

El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

RESUMEN

Admitido que el mercado interior exige un Derecho contractual uniforme, estudiamos en este trabajo el atractivo Anteproyecto de la Academia de Pavía. Tras examinar sus orígenes, características y contenido, hacemos un rápido repaso de las reglas generales sobre los contratos y las obligaciones, con especial referencia a las relativas al cumplimiento, incumplimiento y remedios. Nuestro trabajo termina con el esquema previsto para la compraventa.

ABSTRACT

The Common Market demands a uniform Law of Contracts in the future. So, we study here the stimulating Preliminary Draft of the Academy of European Private Lawyers. After its origins, features and contents, we make a brief analysis of the main rules on contracts and binding effects, giving especial attention to performance, non-performance and remedies. We finish with the set of rules on sales.

PALABRAS CLAVE

Mercado interior europeo – Marco Común de Referencia – Código Europeo de Contratos (Pavía) – Contratos, obligaciones y compraventa.

KEYWORDS

European Common Market – Common Frame of Reference – Preliminary Draft of the European Contract Code (Pavia) – Contracts, obligations and sales.

SUMARIO: 1. El nuevo Derecho europeo de contratos. 2. La Academia de Pavía y el Anteproyecto Gandolfi. 3. Estructura y contenido del Anteproyecto. 4. Noción y elementos esenciales del contrato. 5. Formación, interpretación y efectos. 6. Ineficacia, anomalías y remedios. 7. El incumplimiento y la responsabilidad contractual. 8. La compra-venta y contratos afines. 9. El valor ejemplar del Anteproyecto.

1. EL NUEVO DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS

La meta de la unificación del Derecho privado en Europa, no sólo hunde sus raíces en la vieja tradición del *ius commune*, sino que ha sido una inquietud recurrente a lo largo del siglo XX, aunque sólo en el último decenio ha adquirido verdadera importancia práctica. En efecto, la idea resurge en pleno apogeo del nacionalismo jurídico cuando E. Lambert propuso una reforma de los estudios de Derecho civil publicada en 1900, precisamente el año en que culmina la codificación decimonónica y entra en vigor el Código civil alemán. Seguidamente, tras la Gran Guerra, la unificación se plasmó en el Proyecto franco-italiano de 1927 que, inspirado en el Código suizo, se tuvo en cuenta en la redacción del Libro IV –de las obligaciones– del Código italiano; y conforme a la Resolución del Parlamento Europeo de 1989, este Proyecto debía servir de pauta para el futuro Código europeo de obligaciones y contratos. Finalmente, ya en nuestros días, el Acta Única Europea le confiere una interesante dimensión práctica pues establece el mercado interior sin fronteras a partir de 1993; como señaló G. Gandolfi con acierto, el mercado único exige un Código también único en lo que concierne, al menos, al Derecho de contratos que está llamado a regir el comercio entre los distintos Estados integrados en el mercado común¹.

Lo que es lógico habida cuenta de que, en el ámbito de la Unión Europea, ahora ampliada a cerca de una treintena de Estados miembros, la diversidad legislativa no sólo aumenta los costes de transacción de los contratos intracomunitarios, sino que comporta dificultades graves para las pequeñas y medianas empresas en el tráfico transfronterizo, al tiempo que puede ser perjudicial para los consu-

¹ Nos referimos a su reseñable artículo «Pour un code européen des contrats», en *RTDC*, 1992, pp. 707 y ss. En particular, la hegemonía de Prusia en el Imperio alemán podría explicar el actual predominio de la conjunción anglo-germana en la futura codificación europea, según se desprende del estudio de A. J. KANNING, «The emergence of a European Private Law: Lessons from 19th Century Germany», en *Oxford JLS*, 27, 2007, pp. 193 y ss.

midores que se arriesgan a contratar bienes o servicios en el extranjero. Por eso, centrándonos en el Derecho europeo de contratos, no debe extrañarnos que en el año 2000 hayan aparecido dos proyectos encaminados a regularlo, a pesar de las indudables dificultades que existen para la unificación. Entre otras, destacan la resistencia anglosajona a la codificación, la velada oposición de las grandes empresas y los grandes despachos profesionales, la omisión del tema tanto en el Tratado Constitutivo como en la pseudo Constitución Europea o, en fin, la disciplina diversa de las obligaciones en los diferentes ordenamientos europeos. Aunque difieren en sus métodos y sus metas, a los dos proyectos se debe el mérito de haber incitado a las instituciones comunitarias, tanto a la Comisión como al Parlamento, a que intervengan en el asunto aunque partan de concepciones opuestas; de acuerdo con sus previsiones, cabe esperar que los trabajos de uno y otro estén terminados a comienzos del próximo decenio².

El primero de estos proyectos está constituido por los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, cuya redacción ha estado a cargo de una Comisión presidida por O. Lando; comprende las reglas generales sobre el contrato y las obligaciones contractuales, que se han estudiado en dos importantes libros españoles, un comentario encabezado por L. Díez-Picazo y otro sobre el Derecho privado europeo coordinado por S. Cámara Lapuente³. A dichas reglas se han añadido posteriormente otras sobre la compensación, la transmisión, la prescripción y la ineficacia⁴. Este conjunto forma parte hoy de algo tan confuso como el denominado Marco Común de Referencia previsto por la Comisión en su plan de acción de 2003, al que se agregó el año siguiente la revisión del acervo comunitario en materia de consumo. Aunque no está claro cómo ha de elaborarse, a juicio de A. Cabanillas Sánchez⁵, su redacción se ha encomendado, de momento, a los especialistas integrados en la Red sobre Principios Comunes del Derecho Contractual Europeo,

² Para más datos y referencias nos remitimos a nuestros trabajos «Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Unión Europea», en *RDP*, 1993, pp. 223 y ss., y «El Anteproyecto de Pavía», en *Derecho Patrimonial Europeo*, coords. G. Palao, L. Prats y M. J. Reyes, Cizur Menor, 2003, pp. 419 y ss. Últimamente, el amplio y documentado trabajo de E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006.

³ Aludimos a L. DÍEZ-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES MORENO, *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, y *Derecho Privado Europeo*, coord. S. Cámara Lapuente, Madrid, 2003.

⁴ Vid. A. VAQUER ALOY, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia, 2005.

⁵ El Anteproyecto francés de reforma del «Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción» (Estudio preliminar y traducción), en *ADC*, 2007, p. 628.

constituida en 2005 bajo la coordinación del Study Group, dirigido por C. v. Bar, y el Acquis Group, que encabeza H. Schulte-Nölke⁶.

Fruto de esta labor es el llamado «proyecto académico» de Marco Común de Referencia (DCFR) que, junto a estas reglas generales, contiene además normas sobre la compraventa, el arrendamiento de cosas, los servicios en general –y en particular sobre los contratos de construcción, fabricación, depósito, diseño, información o consejo y tratamientos médicos y sanitarios– así como sobre el mandato, la agencia, la franquicia y la concesión mercantil, a lo que se unen las relativas a la fianza, la gestión de negocios ajenos, la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento indebido. En cada apartado se integran las disposiciones protectoras de los consumidores, sin constituir en general unidades independientes.

Aunque se trata de un texto incompleto, sus redactores pretenden que sea multifuncional; y por eso, a la vez que puede servir a la Comisión para elaborar el texto normativo del futuro Marco Común de Referencia y para revisar y armonizar las Directivas de consumo, puede valer también como modelo para el legislador comunitario y estatal, además de ser un instrumento normativo destinado a regir los derechos y obligaciones de las partes en los contratos, y no sólo las operaciones de consumo, pero siempre de carácter facultativo y, por tanto, de aplicación voluntaria por los contratantes (*Opt in*)⁷.

Este proyecto se propicia, como dijimos, por la Comisión Europea y, de acuerdo con el II Informe de situación, publicado el 25 de julio de 2007⁸, se concibe ahora como una «caja de herramientas» para el legislador europeo y la posible elaboración de un futuro Libro Blanco sobre el consumo, pero –y esto es lo llamativo– no aspira a alcanzar una armonización a gran escala, ni pretende ser un Código civil europeo. Su contenido está todavía sin determinar pues cabe agregar la contratación de servicios financieros, los retrasos en los pagos –incluida la reserva de dominio–, así como otras cuestiones generales, tales como los requisitos de forma, la validez, los vicios del consentimiento y la interpretación del contrato, aun cuando tales materias se incluyen ya en el DCFR.

⁶ El texto se titula *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, eds. C. v. Bar, E. CLIVE y H. SCHULTE-MÖLKE, Munich, 2008, con una extensa *Introduction debida a los editores*, pp. 3 y ss.; sobre los colaboradores de ambos grupos, pp. 41-49.

⁷ *Introduction*, pp. 29 y ss.

⁸ COM (2007) 447 final. A partir de este Informe, a juicio de G. ALPA y G. CONTE, parece que la Comisión, en contraste con el Parlamento Europeo, abandona la armonización del Derecho privado y se concentra exclusivamente en el *acquis* comunitario en materia de consumo (*vid. Rifessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis Communautaire*, en RDC, 2008, pp. 142 y ss.).

El otro proyecto es el Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, que concuerda básicamente con la propuesta que el Parlamento Europeo ha formulado a través de media docena de Resoluciones, la última consultada es de 7 de septiembre de 2006⁹. De acuerdo con esta propuesta, el mercado interior exige un Derecho privado uniforme, en especial en materia de contratos, cuyo *corpus* debería estar acabado en 2010 y ser de eficacia vinculante para las partes contratantes, si bien pueden excluirlo mediante pacto expreso (*Opt out*). Ello presupone grandes esfuerzos de armonización del Derecho civil, por lo que el Parlamento sugiere a la Comisión que reoriente sus trabajos, mantenga abiertas todas las opciones y tenga en cuenta que el Marco Común de Referencia debe formularse con una perspectiva de largo plazo.

Pese a la ambigüedad de estos términos, es claro que el Parlamento propone aquí un futuro *Código europeo contratos* que, además de las obligaciones extracontractuales, puede ampliarse también a los bienes muebles, las garantías mobiliarias e incluso al *trust*, en lo que coincide con el DCFR¹⁰. Pero es, asimismo, igualmente claro que esto no confiere al Anteproyecto de Pavía un respaldo oficial, aunque es fácil apreciar una marcada convergencia de estilo y de propósitos, como podremos comprobar a continuación.

2. LA ACADEMIA DE PAVÍA Y EL ANTEPROYECTO GANDOLFI

En efecto, recordemos que en el otoño de 1990, se reunieron en la Universidad de Pavía varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos y sede en Pavía, quedó formalmente constituido en 1992. La Academia está formada por más de un centenar juristas de los diferentes países de la Unión Europea y de Suiza, muchos de ellos son de gran prestigio, como los fallecidos F. Wieacker, A. Trabucchi o A. Tunc, o como los españoles J. L. de los Mozos, G. García Cantero y A. Luna Serrano, el primero de los cuales ostentó la presidencia hasta su inesperado y lamentable fallecimiento. Reciente-

⁹ P6_TA(2006)0352, *DOUE* C 305 E/247, de 14 de diciembre de 2006, donde figuran las referencias a las Resoluciones anteriores.

¹⁰ Según la *Introduction*, cit., p. 22, los tres libros que faltan en la actualidad para completar el DCFR se dedicarán, asimismo, al régimen de los bienes muebles, de las garantías mobiliarias y del *trust*.

mente se han incorporado nuevos miembros procedentes de los países del Este, de América Latina y también de España¹¹.

Tras resolver algunos aspectos preliminares, la Academia se ocupó de complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes¹², y a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva ha estado a cargo de G. Gandolfi, en su condición de coordinador de los trabajos, y por eso esta propuesta suele denominarse también «Anteproyecto Gandolfi». El Libro I, relativo a la doctrina general del contrato y las obligaciones contractuales, se ha publicado en francés con el título de *Code européen des contrats*, cuya última edición es de 2004¹³. Aparte del texto articulado, la obra contiene cinco interesantes informes del coordinador sobre las diversas materias, en los que, tras exponer el *status quaestionis* en las diferentes fuentes, se resumen las propuestas y las opiniones de los Académicos, se someten a un análisis comparativo, y se dan a conocer los motivos y el origen directo de cada precepto. Entre nosotros, se han publicado dos extensas obras, un *Comentario* dedicado al Profesor De los Mozos y unas *Anotaciones*, que ha coordinado G. García Cantero, sobre su posible impacto en nuestro Derecho¹⁴. En la actualidad, la Academia trabaja en el Libro II, que versa sobre los contratos en particular y probablemente el enriquecimiento sin causa y los daños¹⁵; más adelante haremos una breve referencia al esquema previsto para el contrato de compraventa¹⁶.

En su afán de alcanzar la meta de la unificación efectiva, la Academia se ha inspirado en dos fuentes fundamentales, el *Contract Code* redactado por H. McGregor para la Law Commission en 1965 debidamente actualizado¹⁷, y el Código civil italiano, que ha servi-

¹¹ Los nuevos miembros españoles son L. H. Clavería Gosálbez, C. Rogel Vide, C. Maluquer de Motes, C. Martínez de Aguirre, J. M. de la Cuesta y el autor de estas líneas.

¹² Las actas de estas sesiones se han recogido por P. STEIN, *Convegni di studio per la redazione del progetto de un Codice europeo dei contratti* (Pavia, 1992-1994), Milán, 1996, pp. 5 y ss.

¹³ Publicado por GIUFFRÈ, Milán, 1.ª ed. 2000, 2.ª ed. corregida 2001 y nueva ed. revisada por L. GATT, 2004; hemos dado noticia de su publicación en *ADC*, 2001, pp. 753 y ss., *RCDI*, 668, 2001, pp. 2679 y ss., y en nuestra nota informativa «El nuevo Anteproyecto Gandolfi para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea», en *Noticias UE*, 204, 2002, pp. 9 y ss.

¹⁴ Respectivamente, *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos* (Pavía). *Comentario en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, dirs. C. Vattier, J. M. de la Cuesta y J. M. Caballero, Madrid, 2003 y *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, coord. G. García Cantero, Zaragoza, 2005.

¹⁵ Informa de los últimos trabajos G. GANDOLFI, «Il libro secondo (“Des contrats en particulier”) del “Code européen des contrats”», en *RDC*, 2005, pp. 653 y ss.

¹⁶ Disponible en www.accademiagiurprivatistieuropei.org. it

¹⁷ *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. y Nota Preliminar por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997.

do como «hoja de ruta» para orientar los trabajos. Se ha acudido al primero por representar una síntesis actualizada del Derecho inglés y escocés, y al segundo por contener el doble influjo del Código civil francés y del BGB. Pero se han tenido en cuenta, además, otros Códigos importantes como el suizo, el portugués o el holandés, con una atención muy especial al nuestro, sin perjuicio de las Directivas comunitarias protectoras de los consumidores¹⁸.

Dadas estas fuentes, se comprende que el estilo del Anteproyecto sea de corte clásico y que pretenda abarcar todos los aspectos de la materia, y por eso condensa en un solo precepto la disciplina de cada instituto a la par que aporta soluciones prácticas a los problemas planteados por cada uno de ellos. En este sentido, no es un *Restatement* de las doctrinas imperantes en los Derechos vigentes en Europa, como lo era de alguna manera la propuesta original de O. Lando, sino un conjunto de reglas que puedan ser aplicadas por las partes contratantes y, en su caso, por el juez o el árbitro competente. Acaso por ello su redacción no siempre alcanza la nitidez que sería de desear y en ocasiones sea un tanto prolija y reiterativa, aparte de que contiene numerosas remisiones cruzadas que no hacen fácil su lectura y comprensión.

A nuestro modo de ver, cuatro son las características más sobresalientes del Anteproyecto. Ante todo, se trata de unas reglas que pretenden regular toda clase de contratos, lo mismo nacionales que internacionales, tanto entre empresarios como los celebrados por los consumidores, bien sean contratos civiles o bien de índole mercantil. Por otro lado, se han omitido las categorías abstractas que podrían encontrar alguna oposición en el Derecho anglosajón, y de aquí que no se mencione el negocio jurídico y que la obligación aparezca sólo como un efecto típico del contrato; tampoco hay una cláusula general de buena fe, aun cuando existen numerosas aplicaciones concretas de la misma, que ni siquiera figura como criterio autónomo para interpretar el contrato, si bien el resultado de la interpretación no puede ser contrario a la buena fe (art. 39.4). Asimismo, existe un decidido propósito de conservación del contrato que se advierte, tanto en la disciplina de las diversas anomalías que pueden afectarle, como en cierto *favor debitoris*, que tiene distintas manifestaciones, tales como, entre otras, los plazos suplementarios y el fraccionamiento del pago (art. 110), la renegociación del contrato por las partes en caso de excesiva onerosidad de la prestación (arts. 97.1 y 157) y la prohibición de acumular los remedios del incumplimiento cuando provoque una situación insostenible para

¹⁸ Para más información J. L. DE LOS MOZOS, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía», en *Estudios sobre Derecho de Contratos, Integración Europea, Codificación*, Madrid, 2005, pp. 173 y ss., y G. García Cantero

el deudor (art. 171.3). Con todo, la conservación del contrato se frustra con frecuencia por las numerosas facultades de desistimiento previstas en materia de compraventa. En fin, se han reducido notablemente los supuestos de remisión a la discrecionalidad del juez, pero no por desconfianza, sino porque se ha querido evitar a toda costa la «renacionalización» del futuro Derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros, con la sorprendente salvedad de que en caso de contradicción entre una norma comunitaria y una constitucional se da preferencia inexplicablemente a esta última (art. 140.3).

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El texto articulado, que se ha publicado también en castellano¹⁹, consta de 173 artículos, algunos muy extensos, que se agrupan en once Títulos, los cuales se ordenan en forma relativamente novedosa para conseguir una estructura unitaria en la que coexisten, en acertada simbiosis, materias que pertenecen, entre nosotros, al ámbito del contrato y al ámbito de las obligaciones. Así, los cinco primeros Títulos comprenden las habituales reglas sobre la definición de contrato, régimen aplicable y capacidad de las partes, la formación del consentimiento mediante los tratos preliminares y la conclusión por medio de la oferta y la aceptación, el contenido, la forma y la interpretación. Pero el Título VI contempla, junto a las fuentes de integración del reglamento contractual, los efectos del contrato, así como los tradicionales elementos accidentales de la condición, el término y el modo o carga, además de la representación, con la novedad de los contratos con persona a designar y los contratos a favor de tercero.

Además, los dos Títulos siguientes –los Títulos VII y VIII– versan sobre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones. Mientras el primero prevé la diligencia exigible y las normas sobre el pago, con las especialidades propias de las obligaciones pecuniarias, alternativas, solidarias e indivisibles, el segundo, en cambio, alude a los distintos supuestos de incumplimiento, la excesiva onerosidad, la mora del deudor y del acreedor, así como a las consecuencias o remedios del incumplimiento, que son la acción de

¹⁹ Existen dos versiones con muy pocas variaciones entre sí; una es de J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO, que se titula «Academia de Iusprivatistas Europeos, Código europeo de contratos (Anteproyecto)», en *RGLI*, 2001, pp. 713 y ss., y la otra es una traducción dirigida por G. GARCÍA CANTERO, «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», en *RDN*, 44, 2002, pp. 299 y ss., con una interesante presentación debida al mismo autor.

incumplimiento, la ejecución forzosa en forma específica, la reparación *in natura* y la reducción del precio, la resolución por incumplimiento esencial, la restitución y la indemnización de los daños y perjuicios, cuyo régimen se desplaza en parte, con un criterio discutible, al Título final del Libro I (Sección 2. Remedios).

Asimismo, tras el Título relativo a la cesión del contrato, el crédito y la deuda, el Título X se ocupa de la extinción del contrato y consagra los modos extintivos distintos del incumplimiento, es decir, la novación, la condonación, la compensación y la confusión, junto a la prescripción y la caducidad. El Título XI, el último del Libro I, se desdobra, por un lado, en las anomalías del contrato, entre las que destaca la opinable categoría de la inexistencia, y por otro, los remedios, que comprenden la rescisión por lesión, la resolución judicial, la responsabilidad contractual, cuya disciplina abarca los requisitos, el daño reparable y las modalidades de la reparación, así como la cláusula penal, las acciones inhibitoria y conminatoria y, por último, el arbitraje.

En fin, el Libro II está todavía en fase de elaboración y se ocupa de los distintos tipos contractuales, que se regulan lo mismo para armonizar su disciplina que para evitar disparidades con las normas generales del Libro I. Así, junto a la compraventa y figuras afines, está previsto contemplar los contratos de obra y de servicios —que se distinguen por el reparto del riesgo— los arrendamientos en sus diversas especies, el transporte y la expedición, el seguro, los contratos reales, el préstamo y contratos bancarios, la fianza, incluso la omnibus, y otras garantías personales, el mandato, en especial el mandato de crédito, la mediación, la transacción y la donación; a esto hay que añadir un amplio elenco de figuras de importación anglosajona, que van desde el *engineering* hasta el contrato de *charter*, pasando por el *know how* y la *joint venture*, entre otros²⁰.

4. NOCIÓN Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Según el Anteproyecto, el contrato se define 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 aun a cargo de una sola de ellas», acuerdo que puede manifestarse también a través de actos concluyentes activos u omisivos, siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, a los usos o a la buena fe (art. 1).

²⁰ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., pp. 660 y 666 y ss.

Estamos ante una concepción amplia del contrato, pues, no sólo es una fuente hábil para crear relaciones jurídicas entre las partes, sino que puede incidir además en las otras vicisitudes de las mismas. Observemos que la obligación, expulsada por la puerta del Anteproyecto, hace su entrada por la ventana de la relación jurídica, ya que ésta es siempre la materia sobre la que recae el contrato. Del contrato pueden surgir obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas, con lo que se da cabida a los contratos gratuitos y, en especial, a la donación, así como otros efectos, que anuncian la eficacia vinculante de las cláusulas implícitas y de las fuentes de integración del contrato.

Conforme al Anteproyecto, las cláusulas implícitas forman parte del contrato si se imponen por las disposiciones (imperativas) del mismo, del Derecho comunitario o de los Derechos nacionales, en especial cuando reemplazan las cláusulas diferentes introducidas por las partes, o bien se derivan del deber de buena fe, de las relaciones precedentes entre las partes, de las costumbres generales y locales o del fin perseguido por los contratantes (art. 32); en tanto las fuentes de integración, que se denominan factores extracontractuales —extraconsensuales, más bien— determinan los efectos del contrato, que no se derivan solamente de los pactos, sino también de las mencionadas disposiciones, los usos, la buena fe y la equidad (art. 44). A pesar de la proximidad entre unas y otras, parece que difieren según el diseño del Anteproyecto en que las cláusulas implícitas completan o integran el contenido del contrato, mientras que los factores extracontractuales determinan los efectos del mismo, supuesto que uno y otros sean en realidad aspectos diferentes.

Con todo, el núcleo esencial de esta noción de contrato radica en el acuerdo de las partes, en cuya virtud pueden determinar libremente su contenido, dentro de los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, y que resultan marcados por el propio Anteproyecto y las disposiciones antes citadas, siempre que las partes no persigan el único fin de dañar a otro; en particular, el Anteproyecto contempla la posibilidad, además, de acordar contratos atípicos, combinar tipos regulados o establecer una conexión concordada entre diversos actos (art. 2). De una parte, la prohibición de dañar a otro se ha entendido como una suerte de función social del contrato, dado que excluye los actos emulativos y enlaza con la exigencia de que su contenido sea útil (art. 26)²¹. Y de otra parte, salta a la vista que los elementos

²¹ Opina en este sentido P. STEIN, «Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel “Codice europeo dei contratti”», en *RDC*, 2007, pp. 229 y ss.

esenciales son solamente estos dos, el acuerdo de las partes y el contenido del contrato (art. 5.3)²², con lo que desaparecen tanto la causa como la *consideration*, en la medida en que estas dos figuras no sean exactamente coincidentes, a pesar de que se mantiene la discutida categoría de los contratos reales (art. 34.2)²³.

Hay aquí, pues, un notable anticausalismo, que concuerda con el DCFR²⁴, y se debe no sólo a las incertidumbres conceptuales de la causa, sino a que su finalidad fiscalizadora se puede alcanzar igualmente por medio de los límites impuestos a la autonomía privada que acabamos de ver, ya que su infracción provoca la nulidad del contrato (art. 140) por ser de contenido ilícito (art. 30.1)²⁵.

Pero esto no nos debe ocultar que se trata de una importante innovación para nosotros, puesto que comporta la consagración de la noción iusnaturalista del contrato, que se basa exclusivamente en el consentimiento eficaz, y el abandono de la concepción sustantiva que impera en nuestro Código civil. No sólo se han desoído las recomendaciones de un sector atento de nuestra doctrina²⁶, sino que la supresión se ha justificado, en términos generales, desde una perspectiva funcional y no estructural de los elementos esenciales del contrato, dado que hay otros filtros que permiten controlar igualmente a la autonomía privada²⁷. No obstante, los motivos elevados a la categoría de causa, o la causa subjetiva, se podrían encauzar en el Anteproyecto por la vía habitual de la condición

²² Es de notar que, para el Anteproyecto, el contenido ha de ser originariamente posible (art. 27), mientras que en el DCFR la imposibilidad originaria no invalide el contrato, es un riesgo asumido por el deudor, se rige por las reglas del incumplimiento (art. II.7:102).

²³ En particular, sobre estos últimos, G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 672.

²⁴ Cfr. el art. II.4:101, a cuyo tenor el contrato se entiende concluido, sin más requisitos, siempre que exista voluntad de crear un vínculo jurídico y acuerdo suficiente. Además, la causa está implícita en el contrato, en opinión de J. L. DE LOS MOZOS, puesto que éste es una *causa traditiris*, esto es, como de los posibles títulos hábiles para adquirir o transmitir bienes («La regulación del contrato y el problema de la causa», en *Estudios*, cit. pp. 101 y ss.).

²⁵ Mantiene una opinión semejante G. GARCÍA CANTERO, «En torno a la noción de contrato europeo», en *Anotaciones*, cit., pp. 15 y ss.; asimismo, J. A. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, II, pp. 283 y ss. Además, la causa está implícita en el contrato, en opinión de J. L. DE LOS MOZOS, puesto que ésta es una *causa traditiris*, esto es, uno de los posibles títulos hábiles para adquirir o transmitir bienes («La regulación del contrato y el problema de la causa», en *Estudios*, cit. p. 101 y ss.).

²⁶ Nos referimos, en concreto, a la meditada obra de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, especialmente los epílogos, pp. 269 y ss.; asimismo, F. J. INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004, p. 652.

²⁷ En este sentido J. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, Objeto y Causa/Consideration», en *Derecho Privado Europeo*, cit., pp. 399 y ss.; un planteamiento similar propone M. STORME, «The Binding Character of Contracts-Causa and Consideration», en *Towards a European Civil Code*, eds. A. HARTKAMP y otros, 2.ª ed. rev. y ampl., La Haya, Londres y Boston, 1998, pp. 239 y ss.

suspensiva (art. 49) o resolutoria (art. 50), cuyos efectos retroactivos dependen en ambos casos de la voluntad de los contratantes.

Acaso para mitigar en parte el alcance de esta innovación, el Anteproyecto exige que el contenido del contrato no sea ilícito ni abusivo. Es ilícito en dos casos, por ser contrario a las disposiciones imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, por un lado y por otro, por constituir un medio para eludir una regla imperativa. Y es abusivo en estos tres supuestos: Ante todo, cuando existe lesión por dependencia o inexperiencia de una de las partes, en cuyo caso el contrato es rescindible; seguidamente, cuando las condiciones generales sean restrictivas para el adherente y éste no las apruebe por escrito, condiciones generales que son eficaces, por regla general, si el adherente las conoce o las ha debido conocer usando de una diligencia ordinaria (art. 33), y finalmente cuando se trate de cláusulas desequilibradas, no negociadas e impuestas al consumidor, aun en el caso que el profesional actúe conforme a la buena fe (art. 30). Es de notar que basta el contenido desequilibrado de la cláusula para que se considere abusiva, aun cuando el profesional proceda de buena fe, y que consumidor es sólo la persona física –y no jurídica– que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales (art. 9.2).

5. FORMACIÓN, INTERPRETACIÓN Y EFECTOS

De acuerdo con el Anteproyecto, el hecho de entablar negociaciones es libre, por eso la falta de conclusión del contrato no engendra para las partes responsabilidad alguna, a no ser que exista un comportamiento contrario a la buena fe. En particular, la reticencia en los tratos preparatorios, así como la interrupción inmotivada una vez examinados los aspectos esenciales del contrato –pero no antes– obligan a reparar el interés negativo, esto es, los gastos realizados y la pérdida de ocasiones similares a la que se ha frustrado (art. 6); lo mismo ocurre cuando hay una infracción positiva o negativa del deber de información, caso en el que si el contrato se llega a concluir con infracción de dicho deber, el infractor debe, además de restituir lo recibido, indemnizar en una medida equitativa, sin perjuicio de la impugnación del contrato por la otra parte a causa de haber padecido un error en la formación del consentimiento (art. 7). Asimismo, el deber de reserva obliga a un uso restringido de las informaciones confidenciales, cuya infracción obliga a reparar el daño sufrido por la otra parte y a restituir lo percibido en la medida del enriquecimiento propio (art. 8). Por último, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el comerciante debe informar por escrito al consumidor de su

derecho a desistir del contrato (art. 9), en tanto en los contratos extracomunitarios las partes deben conformarse a los usos generalmente admitidos en el mismo sector, siempre que los conozcan o los deban conocer (art. 10).

Por otra parte, el Anteproyecto distingue las nociones de oferta, comunicación publicitaria, invitación a ofertar y promesa al público. La oferta debe contener todas las condiciones del contrato a estipular, o que sean al menos determinables, de modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y expresar además, aunque sea implícitamente, la voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. La comunicación publicitaria es aquella que carece de los requisitos de la oferta o la que se dirige a personas indeterminadas, y constituye una invitación a hacer una oferta, salvo que consista en una promesa dirigida al público (art. 13), en cuyo caso vincula al que la hace desde el momento en que se comunica y se extingue en el plazo predeterminado, o en el que se deduzca de su naturaleza o finalidad, o al cabo de un año si no llega a tener lugar la situación en ella prevista (art. 23).

En fin, en los contratos celebrados entre ausentes es válida la oferta escrita y remitida por cualquier medio –incluidos los electrónicos– y el contrato se reputa concluido en el momento y en el lugar en que el oferente ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación (art. 12), conocimiento que se presume desde que la declaración escrita ha llegado a su poder (art. 21), sin perjuicio de probar la imposibilidad de conocerla sin falta suya (art. 22). Se consagra así la solución italiana que además se ha acogido, conforme a la *communis opinio*, por el nuevo artículo 1262-II CC, modificado por la Ley de comercio electrónico de 2002²⁸. En consonancia con la regla del «último disparo»²⁹, si la aceptación no coincide con la oferta, pero sólo difiere en aspectos marginales, el contrato se considera concluido con arreglo a la aceptación (art. 16.7).

Sobre la interpretación del contrato, el Anteproyecto ofrece algunas reglas que llaman también la atención. Ante todo, es determinante la intención clara y unívoca de los contratantes, siempre

²⁸ En cambio, a pesar de que la nueva redacción es confusa, creemos que hay datos suficientes para entender que el nuevo precepto ha consagrado el criterio de la expedición, acaso de forma impremeditada, como hemos puesto de relieve en «Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor L. Díez-Picazo*, Madrid, 2003, II, pp. 237 y ss.

²⁹ Para esta regla, el conocido trabajo de S. DURANY PICH, «Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto», en *ADC*, 1992, pp. 1011 y ss.; en particular, nos remitimos al nuestro «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia, 2005, II, pp. 4975 y ss.

que se deduzca del tenor literal y del conjunto de cláusulas, dando preferencia al lenguaje propio de las partes y a la terminología técnica; al lado de este protagonismo del texto, los elementos extrínsecos, como las declaraciones y conductas de las partes, incluso las posteriores a la estipulación del contrato, sólo sirven para superar las dudas cuando sean compatibles y estén relacionadas con dicho texto –pero no en otro caso– y la buena fe no es un criterio autónomo de interpretación sino un límite, pues, como sabemos, su resultado no puede ser contrario a la misma o al buen sentido (art. 39). Subsidiariamente, se debe preferir la interpretación que produzca algún efecto y la contraria al autor de las cláusulas predisuestas y no negociadas (art. 40), así como, en los contratos gratuitos, la menos gravosa para el deudor y, en los onerosos, la que suponga una mejor composición equitativa de los intereses contrapuestos de los contratantes (art. 41).

Aparte de la influencia decisiva del Código italiano en este punto, es claro que incide además la *Parol Evidence Rule* del Derecho anglosajón por el respeto casi sacral que se confiere a la interpretación literal y por la restricción impuesta a los elementos extrínsecos, regla un tanto arcaica que se ha superado en buena medida en los ordenamientos de procedencia³⁰.

Por lo que atañe a la eficacia del contrato, el Anteproyecto contempla tanto los efectos obligatorios como los efectos reales. Mientras los primeros consisten en las obligaciones de dar, hacer y no hacer, los deberes accesorios (art. 45) y los deberes de protección de la persona y bienes del acreedor y de sus auxiliares (art. 99), los últimos determinan que la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, o de un derecho real sobre la misma, tanto entre las partes como frente a terceros, no se produce por el sólo consentimiento –como cabría esperar del marcado consensualismo del Anteproyecto– sino que, de acuerdo con la teoría clásica del título y el modo, a partir del momento de la entrega de la cosa, salvo voluntad contraria de las partes (art. 46.1). Lo que es un acierto, en cuanto a la selección del sistema transmisivo, pero el ámbito reconocido a la autonomía privada francamente criticable en esta materia porque afecta a los terceros y crea inseguridad jurídica³¹, a la vez que confiere una buena dosis de ambigüedad al concepto legal de compraventa (art. 174)³².

³⁰ Para más detalles, J. L. DE LOS MOZOS, «Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea», en *Estudios*, cit. pp. 225 y ss. y en nuestro estudio «La interpretación del contrato», en *Código Europeo de Contratos*, cit., pp. 247 y ss., y allí referencias.

³¹ Opina así, con razón, S. GASPARD LERA, «Los efectos del contrato», en *Anotaciones*, cit., pp. 247 y ss.

³² Nótese que el DCFR no se pronuncia al respecto (art. 10.2:101.a), si bien el contrato permite ceder créditos y contratos y asumir deudas (art. III.5:112).

De aquí que en caso que el transmitente no sea propietario o titular de la cosa mueble, la adquisición a *non domino* se produce a favor del adquirente de buena fe a partir de dicha entrega (art. 46.2). Por eso, si el pago se realiza con cosa ajena, el deudor no puede pedir la restitución sino ofreciendo la prestación debida, mientras que el acreedor puede imponer tal restitución, exigir la prestación y reclamar los daños y perjuicios (art. 78.3). En cambio, los bienes muebles registrables y los inmuebles se transmiten conforme al Derecho nacional aplicable y su eficacia frente a terceros exige la satisfacción de los respectivos requisitos de publicidad (art. 46.3)³³.

Asimismo, los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa objeto del contrato pasan al adquirente desde el momento de la entrega (art. 46.4) y si ha habido varios contratos sucesivos sobre la misma cosa, goza de preferencia el primero que obtenga de buena fe la posesión material de la misma (art. 47). Consiguientemente, el Anteproyecto es restrictivo en lo que concierne a las prohibiciones de disponer cuando declara que la prohibición de enajenar, o de hacerlo a un precio distinto del pactado, sólo tiene efectos obligacionales entre los contratantes, abstracción hecha de la buena o mala fe del tercer adquirente, y siempre que se circunscriba a un límite de tiempo razonable y exista un interés apreciable por parte de quien impone la prohibición (art. 48).

6. INEFICACIA, ANOMALÍAS Y REMEDIOS

El Anteproyecto se inclina por la categoría genérica de la ineficacia a la par que regula de forma pormenorizada las distintas anomalías que pueden afectar al contrato y consagra un amplio elenco de las mismas, con una disciplina notablemente prolija. Se trata de la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad³⁴.

Ante todo, la inexistencia se presenta por la falta de una actuación jurídicamente relevante, por la falta del destinatario de la declaración de voluntad o la incapacidad jurídica del mismo, por carecer de objeto, por la discordancia de la aceptación y la oferta debida al contenido equívoco de esta última, o por la declaración incompleta e insubsanable. En suma, se trata de una oferta irrele-

³³ Lo que estima acertado J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, «Los efectos del contrato», en *Código Europeo de Contratos*, I, cit., pp. 265 y ss.

³⁴ Tratamos el tema detalladamente en nuestro trabajo «Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los Contratos», *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, coord. J. Delgado Echeverría, Cizur Menor, 2007, pp. 13 y ss.

vante tanto porque carece de destinatario o como porque es ineficaz; en todo caso, se precisa que si existen dudas se estimará que hay nulidad y no inexistencia (art. 137).

Por su parte, la nulidad tiene lugar cuando el contrato es ilegal por ser contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa que proteja el interés general o salvaguarde situaciones de interés social; cuando carece de los elementos esenciales y cuando la norma aplicable prevea expresamente la nulidad. También tiene lugar la nulidad en otros supuestos en que el contrato es también ilegal, esto es, en la hipótesis del contrato prohibido por una norma penal y en la del que no ha sido autorizado por un órgano público, cuando esta autorización sea necesaria para la celebración del mismo. En fin, parece que la nulidad se concibe como el régimen general de la ineficacia del contrato (art. 140).

Por otra parte, la anulabilidad se produce por la falta de capacidad de obrar, por los vicios del consentimiento (art. 146), que son el error (art. 151) y la violencia moral (art. 152), y por los vicios padecidos por el representante (art. 67), incluso en el supuesto de la autocontratación (art. 68). Nótese que el dolo pierde su autonomía y se concibe sólo como un hecho que provoca el error sufrido por la otra parte³⁵.

Además, la ineficacia puede provenir de la voluntad de las partes o de una disposición legal. En el primer supuesto, hay ineficacia en los casos de simulación, condición suspensiva o resolutoria, plazo inicial o final y falta de autorización pública o aprobación de un tercero convenidas por los contratantes. En el segundo supuesto, la ineficacia surge por la ilegalidad del contrato, por la celebración del mismo de buena fe pero sin pretender efectos jurídicos, o por sanción expresa de la norma aplicable, que priva de efectos al contrato, sin proclamar su nulidad (art. 153).

Por último, la inoponibilidad se presenta por la simulación y la reserva mental, por la infracción de los requisitos de forma o de publicidad que protegen a determinadas personas o a los terceros, por el fraude consciente y recíproco de ambas partes, por los actos de encubrimiento de los contratos nulos o por determinación expresa o análoga de la norma aplicable al contrato (art. 154).

Mientras la inexistencia y la inoponibilidad son insubsanables, la nulidad admite la confirmación, con la salvedad del contenido ilícito (art. 143) y la conversión en otro contrato válido (art. 145), en tanto la anulabilidad se puede eliminar por la aceptación del defecto y la confirmación (art. 149), lo mismo que la ineficacia

³⁵ Comparte esta asimilación, *de iure condendo*, L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las Nulidades de los Contratos*, cit., p. 83.

(art. 153.5). Además, cabe la nulidad parcial, por regla general, siempre que la parte del contrato subsistente posea por sí misma consistencia y validez autónomas, el tiempo que realice de manera razonable el fin perseguido por los contratantes (art. 144).

En todos estos casos, la anomalía opera por la concurrencia de los distintos supuestos que la provoca, pero exige declaración judicial, debiendo las partes intentar un acuerdo extrajudicial durante tres o seis meses antes de acudir al juez, el cual puede decretar, además, una acción ejecutiva de tipo conminatorio o inhibitorio según los casos. Asimismo, proceden tanto la restitución de los bienes entregados como, en términos generales, la indemnización del interés negativo (art. 166.3).

7. EL INCUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El Anteproyecto presenta en esta materia novedades de interés y también más de algún punto discutible. Ante todo, concibe el incumplimiento en términos netamente objetivos, a cuyo tenor «una obligación contractual se considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o auxiliares adoptan un comportamiento diferente en relación a aquél previsto en el contrato» (art. 89). Si el deudor cree que no podrá cumplir, debe comunicarlo por escrito al acreedor, quien, si no declara en tal caso la obligación incumplida, no puede rechazar luego el cumplimiento posterior de la obligación (art. 90), o si estima que el deudor no está en condiciones de cumplir en un tiempo razonable, puede exigirle que le otorgue una garantía, cuya omisión habilita al acreedor para declarar el incumplimiento definitivo de la obligación (art. 91).

Asimismo, el deudor moroso o el que ha cumplido en parte su obligación, puede pedir la renegociación del contrato cuando el incumplimiento se debe a que, por acontecimientos tan extraordinarios como imprevisibles, la prestación ha devenido excesivamente onerosa, en tanto que la imposibilidad sobrevenida, debida a motivos no imputables al deudor, exime del cumplimiento de la obligación; no obstante, en el supuesto en que el contrato contenga una garantía explícita o implícita de que el cumplimiento es siempre exigible, el deudor debe indemnizar el daño sufrido por el acreedor al haber contado con el cumplimiento de la prestación (art. 97).

Por otra parte, el Anteproyecto contempla la hipótesis del mal llamado incumplimiento eficiente³⁶, o violación eficaz, según la cual, salvo pacto expreso en contrario, hay incumplimiento si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación (art. 98). En caso de incumplimiento de los deberes de protección, se considera que la prestación debida ha quedado incumplida si el daño se ha producido durante o a causa de su ejecución, y constituye una consecuencia inmediata y directa de la misma; si no es así, el deudor incurre en responsabilidad extracontractual (art. 99). Se admite el pago anticipado o en cantidad superior a la debida, pero en este último caso el acreedor debe satisfacer una contrapartida proporcionalmente superior (art. 101), sin que pueda rechazar, por regla general, la prestación ofrecida, bajo el pretexto de que ha devenido inútil a causa de circunstancias sobrevenidas (art. 102), pues, en otro caso, el acreedor incurre en mora (art. 103) y el deudor se libera (art. 105).

En fin, sólo el incumplimiento relevante permite la resolución del contrato, el cual exige el incumplimiento total de las prestaciones principales, causando al acreedor un perjuicio que le priva sustancialmente de lo que podía esperar del contrato, si bien basta el incumplimiento parcial cuando ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto de la prestación debida (art. 107). Y ello sin perjuicio de los demás remedios que se ofrecen al acreedor en todos los supuestos de incumplimiento.

En efecto, el Anteproyecto propone un amplio y bien articulado catálogo de una docena de remedios, que hemos mencionado antes, los cuales se pueden clasificar en comunes y especiales. Son comunes la *exceptio non adimpleti contractus* o suspensión del propio cumplimiento (art. 108), el plazo de gracia y los plazos parciales (art. 110), la reducción del precio (art. 113), la ejecución forzosa (art. 111), la restitución de lo entregado en especie o en dinero (arts. 115 y 160), la declaración de daño sufrido por el acreedor (art. 171), la indemnización de los daños y los perjuicios (art. 116), conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (arts. 162-168), así como las acciones inhibitoria y conminatoria (art. 172); mientras que se pueden considerar como remedios especiales la resolución (arts. 114 y 158), la renegociación del contrato por excesiva onerosidad (art. 157), la rescisión por lesión (art. 156), la pena convencional (art. 170), las cláusulas de exoneración (art. 106) y el arbitraje (art. 173), puesto que proceden

³⁶ Es de gran interés la crítica de D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy* (1989), ahora en *Perspectives on Contract Law*, antología de R. E. BARNETT, Boston-Nueva York-Toronto-Londres, 1995, pp. 42 y ss., aunque no difiere, en el fondo, del clásico *pactio in diem addictio*.

solamente en determinadas situaciones particulares. Sabemos que estos remedios son acumulables, a condición de que no se produzca una ventaja que sobrepase el perjuicio sufrido por el acreedor o que provoquen una situación insoportable para el deudor (art. 171.3).

De estos remedios destacan los *punitives damages*, la responsabilidad contractual y su posible modalización por las cláusulas limitativas de la misma. En cuanto a los primeros, el Anteproyecto los consagra en la ejecución en forma específica, con la finalidad de incitar a la satisfacción espontánea y oportuna de la prestación debida. Para ello se permite que el juez condene al deudor que no se somete, o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe máximo es el triple del valor de la prestación y se destina en un 70% al acreedor y el 30% restante a favor del Estado. La multa puede consistir en una suma fija, que produce los intereses determinados por el juez, o bien en un montante por cada día de retraso, que se distribuye en la proporción indicada (art. 111)³⁷.

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, aparece desdoblada en una regla general de responsabilidad presunta y una regla especial de responsabilidad por culpa, según se trate de una obligación de resultado o de una obligación de medios contraída por un profesional³⁸. Determina el Anteproyecto, en efecto, que todo deudor debe comportarse conforme a lo convenido, la buena fe y la diligencia exigida en cada caso específico, según lo acordado, las circunstancias y la práctica corriente, incluso cuando la obligación se enmarca en el curso de una actividad profesional o empresarial; no obstante, cuando se trate de una obligación de hacer de naturaleza profesional se la considera cumplida si el deudor realiza todos los actos necesarios para que se obtenga el resultado previsto, a no ser que de acuerdo a lo pactado, a las circunstancias o al uso se reputa que debe alcanzar plenamente dicho resultado (art. 75).

Por eso, las obligaciones de hacer se consideran incumplidas por el retraso de la obra, por la ejecución parcial o defectuosa, o por el empleo de materiales inapropiados, pero, si se encuadran en una determinada actividad profesional o empresarial, basta el resultado insatisfactorio, salvo que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional requerida, o que ha acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios y a los medios, instrumentos,

³⁷ Lo que es criticable, además de excesivo, en opinión de M. YZQUIERDO TOLSADA, «Consecuencias del incumplimiento. En particular, reflexiones sobre los remedios solutorios por el equivalente, los remedios resarcitorios y ciertas medidas de presión sobre el deudor», en *Código Europeo de Contratos*, cit., II, pp. 449-451.

³⁸ Para esta distinción en el Anteproyecto, J. M. LOBATO GÓMEZ, «El incumplimiento», en *Código Europeo de Contratos*, cit., II, pp. 382 y ss.; la consagra también el DCFR a propósito del contrato de servicios (art. IV.C.2:106).

lugares y colaboradores apropiados (art. 94). Lo que encierra, como es evidente, un privilegio a favor de los profesionales liberales de muy difícil justificación.

En consecuencia, en caso de incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deben ser considerados como consecuencia del mismo. Pero se libera si demuestra que el incumplimiento no es atribuible a su conducta sino a una causa extraña, imprevisible e irresistible (art. 162.1); en particular, si se trata de un profesional, queda además liberado si demuestra haber adoptado la diligencia requerida en la situación específica o prueba la causa extraña que acabamos de mencionar, y sólo responde por culpa grave cuando ha obrado con el consentimiento de la víctima, o de las personas próximas al mismo, su representante o su asistente legal, debidamente informados, en un terreno en el que la experiencia científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados (art. 162.3). Se trata de un nuevo privilegio que recuerda la exoneración por los riesgos de desarrollo en la responsabilidad por productos defectuosos, sólo que la encontramos aquí referida a la *lex artis* exigible a ciertos profesionales, en especial, de la medicina.

Por su parte, el daño reparable, salvo dolo o culpa (grave)³⁹ del deudor, se limita al daño que, según lo acordado, las circunstancias, la buena fe y los usos, se deba considerar razonable por estar implícitamente asumido por una persona avisada al momento de la celebración del contrato, incluyendo el menoscabo causado por los auxiliares o terceros dependientes del deudor, siempre que se pruebe la existencia, entidad y cuantía del mismo (art. 162).

En particular, el daño patrimonial comprende la pérdida sufrida y la ganancia razonable dejada de obtener, así como la probabilidad de ganancia cierta y razonable, pero no los perjuicios patrimoniales reflejos que han sufrido los acreedores de la víctima, salvo que ésta fallezca o padezca lesiones graves (art. 163). Los daños morales son reparables cuando hay graves perturbaciones psíquicas de los sentimientos de afección, sufrimientos corporales o atentados contra la salud, así como el daño moral reflejo padecido por el cónyuge o los parientes más próximos del difunto (art. 164)⁴⁰. En fin, el daño futuro es reparable si existe

³⁹ En el texto del artículo 162.4 se omite, por error, que la culpa debe ser en este caso «grave», como lo pone de relieve la interpretación sistemática del precepto.

⁴⁰ Es de notar que el DCFR consagra una solución parecida (art. VI.2:202), mientras que entre nosotros el tema sigue abierto; nos remitimos a nuestros trabajos «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 845 y ss., y con mayor amplitud «Los daños de familiares y terceros por la muerte y lesiones de una persona», en *Centenario del Código Civil*,

certeza razonable de que el incumplimiento no ha agotado su eficacia causal, pero el daño eventual no da lugar a la reparación (art. 165).

Por otra parte, es función de la reparación eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, debiendo efectuarse por el cumplimiento forzoso y la restitución bajo forma específica, más la indemnización de los daños y perjuicios; sólo si esto no es posible, o es excesivamente oneroso para el deudor, la reparación específica se puede sustituir por una suma de dinero. La reparación en su conjunto debe procurar al acreedor el interés positivo, los gastos efectuados y las ventajas obtenidas por el deudor (art. 166), mientras que pierde el derecho a la misma si no ha adoptado las medidas necesarias para evitar el daño o para impedir su agravamiento (art. 167).

Además, si la cuantía de la indemnización es de prueba imposible o extremadamente difícil, se admite una evaluación equitativa, basada en pericias y presunciones; asimismo, atendido el comportamiento, el interés y la condición económica del acreedor, el juez puede reducirla equitativamente si es desproporcionada o insostenible para el deudor y el incumplimiento no ha dependido de su mala fe, o si se trata de contratos gratuitos en los que el deudor incurre en falta leve (art. 168).

Por último, el Anteproyecto es razonablemente restrictivo en lo que concierne a las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad contractual. En efecto, son nulas las que exigen anticipadamente al deudor que actúa con dolo o culpa grave, así como las que restringen las excepciones en los casos de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato; aparte de las cláusulas abusivas, tampoco valen las que exoneran de la culpa leve al deudor si el acreedor está al servicio del mismo o se trata de un monopolio legal. Por el contrario, sólo se consideran válidas las cláusulas que fijan márgenes de tolerancia en el cumplimiento, o franquicias en la indemnización de perjuicios, siempre que sean conformes a los usos y a la buena fe, y los acuerdos que establecen presunciones simples de caso fortuito cuando normalmente lo sea (art. 106).

En fin, son abusivas las cláusulas establecidas en condiciones generales respecto de cualquier adherente, no sólo de consumido-

Madrid, 1990, II, pp. 2069 y ss.; últimamente, M. J. PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana de los derechos de crédito*, Madrid, 2005, y M. CUADRADO IGLESIAS, «Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, coord. E. Llamas Pombo, Madrid, 2006, I, pp. 345 y ss.; en contra J. I. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *El daño por intrusión. Derecho y economía*, Barcelona, 2007, esp. pp. 179-181.

res, que limiten la responsabilidad a favor del predisponente, o le confieran la facultad de desistir o de suspender el contrato, así como las que impongan al adherente caducidades y restricciones sobre excepciones o en sus relaciones con terceros, al par que la imposición de la prórroga automática del contrato, el arbitraje y la exclusión de los tribunales correspondientes (art. 30.3).

8. LA COMPRAVENTA Y CONTRATOS AFINES

En cuanto a la compraventa, se la define como «el contrato mediante el cual el vendedor se obliga a transmitir o transmite la propiedad de un bien, o de un derecho sobre el mismo, al comprador, el cual se obliga a pagar o paga al vendedor un equivalente en dinero (precio)» (art. 174.1)⁴¹. Observemos, ante todo, que esta definición fluctúa entre la eficacia obligatoria o transmisiva de la compraventa, lo que es consecuencia del discutible compromiso alcanzado sobre los efectos reales del contrato⁴², que sabemos se producen por la entrega, salvo pacto en contrario (art. 46.1) y se reitera un tanto inútilmente tras la mencionada definición (art. 175.2).

De aquí se desprende que la obligación de entregar imponga al vendedor el deber de realizar todos los actos necesarios para transmitir al comprador la propiedad y la posesión (art. 194.1); que los derechos de tanteo y retracto sólo tengan efectos obligacionales (art. 180) y que la venta de cosa ajena sea válida, aunque confiere al comprador la facultad para desistirse del contrato y para reclamar los daños (art.183). Llama la atención, por otra parte, que el precio deba ser una suma «equivalente» al valor del bien vendido puesto que da a entender que exige cierta conmutatividad o proporcionalidad entre el valor económico de una y otro, al tiempo que se permita a las partes acordar que la transmisión se haga a favor del comprador o a favor de un tercero (art. 174.1 *i.f.*), en lo que concuerda con el DCFR⁴³.

Naturalmente que el Anteproyecto pretende regular solamente la compraventa de bienes muebles, lo mismo existentes que fabri-

⁴¹ Para el texto del Libro II utilizamos la traducción de J. L. de los Mozos, disponible en la página web de la Academia (nota 16).

⁴² Lo recalca G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 661.

⁴³ Cfr. el artículo IV.A.1:202, de acuerdo con el cual el vendedor se obliga, asimismo, a transmitir el dominio al comprador o a un tercero, lo que añade una dificultad innecesaria a la definición de compraventa, dado que el propio DCFR admite la transmisión de la posición contractual del comprador (art. III.5:301) y el Anteproyecto, el contrato a favor de tercero (art. 72); para este último, S. CÁMARA LAPUENTE, «El contrato a favor de tercero», en *Anotaciones*, cit., pp. 401 y ss.

cados, producidos o modificados por el vendedor, pero no cuando el encargo es posterior a la conclusión del contrato, o cuando se proporciona el proyecto o los materiales, o se encargan determinados servicios (art. 177), ya que en estos casos se configura por lo general un contrato de obra. Mientras los muebles corporales exigen que su tráfico sea lícito de acuerdo con las normas comunitarias y estatales (art. 178), los inmateriales pueden ser los derechos, incluidos los de crédito, y otras «situaciones jurídicas y de hecho» (*sic*) o bien las creaciones intelectuales o industriales de cualquier naturaleza, cuya transmisión requiere la entrega del título habilitante para su ejercicio y de los bienes materiales que procedan (art. 181).

Además de la compraventa de bienes futuros (art. 182), se contempla la de universalidades compuestas por cosas corporales muebles, bienes inmateriales y relaciones jurídicas activas y pasivas, todos unificados por su destino funcional a un fin común; en esta hipótesis, el contrato ha de constar por escrito, el inventario no desintegra la unidad funcional y, si se trata de una explotación económica, el vendedor debe abstenerse de llevar a cabo una actividad análoga en el espacio y durante el tiempo que se pacte sin que se le pueda impedir toda actividad profesional (art. 184).

Por lo que respecta al contenido del contrato, el Anteproyecto subraya la protección del comprador en lo que concierne tanto a las obligaciones de información como a las condiciones de la entrega. En efecto, en las ventas efectuadas en establecimientos abiertos al público, la oferta y, en su caso, la publicidad debe indicar el precio, la denominación del bien, la identificación del fabricante y el procedimiento de producción, la materia prima y sus características fundamentales, el uso adecuado, la instalación y el mantenimiento del bien, junto con la obligación de permitir su examen (art. 188). Asimismo, al momento de celebración del contrato sobre bienes que se venden embalados, el vendedor debe informar sobre la identidad del fabricante, la denominación del bien, datos de fabricación y sus características esenciales, las sustancias peligrosas, instalación, uso y conservación, así como sobre las empresas de reparación, la caducidad del bien y otorgar el recibo (art. 189). En caso de incumplimiento, se confiere al comprador las facultades para exigir el desistimiento, la sustitución, la restitución, la resolución y el resarcimiento (arts. 205 y 206). Estas facultades se rigen por las reglas generales sobre los remedios que conocemos y tratan de evitar, a juicio del coordinador, que la información sea puramente ilusoria⁴⁴.

⁴⁴ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., p. 662.

Por su parte, entre las condiciones de la entrega, destaca que el vendedor debe proporcionar un bien que sea conforme con el contrato y sus declaraciones escritas y verbales, bien que ha de tener en todo caso la calidad necesaria para el uso a que está destinado y además no tener defectos de fabricación o vicios que no sean aparentes o no resulten de las declaraciones contractuales (art. 196.2). El incumplimiento de esta obligación –lo mismo que si se entrega un bien distinto del vendido (*aliud pro alio*)– permite al comprador reclamar la sustitución, la reparación, la rebaja del precio y el resarcimiento de los daños, a la vez que le permite procurarse un bien análogo a expensas del vendedor con una autorización judicial previa (art. 207).

Es claro que estamos aquí ante una simbiosis de la garantía de conformidad y el clásico saneamiento de los vicios ocultos. Como explica G. Gandolfi, se pretende con ello superar la abstracta categoría de la falta de conformidad, dado que ésta se limita a constatar la inactuación del reglamento contractual y a conferir los consiguientes remedios ante el incumplimiento. Por el contrario, se trata hoy en día de habilitar al comprador para que adquiera una cosa que pueda usar y le sirva, atendiendo a la compleja fenomenología de los avances tecnológicos, con lo que se quiere asegurar la eficiencia del contrato de compraventa y la del propio mercado⁴⁵.

En fin, sólo podemos mencionar las figuras afines a este contrato, que el Anteproyecto concibe como tipos particulares de compraventa. Así, al lado de la compraventa con reserva de agrado, a prueba y sobre muestras (art. 210), hay un régimen supletorio para la compraventa con reserva de dominio (art. 211), el *leasing* (art. 212), la compraventa con pacto de retro (art. 213), el contrato estimatorio (art. 214), el suministro (art. 215), la compraventa con pacto de exclusiva (art. 216), la concesión de venta en exclusiva (art. 217), la compraventa con franquicia (art. 218) y la efectuada mediante subasta (arts. 209 y 210).

9. EL VALOR EJEMPLAR DEL ANTEPROYECTO

En suma, es obvio que este rápido recorrido por el Anteproyecto no es suficiente para sacar conclusiones definitivas. Sin embargo, nuestro repaso nos ha permitido comprobar que no estamos ante simples doctrinas generales sobre el contrato, ni ante el Código italiano con retoques, o ante un mosaico de solu-

⁴⁵ G. GANDOLFI, *Il libro secondo*, cit., pp. 663-664.

ciones dispares, sino que se trata de un conjunto de reglas bien sistematizadas y coherentes, que proceden de una delicada labor de comparación y de selección, y que permiten resolver las controversias que se presenten en la práctica. Por eso, aunque el Anteproyecto requiera una profunda revisión crítica, es de gran valor científico y merece ser estudiado con atención, y probablemente con provecho, puesto que representa un punto de equilibrio en el que convergen las orientaciones que prevalecen en los principales ordenamientos europeos, como lo ponen bien de relieve sus numerosas y notables concordancias con el DCFR. Junto a esta síntesis, el Anteproyecto ofrece la ventaja de su actualidad ya que es también un punto de llegada de la evolución del Derecho europeo a lo largo del siglo pasado, siendo apto, por ello, para regir los contratos en la actualidad. De aquí que, cualquiera que sea su futuro, llegue o no a adquirir fuerza de ley, puede ser un buen ejemplo para modernizar la materia a semejanza de las reformas acaecidas en Holanda y en Alemania y la que se ha iniciado en Francia⁴⁶, así como para renovar la disciplina del contrato de compraventa, siquiera en parte, como se ha propuesto atinadamente entre nosotros⁴⁷. En definitiva, se trata de un buen modelo que se debe tener en muy cuenta en la necesaria –y ya urgente– renovación del Derecho de obligaciones y contratos de nuestro Código civil.

⁴⁶ Para esta última, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El Anteproyecto francés», cit., en *especial el Estudio Preliminar*, pp. 621 y ss.

⁴⁷ Convincente al respecto resulta A. M. MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», en *ADC*, 2003, p. 1609 y ss.; en particular, «Comisión General de Codificación, Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», en *BIMJ*, núm. 1988, pp. 108 y ss. (año 2005, p. 2076 y ss.), que, aunque se limita a sustituir el régimen de los saneamientos por el incumplimiento debido a la falta de conformidad, se extiende a otras ramificaciones sistemáticas derivadas de esta importante reforma, tales como la definición de la compraventa, la determinación del precio, la transmisión del riesgo, la imposibilidad inicial, así como las reglas sobre los gastos, transporte, entrega, frutos y diferencias de calidad y cabida.