencia a limitaciones expresas de responsabilidad porque, de lo contrario, no se mencionaría como criterio indiciario del contenido *implícito* del contrato en lo atinente a los daños cuya reparación asume el deudor. Por otra parte, como parámetro de referencia se alude también a los conocimientos que una persona normalmente informada tendría al respecto.

3. La certeza del daño y la necesidad de su prueba: artículo 162.7

El daño reparable debe ser cierto, es decir, para poder ser reparado el daño tiene que existir, tiene que haberse producido y, en consecuencia, debe probarse. En este sentido, el artículo 162.7 del Código de Pavía exige la prueba del daño y la determinación de su alcance. Si se exigiera del daño, para ser reparable, que

fuera absolutamente determinable en cuanto a su alcance, no sería posible la indemnización del daño que implica la afección de bienes que no son cuantificables económicamente, como la salud, la vida, la integridad física, la intimidad, el honor o la imagen, entre otros. Por ello, este precepto, en caso de tratarse de daños de cuantificación imposible, se remite a lo dispuesto en el artículo 168 al que más adelante haremos referencia.

Entiendo que en el Código de Pavía la carga de la prueba de la existencia del daño y de su alcance ha de entenderse que recae en el demandante de la reparación. En el sistema español, así se deriva de lo dispuesto en el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la carga de la prueba.

4. Clases de daños

Entre los daños que debe comprender la reparación hay que incluir los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales. Pero, además, ha de tomarse en consideración el problema que suscita la reparación de los daños indirectos y de los daños futuros.

a) *Daño patrimonial: artículo 163.1.*

De los daños patrimoniales se ocupa el artículo 163 que comprende la pérdida sufrida o daño emergente y el lucro cesante o ganancia que se deja de obtener; precepto coincidente con el del artículo 1106 del Código civil español.

La jurisprudencia española ha sido muy restrictiva a la hora de apreciar el lucro cesante, considerando no indemnizables las ganancias dudosas, ni tampoco *los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna*, en expresión usada por la STS 15 de noviembre de 1998. Además, se exige, como no podía ser de otro modo, la acreditación del nexo causal entre el incumplimiento y el beneficio dejado de obtener o lucro cesante. Precisamente, para solventar el problema de la determinación del lucro cesante, el Código de Pavía dispone que, en orden a su concreción, ha de atenderse

a lo que el acreedor podría razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Desde luego, dicha dicción excluye del lucro cesante los denominados "sueños de ganancia", debiendo atenderse a lo que probablemente hubiera obtenido el acreedor, de seguir los acontecimientos su habitual devenir.

El Código de Pavía incluye expresamente en el concepto de lucro cesante lo que se da en llamar *pérdida de oportunidad de ganancia*, considerándola, en consecuencia, indemnizable. En España, este concepto —no aludido expresamente en ninguna norma del Código civil— no se suele incluir dentro del de lucro cesante³³, lo que no ha impedido, sin embargo, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo haya considerado reparable. Una muestra de esta doctrina jurisprudencial viene representada por las sentencias dictadas en materia de responsabilidad civil de los abogados. Se configura, en ellas, como daño, y, más concretamente, como "pérdida de oportunidad", la imposibilidad de plantear un proceso ante los órganos jurisdiccionales como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones profesionales derivadas del contrato celebrado por el abogado. Para el Tribunal Supremo dicha pérdida constituye un daño en sí mismo que debe repararse³⁴. No obstante, se es muy cauto, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, a la hora de afirmar la indemnizabilidad de la pérdida de oportunidad, exigiéndose —entre otras cosas— que dicha oportunidad sea probable y verosímil.

b) Daño moral: artículo 164.1

El artículo 164 del Código de Pavía establece la indemnizabilidad de los daños morales o extrapatrimoniales.

³³ Sobre la pérdida de oportunidad puede verse VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, dir. por REGLERO CAMPOS, L. Fernando, Aranzadi, 2002, página 213.

³⁴ En este orden de cosas vid. STS de 26 de enero de 1999 (RJ 1999/323) o STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999/3106).

Por su parte, el Código civil español no dispone nada expresamente acerca de este tipo de daños, y, así como, en materia de responsabilidad extracontractual no hubo ningún problema en afirmar su indemnizabilidad, no ocurrió lo mismo en el ámbito de la responsabilidad contractual, admitiéndose muy tardíamente su reparación, concretamente a partir de las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1984 y de 13 de diciembre de 1984.

Al margen de esta cuestión hoy ya superada, uno de los principales problemas se cifra en determinar el concepto de daño moral.

Lo que entiendo que es una confusión generalizada acerca de lo que debe entenderse como tal aparece reflejada en la formulación de este precepto. En él se considera que hay daño moral cuando se atenta al patrimonio moral de una persona, es decir, cuando se afectan bienes no patrimoniales que forman parte del patrimonio —si se me permite la redundancia— de los sujetos, como el honor, la imagen, la intimidad, entre otros. Entiendo que la expresión patrimonio moral que usa el precepto permitiría entender comprendidos como daños morales los que se producen como consecuencia de los daños a la salud o a la integridad física, sin embargo, el precepto los entiende como algo distinto ya que la salud aparece mencionada en otro apartado, concretamente el c), y las lesiones físicas se mencionan en el apartado a) como algo distinto al atentado al patrimonio moral, siendo que éste está integrado también por el derecho a la integridad física.

Además, entiendo que el apartado b) que habla de padecimiento psíquico alude a la salud psíquica de las personas, y la misma debía haberse entendido englobada en los daños a la salud del apartado c).

No obstante, no me parece merecedora de crítica la formulación del precepto puesto que sólo es un reflejo de la confusión reinante sobre el concepto de daño moral. Por su parte los Principios de Derecho Europeo de los Contratos la evitan limitándose a decir en el artículo 9.501 que *La pérdida respecto a la cual se puede*

reclamar indemnización incluye: a) Pérdida no pecuniaria ... sin proceder a pormenorizar los conceptos que cabe comprender en la misma.

Un aspecto importante de este artículo es que reconoce expresamente la posibilidad de afectar al patrimonio moral no sólo de las personas físicas, sino también de las *personas jurídicas*. Cuestión que en la doctrina y la jurisprudencia española se ha suscitado al hilo de la protección del derecho al honor de las personas jurídicas, lo que se traduce en la cuestión de si se les puede reconocer legitimación activa en orden a la protección de los bienes protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, a su vez, es el desarrollo del artículo 18 de la Constitución española. Tras una larga y vacilante evolución, la tendencia jurisprudencial actual parece clara en el sentido de afirmar esta posibilidad³⁵. Tras una primera época en la que, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional son reacios al reconocimiento de esta posibilidad, desde 1995 se manifiestan favorables a la misma³⁶. Así la STC 183/1995, de 11 de diciembre (RTC

³⁵ Una exposición de dicha evolución en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "en *Tribunal de Responsabilidad Civil*, 2000, Aranzadi, 2000, página 1665 y ss. Tras una primera fase en la que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo parecían reacios a la admisión de esta posibilidad, la STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991/214) supone un punto de inflexión ya que se concede el amparo a una judía que había reclamado daños y perjuicios contra un jefe de las SS que había denigrado a los judíos en una entrevista publicada e incluso había dudado de la existencia de las cámaras de gas. Mientras, el TS considera que no tiene legitimación activa para accionar por manifestaciones proferidas en descrédito de una raza, el TC en la sentencia citada concede el amparo solicitado.

³⁶ Es clave en esta evolución la STC de 139/1995 (RTC 1995, 139), en la que, pese a denegarse el amparo solicitado, se dice lo siguiente:

"... es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan en estos casos sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art 162.1 de la Constitución española, sino como titulares de un derecho propio"

"... la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su identidad, cuando la difame o la haga desmerecer en al consideración ajena (art 7.7 de la LO 1/82).

1995, 183) dice que *si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstas sirvan para proteger fines para los que han sido constituidas...* No obstante, esta misma sentencia precisa que la titularidad de este tipo de bienes por parte de las personas jurídicas depende también de la naturaleza del derecho fundamental de que se trate. Más recientemente, la STS 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9589) confirma también esta doctrina.

c) Daño indirecto: artículos 163.2 y 164.2.

Los artículos 163 y 164 del Código de Pavia se refieren, en su párrafo segundo, a los daños indirectos.

c.1. Daño patrimonial indirecto.

Se considera daño patrimonial indirecto el sufrido por una persona que es titular de un derecho de crédito contra la víctima del daño, y sólo es indemnizable en caso de que el daño consista en el fallecimiento de la misma o en el caso de que se hayan producido lesiones graves.

Ahora bien, conforme al Ordenamiento jurídico español, la muerte o la lesión grave raramente afectará la eficacia de las relaciones contractuales en las que el perjudicado sea deudor, ya que cuando el deudor fallece su posición pasa a ser ocupada por sus sucesores, y cuando es lesionado, el acreedor dispone del patrimonio del deudor para cobrar. Con lo que muy excepcionalmente un derecho de crédito derivado de una relación contractual provocará un daño a su titular. Veamos en qué casos puede ocurrir esto.

En primer lugar, puede ocurrir que la lesión del deudor reduzca las posibilidades de satisfacción del acreedor al verse reducido su patrimonio —por los gastos de enfermedad, o el menor ingreso de dinero en su patrimonio al tener que dejar de trabajar—.

No obstante, los supuestos más numerosos en los que se puede producir daño al titular de un derecho de crédito derivado de una relación contractual con el fallecido o lesionado, se darán cuando haya que entender extinguido el contrato por fallecimiento o lesión grave del deudor. Esto ocurrirá en el caso de que del contrato nazcan obligaciones de hacer de carácter personalísimo (cfr. art. 1595 en relación al contrato de obra) o, en el caso de fallecimiento del mandatario (artículo 1732.3º). En estos casos, para el titular de esos derechos de crédito se deriva un daño indirecto que debe ser indemnizado por el que lo causó.

Ahora bien, los derechos de crédito contra el directamente perjudicado por el fallecimiento o la lesión, pueden no derivarse de relaciones contractuales, sino por ejemplo de la ley, como es el caso de los derechos de alimentos. En efecto la obligación de prestar alimentos cesa cuando el obligado fallece —artículo 150 del Código civil español—, y esto puede suponer que, o bien no haya nadie más obligado a alimentar al que lo necesita o que quien pase a alimentarlo tenga un patrimonio más reducido y en consecuencia también lo recibido por este concepto se vea reducido. También la lesión del obligado a pagar los alimentos puede determinar la extinción (art 152.2º) o reducción de la obligación de alimentos (art 147). Evidentemente, nos encontramos ante un supuesto de daño patrimonial indirecto que, conforme al régimen establecido por el artículo 163.2 del Código de Pavía habría que indemnizar.

En el sistema jurídico patrio, ante el fallecimiento o lesión grave de un sujeto, también se suele considerar el daño patrimonial que sufren los que dependen económicamente de él a la hora de fijar la indemnización que se les concede.

c.2. Daño moral indirecto

Al daño moral indirecto se refiere el artículo 164.2 considerando que sólo es reparable cuando lo padecen los parientes próximos o el cónyuge de la víctima.

El daño moral indirecto entiendo que se refiere a la afección que, por el daño —patrimonial o extrapatrimonial— causado a otra persona, sufren quienes no ven lesionado su patrimonio moral en modo alguno. Creo que es el ámbito del daño moral en sentido estricto, en sí mismo considerado, el denominado *pretium doloris*.

Acertadamente, a mi modo de ver, el Código de Pavía, establece una limitación a la indemnizabilidad de este tipo de daños, basándose en las relaciones personales que el tercero indirectamente perjudicado mantiene con la víctima directamente afectada. Se exige, para poder ser reparado por los daños morales indirectos, una relación de parentesco o conyugal con el perjudicado de modo directo.

En nuestro sistema jurídico no se establece normativamente ninguna limitación en este sentido, pero lo cierto es que estos daños morales indirectos sólo acostumbran a reclamarlos los parientes más cercanos cuando nos encontramos ante fallecimientos, o lesiones graves. Aunque, el Tribunal Supremo (concretamente la Sala de lo Penal) sí ha indemnizado este tipo de daños morales a terceros que no eran familiares, como a la dama de compañía en las tan citadas sentencias del TS de 10 de febrero de 1972 y de 17 de mayo de 1973.

Sin embargo, me parece acertado el límite que, en este sentido, establece el artículo 164 del Código de Pavía, de lo contrario la reclamación por daños morales indirectos podría extenderse exageradamente.

Otra cuestión distinta relativa a este tipo de daños es la de si el hecho de que el daño moral indirecto se haya indemnizado a un persona excluye que otra persona distinta pueda ser indemnizada por este concepto. No parece que tal conclusión pueda extraerse de lo dispuesto en esta norma; sin embargo, en la jurisprudencia española, puede citarse la STS de la Sala Segunda o de lo Penal del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1979, que, aunque

se refiere a un supuesto de responsabilidad extracontractual derivada de un ilícito penal, su doctrina es extrapolable a estos efectos al ámbito de la responsabilidad contractual; en esta sentencia, se deniega la concesión de daños morales a los padres porque concurren con la viuda del fallecido.

No obstante, el concepto de daño moral indirecto puede entenderse comprendido también por los casos en los que el perjuicio —patrimonial o extrapatrimonial— sufrido por una persona como consecuencia de un incumplimiento contractual, produce una lesión en el patrimonio moral de un tercero. En este caso entiendo que no debería establecerse ninguna limitación como la prevista en el precepto. Puede ocurrir que el incumplimiento de un contrato por el que una de las partes se comprometía a publicar o emitir determinada información afecte el patrimonio moral de un tercero que no forma parte de la relación contractual incumplida, por ejemplo, porque se ve afectada su imagen o su honor. Evidentemente, este tercero perjudicado podrá reclamar por la vía de la responsabilidad extracontractual³⁷, pero debería entenderse que también podría reclamar por la vía de la contractual, como daño moral indirecto derivado de un incumplimiento contractual, sea o no pariente del directamente perjudicado por dicho incumplimiento.

d) Daño futuro y eventual: artículo 165

En cuanto a los daños futuros, el artículo 165 del Código de Pavía, dispone, en lo que ahora nos interesa, su indemnizabilidad. Debe entenderse por tales daños futuros los que todavía no se han ocasionado pero que es seguro que se producirán, o que hay certeza razonable de que los mismos van a tener lugar. Evidentemente, deberán ser ciertos y habrá que acreditarlos. No obstante, la víctima puede reservarse la posibilidad de exigirlos en el momento en que los mismos efectivamente se produzcan.

³⁷ Vid. VICENTE DOMINGO, Elena, «El resarcimiento de los daños», cit., páginas 611 y 612.

Con respecto a la determinación de la cuantía de los daños futuros, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 171.2 que contempla la posibilidad de que se constate judicialmente la existencia de los daños, pudiendo reservarse la determinación de su cuantía para una evaluación posterior, en juicio o arbitraje.

En el párrafo segundo, se contemplan los daños eventuales, refiriéndose aquí el Código a daños futuros cuya probabilidad de producción es más reducida. En tales casos, no se pueden reclamar hasta que no se hayan producido.

5. La cuantificación del daño

a) Daños de difícil o imposible cuantificación: artículo 168.1

La cuantificación del daño resarcible es, en ocasiones, un problema de muy difícil solución, por ejemplo, porque son afectados bienes de imposible valoración económica. El artículo 168 del Código de Pavía aborda esta cuestión estableciendo una norma que permite, cuando la determinación de la cuantía del daño es extremadamente difícil o imposible, una evaluación equitativa del mismo, lo que no podía ser de otro modo ya que en ocasiones no queda otra alternativa por la imposibilidad de valorar en dinero bienes como pueden ser la vida, la integridad física o la salud, entre otros. Sin embargo, el precepto enumera una serie de elementos que deben ser atendidos para proceder a dicha evaluación equitativa, como son las pruebas parciales, o los elementos que suministren las partes, además deberán ser atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto alude también a la prudencia, a la probabilidad y a la verosimilitud.

En nuestro sistema jurídico el problema de la cuantificación de este tipo de daños ha sido objeto de especial interés en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, a la vista de los problemas prácticos que suscitaba. Concretamente, en el ámbito de la responsabilidad civil por accidentes de circulación, el Texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de

vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, contiene un sistema de valoración de daños a las personas. A propósito de este baremo se ha tenido que pronunciar en varias ocasiones el Tribunal Constitucional (entre otras en la STC 181/2000), que ha afirmado su conformidad con la norma fundamental, y que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales en el ámbito para el que se elaboró. Este sistema de valoración de daños a la persona, está teniendo un efecto expansivo, aplicándose a otros sectores de la responsabilidad extracontractual, en la medida en que proporciona un criterio de valoración uniforme con lo que ello supone en términos de seguridad jurídica.

b) La facultad moderadora de los Tribunales: artículo 168.2

El párrafo segundo del precepto introduce una facultad moderadora del Juez, al que se le otorga la posibilidad de limitar equitativamente la cuantía de los daños y perjuicios.

También el artículo 1103 del Código civil español otorga a los Tribunales una facultad moderadora en materia de responsabilidad contractual³⁸. No obstante, la interpretación y explicación doctrinal de lo dispuesto en este precepto es contradictoria. Así, hay quien ha visto en él la posibilidad de graduar la culpa (culpa grave, leve y levísima); otros, consideran que se trata de una facultad moderadora del Juez en base a criterios de equidad no sólo para la determinación de la cuantía de la reparación, sino también en la determinación de existencia o inexistencia de responsabilidad. Enfrente están los que opinan que ni una ni otra cosa puede verse en este precepto, afirmando que la facultad moderadora que se otorga aquí a los Tribunales per-

³⁸ Sobre esta cuestión puede consultarse DIAZ ALABART, Silvia, "Comentario al artículo 1103", en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. V, vol. 1, Edersa, Madrid, páginas 479 y ss. Más recientemente y con una ilustrativa exposición de las distintas posiciones doctrinales puede consultarse ALBALADEJO, Manuel, "Sobre si la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 del Código civil es o no aplicable a la culpa extracontractual", en *Actualidad civil*, 2005, nº1, 1ª quincena de enero.

mite analizar si hay concurrencia de culpas o si junto a la negligencia del deudor ha contribuido a la producción del daño alguna causa extraña.

No obstante, se conviene en algunos extremos acerca de la significación del precepto como en que no cabe que los Tribunales ejerzan esta facultad de moderar cuando nos encontramos ante un deudor doloso o de mala fe, así como en que se trata de una cuestión de hecho no revisable en casación.

La redacción del artículo 168.2 del Código de Pavia no suscita en principio tantas dudas interpretativas sobre la posibilidad de limitar la cuantía de la reparación por parte de los Tribunales.

Puede afirmarse que conforme a este precepto, el juicio del Tribunal acerca de si debe limitarse o no la cuantía de los daños es un juicio de equidad. Para realizar esta valoración equitativa debe considerarse la situación del acreedor, concretamente, su comportamiento, su interés y sus condiciones económicas. Es decir, que será la posición del acreedor con respecto a la obligación de reparación la que debe guiar a los órganos jurisdiccionales en esta tarea, para cuyo desenvolvimiento este precepto impone una serie de limitaciones.

En este orden de cosas, el apartado a) del artículo 168.2 dispone que si la reparación es desproporcionada o genera consecuencias insostenibles para el deudor teniendo en cuenta su situación económica, podrá limitarse la cuantía de la indemnización. De donde resulta que, aunque la redacción del precepto parece dar a entender que es la posición del acreedor la que debe ser punto de referencia fundamental para limitar la cuantía de los daños en base a razones de equidad, este apartado a) hace que la situación del deudor también sea relevante a estos efectos. Ahora bien, la posición y circunstancias del deudor sólo se toman en consideración cuando el mismo esté de buena fe, porque si el incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora son consecuencia de su mala fe, los Tribunales no podrán moderar la cuantía de la indemnización.

En el apartado b) se establece que la cuantía se limitará en los casos de culpa leve. Y esta referencia permitiría plantear si se está contemplando aquí una graduación de la culpa —al igual que la que algunos autores españoles han querido ver en el artículo 1103 del Código civil español—.

También se alude en este apartado b) a los contratos que son gratuitos (o en los que no se haya conseguido demostrar que ha mediado contraprestación a favor del deudor responsable). En estos casos, sólo cuando la culpa es leve, cabe que los Tribunales limiten la cuantía indemnizatoria. Un precepto similar aparece en el artículo 1.726 del Código civil español que dispone que la culpa del mandatario debe estimarse con más o menos rigor en función de si el mandato ha sido o no retribuido.

c) El artículo 171.2: la constatación del daño y su cuantificación al margen o con fines distintos al de la reparación

El artículo 171 del Código de Pavía establece la posibilidad que tiene la víctima de un daño de hacer constatar en juicio o en arbitraje la existencia del daño y su cuantía, y ello con independencia de que se exija, o no, su reparación mediante el ejercicio de la acción correspondiente. La posibilidad de usar este recurso está condicionada a que, con ello, se persigan fines lícitos, como hacer valer una compensación —cfr. art 132—, o una valoración del patrimonio del sujeto, en el que habrá de computarse la indemnización a que tiene derecho como consecuencia del incumplimiento, cumplimiento defectuoso o mora de una obligación contractual. También será lícito cuando dicha evaluación se quiera usar a efectos fiscales.

En el párrafo segundo del precepto se contempla la posibilidad de ejercitar una acción encaminada a la constatación de la existencia del daño, mientras que la determinación de la cuantía se deja para una valoración posterior que puede producirse, bien a través de un procedimiento judicial, o en arbitraje.

6. El artículo 167: obligación de mitigar el daño; concurrencia de culpas

El artículo 167 pone a cargo del acreedor dañado la obligación de mitigar el daño sufrido, de modo que no se le reparará el daño sufrido que hubiera podido evitar o disminuir si hubiera adoptado una serie de medidas de su incumbencia.

Si el comportamiento del acreedor interrumpe el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento, o interviene en su producción, la indemnización deberá aminorarse en la proporción en la que este comportamiento haya intervenido en la producción del resultado.

D) LA REPARACIÓN EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS: ARTÍCULO 169

El artículo 169 regula el régimen de la reparación en el caso de que se incumpla una obligación dineraria, o la misma se cumpla defectuosamente, o bien se demore su cumplimiento.

Los antecedentes inmediatos del precepto son los artículos 1153 del Código civil francés, 1124 del Código civil italiano. Mientras que el artículo 1108 del Código civil español ha sido considerado en la redacción del párrafo sexto del precepto, en orden a permitir a las partes cualquier acuerdo de contenido distinto a lo previsto en esta norma³⁹.

El primer párrafo de esta norma contiene dos previsiones importantes: por un lado, establece que la reparación procederá sin necesidad de que el acreedor demuestre la producción de un daño, y, por otro, se prohíbe al deudor la invocación de la causa exoneratoria del artículo 162.1 que consiste en que haya concurrido una causa extraña imprevisible e irresistible.

³⁹ Vid. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavia), GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, 1, Dott A. Giuffrè editore, Milano, 2001, página 565.

Cuando las obligaciones son pecuniarias, la reparación consiste en el pago de los intereses más una suma en concepto de actualización conforme establece el artículo 86.5.

La previsión de que la suma debida deba ser actualizada contenida en el precepto, nos hace tomar en consideración el principio nominalista que, en opinión común de la doctrina y de la jurisprudencia, rige en el Ordenamiento jurídico español, invocándose en este sentido artículos como el 1170, 1753, 1754 del Código civil, o el 312 del Código de comercio. Conforme a este principio, en las deudas de dinero, el obligado cumple entregando el valor nominal de lo debido; el riesgo de la pérdida de valor del dinero se evita admitiendo la posibilidad de pactar cláusulas de estabilización que actualizan la suma debida, siendo, consecuentemente necesario pactar la actualización.

Por su parte, el artículo 169 del Código de Pavia contempla expresamente la posibilidad de que la cantidad debida tenga que actualizarse convenientemente y conforme a lo dispuesto en el artículo 86.5. No obstante, establece el precepto que dicha actualización se llevará a cabo *si procede*, lo cual puede interpretarse de dos modos distintos. Por un lado, puede querer decir que para que, haya actualización, las partes la han tenido que acordar expresamente, del mismo modo que ocurre en el Ordenamiento español. O bien, puede entenderse en el sentido de que la actualización se aplicará cuando el transcurso de tiempo sea lo suficientemente amplio como para que haya podido producirse una depreciación de la moneda, pero sin ser necesario un pacto expreso de actualización. Particularmente, me inclinaría por esta segunda interpretación.

Con lo que, bajo este régimen, no será preciso pacto expreso de las partes sobre la actualización, estableciéndose, además, el índice a utilizar —si las partes no han previsto otro— que es el índice de precios al consumo armonizado que publica periódicamente el Eurostat.

El cálculo de los intereses se realizará mediante la aplicación de los tipos oficiales fijados por el Banco Central Europeo.

En el párrafo quinto se establece que los intereses debidos generan a su vez intereses suplementarios que, además, son susceptibles de la correspondiente actualización. Es el denominado *anatocismo*.

El párrafo sexto, cuyo antecedente inmediato es el artículo 1108 del Código civil español como ya hemos dicho, establece que las partes pueden pactar otra cosa distinta a lo previsto en el precepto. No obstante, ha de tomarse en consideración que dichos pactos deben respetar lo dispuesto en las normas nacionales sobre la usura (en lo que a nosotros nos afecta, en la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908).

VI . LA CLÁUSULA PENAL: ARTÍCULO 170

El artículo 170 del Código de Pavía regula la cláusula penal o pena convencional, entendiéndose por tal el pacto por el que las partes acuerdan, al celebrar el contrato, que, en caso de que el deudor incumpla, cumpla defectuosamente o se retrase, tendrá que realizar un determinada prestación a favor del acreedor.

A) ÁMBITO DE LIBERTAD RECONOCIDO A LAS PARTES EN ORDEN A LA CONFIGURACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La pena convencional puede ser cumulativa (cuando, además del cumplimiento de la prestación, debe cumplirse la pena convencional) o sustitutiva (se sustituye la indemnización debida por incumplimiento por la pena pactada), ya que la denominada pena facultativa o de arrepentimiento (que permite a las partes liberarse de la obligación entregando la pena) no puede considerarse propiamente una cláusula penal.

Una de las cuestiones más interesantes que plantea este precepto es la de si se impone una determinada configuración de la cláusula penal, o si por el contrario, las partes tienen libertad para

caracterizar la pena como estimen oportuno —bien como cumulativa, bien como sustitutiva— según convenga a sus intereses en cada caso concreto.

En principio, la inercia que supone el que los artículos 1152 y ss del Código civil español, al regular esta institución, otorguen plena libertad a las partes para configurar la pena convencional como sustitutiva o como cumulativa, nos llevaría a considerar que también el artículo 170 del Código de Pavía se puede interpretar en el mismo sentido y considerar que parte del mismo planteamiento que el Código civil español. Así, podría entenderse que el primer párrafo del precepto y el tercero, que son los que parecen imponer una caracterización determinada de la pena convencional, podrían considerarse normas interpretativas de la voluntad de las partes cuando las mismas no precisan claramente qué clase de pena convienen.

Ahora bien, son varias las consideraciones que contrarrestan la inercia referida y nos llevan a sostener una interpretación distinta del precepto.

En primer lugar, es la literalidad del artículo 170 del Código de Pavía el que, de entrada, nos sugiere que las cosas no son aquí como en el Código civil español. Este precepto utiliza una serie de expresiones que parecen estar imponiendo a las partes una concreta configuración de la pena como cumulativa o como sustitutiva. Las expresiones del artículo 170 a que hago referencia son las de *siempre* que se usa en el primer párrafo y que parece imponer el carácter sustitutivo de la pena en todo caso, aunque inmediatamente después se contempla una excepción, a la que más adelante hago referencia. También el párrafo tercero referido a la cláusula penal pactada para el caso de mora parece imponer la configuración de la pena necesariamente como cumulativa, sin que quepa la pena sustitutiva y en este caso sí que no se contempla ninguna excepción, ni la posibilidad de pacto en contrario.

Además, es preciso tomar en consideración los precedentes italianos del precepto⁴⁰, que son fácilmente reconocibles en la redacción del artículo 170 del Código de Pavía: el párrafo primero es prácticamente igual al artículo 1382 del Código italiano; el tercero, es idéntico al 1383. Si tenemos esto en cuenta, hay que considerar la interpretación que, de estos preceptos del Código civil italiano, realiza la doctrina y la jurisprudencia de dicho país.

El primer párrafo del artículo 170 del Código de Pavía que estamos analizando, establece una configuración de la pena convencional como sustitutiva. El precepto parece imponer a las partes la pena sustitutiva porque dice que *y ello es así siempre*. Con lo que en un principio, la interpretación del precepto parece clara, sin embargo, desconcierta la expresión con la que finaliza este párrafo: *excepto cuando la posibilidad de reparar el daño ulterior haya sido pactada*.

Esta expresión de difícil inteligencia, podría significar que, salvo que las partes pacten la pena como cumulativa, ésta es sustitutiva. Sin embargo, no es esa la lectura que corresponde hacer de la misma. Para entenderla hay que tener en cuenta que el artículo 1382 del Código civil italiano contiene exactamente la misma expresión —*se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore*—. La doctrina italiana interpreta el inciso en el sentido de que, si el daño causado como consecuencia del incumplimiento, del cumplimiento defectuoso o de la mora es superior a lo convenido como pena convencional, las partes pueden pactar que el acreedor insatisfecho, además de recibir la cantidad pactada como pena, deba recibir otra cantidad hasta que los daños causados sean plenamente reparados⁴¹.

⁴⁰ Entre los precedentes de este precepto del Código de Pavía se mencionan los arts 1382 y siguientes del Código civil italiano y el 444 del *Contract Code*. Vid. *Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)*, GANDOLFI, Giuseppe, (coord.) *Código Europeo de Contratos*, Livre premier, I, Dott A. Giuffrè editore, Milano, 2001, página 565 y 566.

⁴¹ Vid. en este sentido, SACCO, Rodolfo, DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*. T. II, UTET, Torino, 1993, página 162.

Lo que viene a confirmar que en el Código de Pavía la pena convencional sólo puede ser sustitutiva, a reserva de que las partes pacten el derecho a recibir la diferencia entre los daños causados y la pena pactada si aquellos son superiores a ésta⁴². Y esto es así salvo en el caso de mora para el que se establece una excepción, que se contempla en el párrafo tercero.

Cuando la pena convencional se pacta para el caso de mora la pena es cumulativa, es decir, además del cumplimiento se puede demandar la prestación pactada como pena. Pero, en este caso, la pena siempre será cumulativa, no pudiendo las partes configurarla como sustitutiva. La redacción del precepto es muy clara en este sentido al usar el adverbio *sólo* cuando dice *el acreedor "sólo" puede demandar... cuando...*

Esta regulación de la cláusula penal en el artículo 170 del Código de Pavía coincide con la regulación efectuada en el artículo 9. 509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos que impone el carácter sustitutivo de la pena, sin contemplar la posibilidad de pacto en sentido contrario; es decir, no se contempla la posibilidad de pactar una pena cumulativa.

Me parece muy acertada la regulación de esta cuestión en el Código de Pavía. Dicha regulación se concilia muy bien con la función que el artículo 169 otorga a la reparación, la cual se debe limitar a eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora. El permitir a las partes pactar una pena cumulativa (que permita exigir la reparación de los daños y la pena) en cualquier caso es tanto como permitir a las partes pactar una sanción privada, siendo que las sanciones o penas corresponden a otros ámbitos del Derecho, concretamente al Derecho público, siendo ajenos, en principio, al ámbito privado o de relaciones entre particulares, los daños punitivos —aunque

⁴² En el *Contract Code*, los artículos 444 y 445 se preocupan de regular qué es lo que ocurre cuando la pena pactada es superior o inferior a los daños sufridos. Estos preceptos también se cuentan entre los precedentes del artículo 170 del Código de Pavía.

pueden entreverse algunas manifestaciones de los mismos en nuestro Ordenamiento—. Si el deudor que incumple debe satisfacer, además de los daños y perjuicios causados, la prestación convenida como cláusula penal, nos encontramos ante una sanción privada, y algún autor español ya ha planteado si estas sanciones privadas son conformes a Derecho⁴³.

B) LA MODERACIÓN DE LA PENA

El párrafo cuarto del precepto contempla la facultad de moderación de la pena por parte del juez teniendo en cuenta en todo momento el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento. Atendiendo este interés, el juez puede disminuir la pena, en base a criterios de equidad, cuando la cuantía de la pena es excesiva y cuando ha habido un cumplimiento parcial que el acreedor no ha rechazado. Entiendo que, en este segundo caso, procederá la moderación cuando la pena hubiera sido prevista para el incumplimiento total, y no parezca de justicia aplicarla en toda su extensión siendo que al acreedor le es útil un cumplimiento parcial que ha aceptado. En este caso parece que se impone una división de la pena del mismo modo que se ha dividido el cumplimiento, habiendo aceptado el acreedor esta división al aceptar un cumplimiento parcial.

En Derecho español, también el artículo 1154 establece una facultad moderadora del juez en base a criterios de equidad pero sólo cuando hay cumplimiento parcial o defectuoso. Ahora bien, a diferencia de lo establecido por este precepto del Código de Pavía, en España se entiende que no cabe moderación de la pena cuando el incumplimiento es absoluto, aunque la misma sea desproporcionada y excesiva.

En lo que no plantea duda la interpretación de este artículo es que la moderación de la pena por el juez es una facultad que

⁴³ ORTÍ VALLEJO, "Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, páginas 281 y ss.

aquél puede usar o no, mientras que el artículo 1154 suscita polémica en cuanto a este extremo.

Me parece también destacable lo previsto a propósito de la facultad moderadora de la pena por el artículo 9.509 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos en el sentido de que la pena puede verse reducida, aunque las partes hayan pactado que no cabe dicha moderación de la pena convencional, si es excesiva a la vista del daño sufrido por el acreedor insatisfecho a raíz del incumplimiento, y en virtud de cualesquiera otras circunstancias.

C) LÍMITES A LA EFICACIA DE CLÁUSULAS PENALES A CARGO DEL CONSUMIDOR

Conforme al párrafo quinto del artículo 170, cuando el que incumple es el consumidor, la cláusula penal que, en su caso, se haya establecido a su cargo, será ineficaz si se trata de una condición general de la contratación. Sin embargo, si dicha pena se ha pactado particularmente será plenamente eficaz, lo que resulta no sólo de este artículo, sino también de lo dispuesto en el artículo 30.5. De manera que la contraparte del consumidor, en caso de que éste incumpla, cumpla defectuosamente o se retrase, no podrá exigir en el primer caso la prestación pactada como pena, pudiendo exigir la reparación de los daños y perjuicios correspondientes.

Tal y como está redactado el precepto, parece que la consecuencia de la ineficacia se producirá irremediablemente aunque la aplicación de la pena convencional resulte más beneficiosa para el consumidor que la estimación de los daños y perjuicios causados. Sin embargo, entiendo que se hubiera protegido mejor los intereses del consumidor, dejando a salvo la eficacia de la pena convencional para el caso de que su aplicación resultara más beneficiosa para el consumidor que la reparación de los daños y perjuicios causados conforme al régimen legalmente aplicable.

En Derecho español, la regulación de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas protege al

adherente y, en su caso, al consumidor, sin desatender la posibilidad de que, en determinados casos, de las condiciones generales resulte un régimen beneficioso para los intereses del consumidor y usuario. Así, existen algunas normas en que se establece la prioridad de las condiciones generales sobre las particularmente convenidas si son más beneficiosas para el adherente —artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación—. Además, en el caso de que la condición general sea más beneficiosa para el consumidor no podríamos hablar de cláusula abusiva en el sentido del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios con lo que no serían nulas.

En mi opinión, la literalidad de este precepto del Código de Pavía procura una protección al consumidor frente a las cláusulas penales establecidas a su cargo en condiciones generales, incluso *a su pesar*.

No obstante, entiendo posible una interpretación correctora del precepto que pase por alto su literalidad. Así, podría sostenerse la eficacia de la cláusula penal establecida en una condición general a cargo de un consumidor cuando sea beneficiosa para sus intereses, es decir, cuando sea más costoso satisfacer la reparación debida como consecuencia del incumplimiento, el cumplimiento defectuoso o la mora en base a la aplicación del régimen legal aplicable.

Esta interpretación correctora puede apoyarse en varios preceptos del Código de Pavía, como el artículo 30, referido a las cláusulas abusivas, y el 33, referido a las condiciones generales de la contratación. Conforme al artículo 33 las condiciones generales no son oponibles a la contraparte cuando deban reputarse abusivas. Por su parte, el artículo 30.5 establece que sólo carecerán de efectos las cláusulas no discutidas (entre ellas las condiciones generales de la contratación) que produzcan un desequilibrio en perjuicio del consumidor. De modo que parece posible interpretar correctoramente el precepto en el sentido referido, de acuerdo con el conjunto de normas del que forma parte

referidas a la protección del consumidor frente a condiciones generales.

VII. EL ARBITRAJE

Como ya he dicho en los preliminares al Comentario de estos artículos, es el interés de evitar la intervención de los órganos jurisdiccionales en la solución de conflictos lo que entiendo que lleva a incluir en este Código la regulación del arbitraje⁴⁴.

En principio, cualquiera de los supuestos del Código en que se contempla la intervención de un juez puede someterse a arbitraje, dejando a salvo las excepciones del párrafo cuarto de este artículo 173. Concretamente, no pueden someterse a arbitraje cuestiones prohibidas por alguna norma imperativa, si se excluye el arbitraje del contrato, cuando la controversia se ha sometido ya al juez y, en los casos en los que no se persigue la solución de un conflicto, sino la adopción de ciertas medidas para las que está previsto el artículo 172. En este sentido conviene destacar como la Ley española de arbitraje no contiene ningún elenco de materias que no pueden someterse a arbitraje⁴⁵.

Para iniciar el procedimiento arbitral una de las partes debe enviar a la otra una comunicación en este sentido en la que, entre otros extremos, debe contener la designación de uno de los árbitros. La otra parte debe responder en un plazo de 30 días designando un árbitro; si no contesta en ese plazo la primera parte puede pedir al juez que designe el árbitro que correspondía nombrar a la parte requerida. El tercer árbitro se designa entre los otros dos ya nombrados, o en defecto de acuerdo, por los árbitros mencionados (lo que puede ser problemático, pues si los árbi-

⁴⁴ En España, la regulación del arbitraje se regula en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁴⁵ Sobre esta cuestión y en relación a la Ley de arbitraje española 36/1988, de 23 de diciembre de Arbitraje, derogada por la vigente, puede consultarse GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, edit. Aranzada, Pamplona, 1998.

tros no se ponen de acuerdo, no procede que se les designe a ellos otra vez para que lo designen).

El proceso finaliza con un laudo que debe emitirse en un plazo de seis meses desde que se designó el tercer árbitro. Dicho laudo permite solicitar las medidas del artículo 172 y tiene los efectos establecidos en el artículo 42, es decir, es ley entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA¹

¹ Esta Bibliografía Básica no constituye, obviamente, un variado de la que se cita en cada uno de los capítulos de que consta esta obra colectiva. Trata de ayudar al lector que se propone profundizar en las cuestiones aquí tratadas recogiendo la literatura más generalmente citada por los correspondientes autores.

- ACEBES, *La armonización del Derecho civil en Europa*, La Ley, 2002.
- ALBALADEJO, *Derecho civil* (varios tomos, vols. y eds).
- ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (Madrid 1991).
- ALPA, *La armonización del Derecho contractual y el Proyecto del Código civil europeo* RDPatr, 2003, p. 25 ss.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho de obligaciones* (Madrid 2001).
- ALVAREZ VIGARAY, *Introducción al estudio de la inoponibilidad*, Homenaje Vallet de Goytisolo, I, 1988, p. 81 ss.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I, *La culpa "in contrahendo" (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)* (Bilbao 1989).
- BADENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria* (Pamplona 1998).
- BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil* (Bologna 1987).
- BASOZÁBAL, *El contrato de asunción de deuda* ADC, 2000.
- BEALE-LANDO, *Principles of European Contract Law* (Dordrecht 1995); nueva ed. La Haya 2000; trad. esp. de Barrés, Embid y Martínez Sanz (Madrid 2003).
- BEALE et altri, *Materials and Text on Contract Law*, (Oxford-Portland 2002).
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones* (Madrid 1956).
- BIANCA, *Diritto civile* (varios vols. y eds.).
- BOIX RASPALL, s.v. *Auxiliares del empresario*, NEJS, III, p. 180 ss.

- CABALLERO LOZANO, *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones* (Barcelona 1993).
- CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), VV.AA., *Derecho privado europeo* (Madrid 2002).
- Id. Id., *El contrato a favor de tercero a la luz de la armonización del Derecho privado europeo*, Libro-Homenaje Puig Ferriol (Valencia 2005).
- CAÑIZARES LASO, *La caducidad de los derechos y acciones* (Madrid 2001).
- CARBONNIER, *Droit civil* (varios vols. y eds.).
- CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral* (varios tomos, volúmenes y ediciones).
- CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulable* (Bolonia 1977). *Code Européen de Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur G. Gandolfi) Livre I, Milano, Giuffrè Editore. 1ª ed. 1998; 2ª y 3ª ed. 2002.
- COING, *Derecho privado europeo* Trad. esp. y apostillas de Pérez Martín (Madrid 1996).
- Comentarios al Código civil* (dirigidos por Albaladejo y Silvia Díaz Alabart) (varios tomos, volúmenes y ediciones).
- Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia* (dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz y Salvador Coderch) (Madrid 1991-1992).
- CRISTOBAL MONTES, *La promesa de hecho ajeno*, RDP. 1974.
- Id. Id., *Estudios de Derecho de obligaciones* (Zaragoza 1985).
- Id. Id. *El incumplimiento de las obligaciones*. (Madrid 1989)
- Id. Id., *La estructura y los sujetos de la obligación* (Madrid 1990).
- DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid 1967).
- DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, ADC, 1952, p. 1369 ss.
- DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico* (Madrid 1987).
- Id. Id. *De nuevo sobre la conversión del negocio*, RDP, 2001, p. 545 ss.

- Id. Id., *Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea*, Homenaje Díez-Picazo, II (Madrid 2003), p. 2263 ss.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* (varios volúmenes y ediciones).
- DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado* (Madrid 1979; nueva ed. 1992).
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil* (varios tomos y eds.).
- DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos* (Madrid 2002).
- DÍEZ SOTO, *La conversión del negocio nulo* (Barcelona 1993).
- DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per se o per persona da nominare* (Napoli 1996).
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale* (varios vols., tomos y eds.)
- GARCÍA RUBIO, M^a Paz, *La responsabilidad pre-contractual en el Derecho español* (Madrid 1991).
- GARRIGUES, *Auxiliares del comerciante*, RDP, 1930, p. 197 ss.
- GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del arbitraje* (Pamplona 1998).
- GHESTIN, *Traité de droit civil* (varios vols. y eds.).
- GIL RODRIGUEZ, *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión* (Madrid 1989).
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información en la contratación privada* (Madrid 1994).
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español* (Madrid 1992).
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente* (Sevilla 1978).
- HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (Madrid 1983).
- JIMÉNEZ BLANCO, *El contrato internacional a favor de tercero* (Santiago 2002).

- CABALLERO LOZANO, *Las prohibiciones de disponer. Su proyección como garantía de las obligaciones* (Barcelona 1993).
- CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), VV.AA., *Derecho privado europeo* (Madrid 2002).
- Id. Id., *El contrato a favor de tercero a la luz de la armonización del Derecho privado europeo*, Libro-Homenaje Puig Ferriol (Valencia 2005).
- CAÑIZARES LASO, *La caducidad de los derechos y acciones* (Madrid 2001).
- CARBONNIER, *Droit civil* (varios vols. y eds.).
- CASTÁN TOBEÑAS *Derecho civil español, común y foral* (varios tomos, volúmenes y ediciones).
- CLAVERÍA, *La confirmación del contrato anulable* (Bolonia 1977).
- Code Européen de Contrats, Avant-Projet* (Coordinateur G. Gandolfi) Livre I, Milano, Giuffré Editore. 1ª ed. 1998; 2ª y 3ª ed. 2002.
- COING, *Derecho privado europeo* Trad. esp. y apostillas de Pérez Martín (Madrid 1996).
- Comentarios al Código civil* (dirigidos por Albaladejo y Silvia Díaz Alabart) (varios tomos, volúmenes y ediciones).
- Comentarios del Código civil del Ministerio de Justicia* (dirigidos por Paz-Ares, Díez-Picazo, R. Bercovitz y Salvador Coderch) (Madrid 1991-1992).
- CRISTOBAL MONTES, *La promesa de hecho ajeno*, RDP. 1974.
- Id. Id., *Estudios de Derecho de obligaciones* (Zaragoza 1985).
- Id. Id. *El incumplimiento de las obligaciones*. (Madrid 1989)
- Id. Id., *La estructura y los sujetos de la obligación* (Madrid 1990).
- DE CASTRO, *El negocio jurídico* (Madrid 1967).
- DE CASTRO, *Contrato por persona a designar*, ADC, 1952, p. 1369 ss.
- DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico* (Madrid 1987).
- Id. Id. *De nuevo sobre la conversión del negocio*, RDP, 2001, p. 545 ss.

- Id. Id., *Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea*, Homenaje Díez-Picazo, II (Madrid 2003), p. 2263 ss.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial* (varios volúmenes y ediciones).
- DÍEZ-PICAZO, *La representación en el derecho privado* (Madrid 1979; nueva ed. 1992).
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil* (varios tomos y eds.).
- DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos* (Madrid 2002).
- DÍEZ SOTO, *La conversión del negocio nulo* (Barcelona 1993).
- DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per se o per persona da nominare* (Napoli 1996).
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale* (varios vols., tomos y eds.).
- GARCÍA RUBIO, M^a Paz, *La responsabilidad pre-contractual en el Derecho español* (Madrid 1991).
- GARRIGUES, *Auxiliares del comerciante*, RDP, 1930, p. 197 ss.
- GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del arbitraje* (Pamplona 1998).
- GHESTIN, *Traité de droit civil* (varios vols. y eds.).
- GIL RODRIGUEZ, *Garantías por insolvencia pública en la delegación y en la cesión* (Madrid 1989).
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Los deberes precontractuales de información en la contratación privada* (Madrid 1994).
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español* (Madrid 1992).
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente* (Sevilla 1978).
- HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (Madrid 1983).
- JIMÉNEZ BLANCO, *El contrato internacional a favor de tercero* (Santiago 2002).

- JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (Madrid 1989).
- Id. Id., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que emplea en el cumplimiento* (Madrid 1994).
- LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil* (varios tomos, volúmenes y ediciones).
- LARROUMET, *Droit civil* (varios vols., tomos y eds.).
- LÉGIER, *Stipulation pour autrui*, JCP, 1998, 1091 ss.
- LOBATO GÓMEZ, *Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado*, ADC, 1992, p. 651 ss.
- LÓPEZ RICHART, *Los contratos a favor de tercero* (Madrid 2001).
- LUNA SERRANO, *El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los contratos*, Estudios de Deusto, vol. 51/1, enero-junio 2003, p. 307 ss.
- LLOBET AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos* (Madrid 1996).
- MALAURY-AYNÉS, *Droit civil* (varios vols. y eds.).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *La promesa pública de recompensa* (Barcelona 1983).
- MASIDE MIRANDA, *El futuro Código europeo de contratos*, RCDI, 2004, p. 1769 ss.
- McGREGOR, *Contract Code*, (Milano 1993).
- MENÉNDEZ, *Los auxiliares del empresario*, RDM, 1959, p. 237 ss.
- MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual* (Pamplona 1998).
- MORENO QUESADA *La oferta contractual* (Barcelona 1963).
- NAVARRO MICHEL, *El contrato para persona a designar: Nuevas perspectivas*, (Madrid 2004).
- PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas* (Madrid-Barcelona 1999).
- PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores* (Granada 2003).

- PANTALEÓN PRIETO, *Cesión de créditos*, ADC, 1988.
- Id. Id., *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, ADC, 1991, p. 1019ss
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, *Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa ¿Es posible un Código civil europeo?*, AC, 2002, p. 1167 ss.
- PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato* (Madrid 1997).
- PÉREZ CONESA, *El contrato a favor de tercero*, (Granada 1999).
- PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada* (Madrid 1990).
- RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad* (Valencia 1994).
- SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil* (Madrid 1996).
- TREITEL, *The Law of Contract*, 10ª ed. (London 1999).
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre el derecho de cosas* (Madrid 1986).
- VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilícitud contractual. Supuestos y efectos* (Valencia 2003).
- Von MEHER, *The formation of contract*, International Encyclopedia of Laws, 1992.
- VVAA, *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. esp. de Fernández Campos y Verdera Servet) (Madrid 2000).
- VVAA, *Centenario del Código civil* (Madrid 1990).
- VVAA, *Código Europeo de Contratos. Comentarios en Homenaje al Prof. Don José Luis de los Mozos y de los Mozos* (dirigidos por Vattier, De la Cuesta y Caballero) (Madrid 2003).
- VVAA, *Comentarios al Código civil* (dirigidos por Rams y Albesa).
- VVAA, *Curso de Derecho civil* (Martínez de Aguirre Aldaz et alii) (varios volúmenes y ediciones).

- VVAA, *Derecho civil. Obligaciones y contratos* (Coord. Rosario Valpuesta) (Valencia 1998).
- VVAA, *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación privada)* (Pamplona 1971).
- VVAA, *Digesto delle discipline privatistiche* (varios tomos).
- VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica* (Madrid 1995) (varios volúmenes).
- VVAA, *La riforma dei codici in Europa; il progetto di codice civile europeo. Materiali del Seminario 2001* (rac. da G. Alpa e E. N. Buccico) (Milano 2002).
- VVAA, *La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos*, RJN, octubre-diciembre 2002, p. 299 ss.
- VVAA, *Manual de Derecho civil* (dirigido por Puig Ferriol et alii) (varios tomos y eds.).
- VVAA, *Towards a European Civil Law*, 2ª ed. 1998.
- Von BAR, *The common european Law of Torts*, I (Oxford 1998).
- WACKE, *La autocontratación en el derecho de representación romana y moderno*, AAMN, 1990. p. 241 ss.
- ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The civilian Tradition today* (Nueva York 2001).
- Id. did., *Textos básicos de Derecho privado europeo* (presentación y notas de Arroyo y Amayuelas) (Madrid 2002).

13. El Protonotario de Aragón, 1472-1707.
La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna.
Juan Francisco Baltar Rodríguez
14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803).
Manuel Gómez de Valenzuela
Ana L. Navarro Soto
15. El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.
José Luis Calvo Miranda
16. Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.
Gabriel García Cantero (Coordinador)
Carlos Martínez Cerrada (Secretario)
17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730).
Manuel Gómez de Valenzuela
18. La responsabilidad penal del menor.
Carmen Samanes Ara (Coordinadora)
19. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1895).
Manuel Gómez de Valenzuela
20. Capitulaciones matrimoniales de Jaca.
Manuel Gómez de Valenzuela
21. Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés. (1997-2002)
J. Rodríguez, C. Maynar, R. Meliá, S. Ruiz, J. Martínez, V. Layed, D. Lázaro, A. Aunes, V. Viñola
22. Derecho municipal aragonés. Estatutos, actos de gobierno y contratos. (1420-1786)
Manuel Gómez de Valenzuela
23. La alera foral de pastos en Aragón.
Ignacio Pérez-Soba Díez del Corral
Miguel Ángel Solá Martín
24. La acción administrativa de protección y reforma de menores en Aragón
Luis Murillo Jaso
25. Notarios, artistas, artesanos y otros trabajadores aragoneses (1410-1693)
Manuel Gómez de Valenzuela
26. Régimen jurídico de los regadíos. Infraestructuras, gestión y aprovechamientos.
Especial referencia a Aragón
José Luis Castellano Prats



EL JUSTICIA DE ARAGÓN