

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

**ESTUDIOS DE DERECHO  
DE CONTRATOS**

**FORMACIÓN, CUMPLIMIENTO  
E INCUMPLIMIENTO**

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI  
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO  
ÁLVARO VIDAL OLIVARES

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

## CLAVES DE LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS\*

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

### I. INTRODUCCIÓN

En 2012 se ha cumplido el centésimo quincuagésimo aniversario de promulgación de la Ley del Notariado<sup>1</sup>. En el marco general de la autonomía de la voluntad, sobre el que han versado los diferentes eventos organizados con motivo de tal evento, me correspondió ocuparme de la “autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de obligaciones”<sup>2</sup>. Esta propuesta condujo directamente al “Derecho de contratos”; pues el contrato es, duda, el instrumento básico a través del cual se desarrolla la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de obligaciones.

Volvamos a la Ley del Notariado de 1862. Su artículo primero define al notario como “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Esta es una definición que ha permanecido hasta nuestros días. No es una casualidad que la Ley del Notariado se resalte de modo especial la función del notario dar fe de los contratos. Lo cual supone considerar al contrato, entre todos los actos o negocios jurídicos a los que se extiende la fe pública notarial, el de primer rango.

---

\* La versión original fue publicada en AA.VV. (2011): *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado*. Tomo I - Derecho Patrimonial 1. Consejo General del Notariado. Madrid.

<sup>1</sup> Tuvo lugar el día 28 de mayo de 1862 y se publicó en la *Gaceta* de Madrid el 29 de mayo de 1862.

<sup>2</sup> Proy. Inv. DER2011-24293: El coste del incumplimiento. Daños indemnizables y daños indemnizados (II).

El trabajo que ahora ofrezco recoge, en parte, mis intervenciones en dos de los congresos organizados con motivo de la celebración de la Ley del Notariado. En él también se vierten contenidos de otras de mis investigaciones anteriores. En este trabajo me ocupo especialmente de la modernización del Derecho de los contratos, intentando explicarlo a través de algunas claves o pilares de esa modernización. Pero antes, mi primera reflexión está dirigida al significado del propio concepto de Derecho de obligaciones.

## II. EL DERECHO DE OBLIGACIONES COMO PARTE DEL DERECHO CIVIL

Lo que hoy llamamos Derecho de obligaciones, una de las partes en las que se articula el Derecho civil, surge a lo largo de la historia del pensamiento jurídico como consecuencia de la construcción de un concepto, el concepto de obligación. Él actúa como elemento aglutinador de diversos tipos de relaciones jurídicas y permite su articulación sistemática, así como la generalización de algunas reglas aplicables a su ordenación. El concepto unitario de obligación ha servido para agrupar y, en cierta medida, regular bajo ciertas pautas uniformes, relaciones obligatorias de diferente origen y función: las nacidas de la autonomía de la voluntad (contrato, voluntad unilateral), las nacidas de la causación de daños, cuya función es repararlos, y las nacidas de enriquecimientos injustificados, cuya función es corregirlos (restaurar el equilibrio entre patrimonios) mediante la restitución. Y este poder generalizador del Derecho de obligaciones se extiende más allá de estos géneros de obligaciones; se extiende a las obligaciones nacidas directamente de la propia ley, que no sean clasificables en alguno de los grupos anteriores (*vid.* art. 1089 CC).

En los sistemas continentales y, por tanto, también en el español, el Derecho de obligaciones (obligaciones y contratos) es una de las partes en las que se agrupa la exposición sistemática del Derecho civil. Pero es algo más. Pretende ser, también, un sistema articulado de reglas y principios generales, aplicables al sector del Derecho civil al que se refiere. Por el contrario, en los sistemas angloamericanos no existe un Derecho de obligaciones al estilo continental. No existe porque no resulta necesario. He aquí algunas de las razones: porque no hay una presentación general del Derecho civil; porque no se cuenta con un código que agrupe sistemáticamente un conjunto de reglas aplicables a todas las obligaciones; porque tampoco se pretende (en la metodología inductiva propia del *Common Law*) construir

un sistema articulado del Derecho de obligaciones. La exposición de materia relacionada con las diferentes manifestaciones de las obligaciones se fragmenta (*contracts, torts, restitutions*). Esta característica del *Common Law* no significa que no exista en él, excepcionalmente, alguna exposición general del Derecho de obligaciones, como la de COOKE/UGHTON que lleva por título *The Common Law of Obligations*<sup>3</sup>.

### 1. Los orígenes del concepto de obligación

El concepto de obligación es antiguo: proviene del Derecho romano. En las Instituciones de Justiniano lo encontramos formulado así: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae, id est secundum nostrae civitatis iura*<sup>4</sup>. La caracterización de la obligación como “vínculo jurídico” es el resultado de un proceso evolutivo por el que pasó el Derecho romano. En sus comienzos la obligación es un poder personal del acreedor sobre el deudor; o un estado de sumisión del deudor a la acción material del acreedor<sup>5</sup>. La idea de vínculo jurídico es, sin duda, una adaptación esencial del Derecho romano en la historia del pensamiento jurídico.

El Derecho romano también nos ofrece algunas clasificaciones de obligaciones. Podemos encontrar una clasificación básica de las mismas que distingue entre obligaciones contractuales y delictuales<sup>6</sup>; es la *summa divisio*, que probablemente refleja la distinción aristotélica entre transacciones voluntarias e involuntarias<sup>7</sup>. Esta clasificación en dos grupos se desdobla en una clasificación en cuatro grupos en las Instituciones de Justiniano: *Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sive aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*<sup>8</sup>. Esta última clasificación inspira el art. 1089 CC.

<sup>3</sup> COOKE, COOKE y UGHTON, (2005). La finalidad de este libro es, inicialmente, doce está escrito para un curso sobre el *Common Law*. La idea, según reconocen los autores en el prólogo de la primera edición, es debida a ATIYAH.

<sup>4</sup> Inst. 3, 13 pr.

<sup>5</sup> ZIMMERMANN (1996), pp. 1 y ss.

<sup>6</sup> GAYO III, 38.

<sup>7</sup> ZIMMERMANN (1996), pp. 10, 11.

<sup>8</sup> Inst. 3, 13.

En las Instituciones de Justiniano las obligaciones que nacen del contrato son, a su vez, objeto de una nueva clasificación en cuatro especies: *harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus*<sup>9</sup>. Podría parecer que la inclusión del contrato en esas cuatro fuentes a las que se refieren las Instituciones, que he indicado en el párrafo anterior, pudiera obviar la necesidad de hacer referencia a cada una de estas cuatro especies de contratos. Y sin embargo no es así. Porque el Derecho romano, aunque utiliza el concepto de contrato, no reconoce, como en el Derecho actual, el poder de la autonomía de la voluntad de crear obligaciones. El sistema contractual romano es un sistema típico. El ejercicio de la autonomía de la voluntad está conectado a la utilización de un tipo contractual admitido por él.

Las clasificaciones de las obligaciones a las que me acabo de referir tienen una función didáctica (expositiva); no pretenden directamente articular un sistema de Derecho de obligaciones, en el que se combinen unas reglas generales aplicables a todas ellas con otras reglas especiales, propias de los diferentes tipos de obligaciones. Pero las clasificaciones que nos ha legado el Derecho romano ponen de manifiesto, por un lado, la percepción de cierto grado de unidad del concepto de obligación y, al mismo tiempo, sirven para resaltar las diferencias entre sus distintos tipos. Nos hacen percibir los obstáculos que pueden presentarse en la construcción de un régimen jurídico unitario aplicable a las obligaciones.

## 2. El Derecho de obligaciones en el momento de la codificación

En el momento de la codificación el Derecho de obligaciones está suficientemente identificado como parte del Derecho civil en la cultura jurídica continental. Conviene recordar el importante papel atribuible a las obras de POTHIER y SAVIGNY. La primera, por su influencia en el CC francés y en el nuestro; la segunda, por su significado en la articulación del Derecho de obligaciones en el sistema de Derecho civil.

<sup>9</sup> Inst. 3, 13.

1. El *Tratado de las obligaciones* de POTHIER<sup>10</sup> sienta las bases del tratamiento del Derecho de obligaciones en los códigos latinos. A pesar de que este autor escribe una serie de tratados sobre esta y otras materias de Derecho civil, no articula una sistematización nueva y completa del Derecho civil, como, más tarde, hará SAVIGNY.

POTHIER define la obligación al modo romano<sup>11</sup>. Y divide su tratado sobre ellas en cuatro partes. En la primera, expone lo que pertenece a la esencia de la obligación y cuáles son sus efectos; la segunda, trata de diferentes divisiones y especies de las obligaciones; la tercera, expone distintas maneras de extinguirse las obligaciones; entre ellas, las causas que "impiden al acreedor ser oído en justicia para exigir su crédito"<sup>12</sup>, en que incluye la cosa juzgada, el juramento decisorio y la prescripción<sup>13</sup>; cuarta está dedicada a la prueba, tanto de las obligaciones como del pago de las mismas. Es en la primera parte, dedicada a los elementos esenciales de la obligación, donde encontramos un estudio detallado de sus fuentes que, según él, son: los contratos (cuyo efecto es producir obligaciones), cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, así como la ley.

Cuando POTHIER estudia el efecto de las obligaciones en cuanto al deudor (obligación de dar, de hacer y de no hacer) está pensando, principalmente, en las obligaciones nacidas de un contrato. De manera clara indica la diligencia que debe prestar el deudor en la conservación de la cosa diferente según la naturaleza de los contratos o cuasicontratos de los que nace la obligación<sup>15</sup>. Aunque en algún caso se refiere a la obligación de restituir la cosa al ladrón, en caso de pérdida de la cosa<sup>16</sup>.

Por lo que se refiere al efecto de la obligación en relación con el acreedor POTHIER (tras mencionar otros efectos) se detiene en lo que considera

<sup>10</sup> POTHIER (1821).

<sup>11</sup> POTHIER (1821) I, p. 151.

<sup>12</sup> POTHIER (1821) II, p. 676: "fins de non-recevoir contre les créances". En estos casos se extingue el crédito, pero el acreedor no puede ejercitar la acción del mismo (*Ibid.*, 677).

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> POTHIER (1821) I, p. 151. 3.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 144.

primero y principal efecto de la obligación, que es el derecho que atribuye al acreedor de perseguir por las vías judiciales el pago de lo que le es debido, refiriéndose separadamente en este lugar a las obligaciones de dar, y a las de hacer o no hacer<sup>17</sup>. A propósito de las obligaciones de dar, señala que el derecho del acreedor no es un derecho en la cosa (*ius in re*), sino un derecho contra la persona del deudor, para que pueda ser condenado a dar dicha cosa (*ius ad rem*). Y aquí recuerda el concepto de obligación<sup>18</sup>.

La sistemática que utiliza POTHIER en su *Tratado de las obligaciones* le permite exponer y ordenar la materia, pero no llega a establecer un sistema que diferencie entre lo que son normas generales, aplicables a todas las obligaciones, y normas especiales, aplicables a un tipo de ellas. A menudo se ofrecen mezcladas unas y otras reglas.

2. Otro autor importante en la construcción moderna del Derecho de obligaciones es SAVIGNY. Su influjo pervive hasta nuestros días. SAVIGNY sitúa el Derecho de obligaciones en un sistema completo del Derecho civil; es una parte del mismo, diferenciada de las otras. Para poder llegar a separarlo, tiene que caracterizarlo, a través de aquello que le otorga su diferencia frente a otras partes del Derecho civil. La obra de SAVIGNY da un paso más allá de la de POTHIER. No se limita a yuxtaponer diferentes tratados sobre partes o aspectos del Derecho civil, sino que lo estructura en su conjunto. Esa estructuración realizada por él es la base sobre la que se desarrolla, generalmente, la exposición actual del Derecho civil y su enseñanza, tanto en el Derecho español como en otros sistemas continentales. Esto sucede en el Derecho español, a pesar de que el CC no está estructurado conforme a esa sistemática.

SAVIGNY, como es sabido, divide así su obra: Derecho de cosas, de obligaciones, de familia puro (matrimonio, poder paterno, parentesco y tutela) y aplicado, y Derecho de sucesiones<sup>19</sup>. A estas partes añade una Parte general<sup>20</sup>, en la que recoge ciertos contenidos generalizables a di-

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 150.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>19</sup> SAVIGNY (1878), p. 291.

<sup>20</sup> Una vez establecida la división del Derecho civil a la que he hecho referencia en el texto, para SAVIGNY "sale al paso una parte general de vasta extensión que la mayoría de los

versas instituciones<sup>21</sup>. La Parte general ofrece ventajas, pero también inadecuado uso de ella encierra peligros, de los que SAVIGNY advierte<sup>22</sup>.

SAVIGNY construye su sistema utilizando como concepto básico el relación jurídica. En las relaciones jurídicas se encuadran los derechos subjetivos<sup>23</sup>. "Hay —señala SAVIGNY— dos objetos de aplicación posible para

autores reconocen como necesaria, tratando ordinariamente en ella de las diversas instituciones que no encuentran lugar oportuno en el conjunto del sistema" (*ibid.*).

<sup>21</sup> La justificación de la Parte general la explica así SAVIGNY: "Al exponer de una manera completa las instituciones del derecho, abrazando el conjunto mismo de sus partes constitutivas hemos de encontrar, necesariamente, muchos elementos que, si bien acaso modificados, encuentran también en otras instituciones y en este sentido nos han de aparecer la naturaleza de los seres sujetos del derecho, y particularmente sus diversas capacidades jurídicas, el origen y resolución de las relaciones de derecho y, por último, las garantías contra su violación. (Es verdad que se podrían repetir todas a propósito de cada institución, pero ni el lector ni el autor podrían soportar tales repeticiones; también cabría exponerlas completamente al través de la primera institución que, según la clasificación que adopto, sería al tratar de la propiedad y después remitir al lector a esta exposición; pero en este método habría arbitrariedad y falta de proporción; por otra parte, el verdadero carácter de estos elementos comunes a muchas instituciones se percibe mucho mejor en sus relaciones mutuas. Las referidas consideraciones deben decidimos a tratar en capítulo aparte dichos elementos comunes antes de exponer diversas instituciones de derecho, lo cual permitirá, al tratar de cada una de ellas, referir modificaciones a esta base general" (*ibid.*).

<sup>22</sup> "Dicho método puede ciertamente conducirnos a exponer, bajo un falso concepto, la realidad de las cosas, dando apariencia de generalidad a tal o cual institución que, por naturaleza, solo admite una aplicación concreta, como, por ejemplo, si se coloca en la parte general la materia de intereses y de la solidaridad que solo pueden referirse a las obligaciones y si es difícil cometer un error semejante, se puede fácilmente hacerlos figurar en la exposición general de los principios especiales, y esta alteración de su verdadero carácter, difícil de percibir, convertirse en una fuente de errores. Debe, pues, evitarse con el mayor cuidado dar apariencia de generalidad a una doctrina especial, confundiendo así los límites que separan estos dos órdenes de materias. El espíritu de abstracción, mal encaminado, ha sido para la ciencia del derecho causa de numerosos errores, y nada favorece más estas vanas tentativas que el establecimiento de una generalidad arbitraria y condenada por la crítica. Pero si el temor de ese peligro nos advierte para no dar una extensión exagerada a la parte general, sería caer en el exceso opuesto desconocer la generalidad verdadera de una doctrina o de un principio: aquí como en lo demás, un exquisito tacto debe dirigirnos entre ambos escollos". (*Ibid.*, pp. 292, 29).

<sup>23</sup> "Cada relación de derecho nos aparece como una relación de persona a persona determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde la voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña". (*Ibid.*, p. 258).

voluntad humana, que son: la naturaleza no libre y las personas extrañas<sup>24</sup>. Sobre el primer objeto se desarrolla "el derecho a una cosa que, bajo su forma más pura y más completa, se llama propiedad"<sup>25</sup>. Sobre el segundo, la obligación: las relaciones de derecho en virtud de las cuales ejercemos dominio sobre un acto determinado de otra persona se llaman obligación<sup>26</sup>. "La obligación y la propiedad tienen ambas una naturaleza idéntica, en cuanto extienden el imperio de nuestra voluntad sobre una parte del mundo exterior"<sup>27</sup>.

SAVIGNY también resalta la aproximación existente entre el derecho real y la obligación, pues, según afirma, "la mayor parte de las obligaciones, y las más importantes, tienen por objeto llegar, por medio de una persona extraña, a un derecho real, o al menos al ejercicio o al goce de tal derecho"<sup>28</sup>. "La reunión de instituciones que regulan estas relaciones se llama derecho de bienes"<sup>29</sup>. Más tarde WINDSCHEID dirá que esta naturaleza común de los derechos reales y de crédito la expresa el término "derechos patrimoniales"<sup>30</sup>.

Las ideas sobre la obligación que perfila SAVIGNY en el *Sistema de Derecho romano actual* le sirven de base para su *Tratado sobre el derecho de obligaciones*, Tratado que no llega a completar. Es en este lugar donde construye el Derecho de obligaciones<sup>31</sup>. Aquí elabora, de nuevo, una parte

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>26</sup> "Si queremos representarnos una relación de derecho que establezca nuestro dominio sobre una persona sin destruir su libertad, un derecho que se parezca a la propiedad, y que, sin embargo, se distinga de ella, es preciso que este dominio no abrace la totalidad de la persona, sino solamente uno de sus actos, en cuyo caso dicho acto, sustraído al libre arbitrio de esta persona, se somete al imperio de nuestra voluntad..." (*Ibid.*, pp. 261 y ss.). SAVIGNY repite esta idea de obligación en el Tratado de derecho de obligaciones. En él nos indica que la obligación consiste en la dominación sobre otra persona; no sobre la persona por completo (pues ello significaría la absorción de la personalidad) sino sobre actos aislados de ella; es una restricción a la libertad y una sumisión a nuestra voluntad (SAVIGNY 1873, p. 6).

<sup>27</sup> SAVIGNY (1878) p. 262.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>30</sup> WINDSCHEID (1862), p. 87. Díez-PICAZO, en la construcción de sus fundamentos del Derecho civil patrimonial, utiliza el concepto de "relaciones jurídico-patrimoniales" (Díez-PICAZO [1970], pp. 49 y ss.).

<sup>31</sup> SAVIGNY (1873) es como una parte desgajada de su *System des heutigen römischen Rechtes*.

general del derecho de obligaciones, articulada en cuatro capítulos: Naturaleza de las obligaciones<sup>32</sup>; 2º Fuentes de las obligaciones; 3º Extinción de las obligaciones; 4º Medios jurídicos contra la violación de las obligaciones<sup>33</sup>. Sólo desarrolla los dos primeros.

En la construcción de SAVIGNY del Derecho patrimonial y, dentro de él, de los derechos reales y de la obligación está presente su idea de derecho subjetivo, entendido como el poder de la voluntad. Es una idea que ya estaba presente en DONELLO, para el cual los derechos sobre las cosas y las obligaciones están conectados bajo una idea común: aquello que pertenece o es de cada uno<sup>34</sup>. La referencia a la propiedad (a lo que es de cada uno) está también presente en el concepto de obligación de GROCIO<sup>35</sup>. Esa referencia a la propiedad sirve para expresar la noción de derecho subjetivo

### 3. El Derecho de obligaciones en el Código civil

En nuestro Código civil, como en otros Códigos civiles continentales<sup>3</sup> la idea de obligación sirve para agrupar un conjunto de reglas. Esto parece ser un intento de abstracción o de generalización de reglas, que se pretende aplicar a los diferentes tipos de obligaciones (contratos, delitos, restituciones). Pero, ¿realmente ese conjunto de reglas es aplicable a cualquier tipo de obligaciones? La respuesta debe ser negativa. En el régimen general de las obligaciones del CC hay muchos contenidos que son propios de las obligaciones nacidas del contrato.

1. Que las reglas generales codificadas, sobre las obligaciones, son, en buena parte, reglas propias de las obligaciones nacidas del contrato, es bastante claro en el Proyecto de 1851 [en adelante: P-1851]. Resulta de su estructura.

<sup>32</sup> En donde trata del concepto de obligación, sus diferentes tipos, los sujetos, el objeto. Esta materia la desarrolla en el volumen primero y en parte del segundo.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 4, 5.

<sup>34</sup> DONELLUS (1595), Lib. 12; pp. 1 y ss.

<sup>35</sup> "Hemos dicho que la otra clase de propiedad es la obligación, que hemos descrito con el derecho de propiedad que un hombre tiene sobre otro para obtener de él alguna cosa o algún acto" [obligación de dar o de hacer]. GROCIO (1977) I, p. 293.

<sup>36</sup> El BGB dedica el Libro 2 a las relaciones obligatorias.

El Título V del Libro III del P-1851 lleva este enunciado: "De los contratos y obligaciones en general". Aunque por el enunciado deberían situarse ahí reglas generales de las obligaciones y contratos, fácilmente advertimos la importancia que tienen en el contenido de este título las disposiciones referidas exclusivamente a los contratos. Son las que aparecen en primer lugar. Tienen estos contenidos: requisitos generales para la validez de los contratos, efecto de las obligaciones que provienen de los contratos (diferenciando los efectos propios de la obligación de dar de los de la obligación de prestar algún servicio), interpretación de los contratos y, a continuación, en sección separada, se regula el resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses (arts. 1011 a 1018), referido al incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

A estas reglas a las que me acabo de referir (pensadas para el contrato) siguen otras, que ya no se circunscriben a él; son aplicables, en principio, a todas las obligaciones. Versan sobre las diversas especies de obligaciones; también sobre la extinción de las obligaciones. En la extinción de las obligaciones se trata de la rescisión de las obligaciones y de la prescripción (con una remisión al título de la prescripción). A continuación, en otros dos capítulos, están las reglas sobre la nulidad de las obligaciones y sobre la prueba de las mismas.

En conclusión, como podemos ver, aunque el Título V del P-1851 se refiera a los contratos y obligaciones, el contenido de las disposiciones generales, situadas en su Capítulo I, regulan exclusivamente aspectos referentes al contrato y a las obligaciones surgidas del mismo. GARCÍA GOYENA, en el comentario al primer artículo, señala que la regulación del Título V, "De los contratos y obligaciones en general", contiene una regulación de las reglas generales de los contratos y de las obligaciones surgidas del contrato<sup>37</sup>. Esa misma conclusión se extrae del art. 984 P-1851<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> "Aquí solo se trata de las obligaciones que nacen de los contratos o convenios: más adelante, en el título 21, libro tres, se tratará de las que nacen sin ellos, o de un derecho personal del obligado. Hay, en fin, otras que nacen de la sola disposición de la ley, como es, por ejemplo, la de ser tutor". GARCÍA GOYENA (1852) art. 973, III, 4.

<sup>38</sup> "Todos los contratos están sujetos a las reglas generales contenidas en este título, sin perjuicio de las que se prescriban en los respectivos títulos sobre cada uno de ellos" (art. 984 P-1851).

2. El Código civil, comparado con el P-1851, introduce algunas modificaciones en la sistemática de las normas de las obligaciones y contrato. Incluye un Capítulo I, titulado "Disposiciones generales" (arts. 1088 a 1093), en el que, tras ofrecer la idea general de obligación (art. 1088), se clasifican las obligaciones conforme a sus diferentes fuentes. Además, en la sistemática del Libro IV, que lleva por rúbrica "De las obligaciones y contratos", el CC separa, en sendos títulos, el tratamiento general de las obligaciones (Título I: arts. 1088 a 1253), del tratamiento de los contratos (Título II: arts. 1254 a 1314). Esta separación nos puede hacer pensar que el CC tiene unas reglas generales aplicables a todas las obligaciones. Si embargo, no es así. En buena medida, el CC está pensando en las obligaciones surgidas del contrato. Sus pretendidas reglas generales solo se aplicarán a otro tipo de obligaciones cuando sea posible, por medio de la analogía.

Tras lo expuesto podemos afirmar que la sistematización del Derecho de obligaciones en nuestro Código civil no es perfecta. Contiene un buen número de preceptos que se refieren a las obligaciones surgidas del contrato.

#### 4. *¿Tiene ventajas la construcción de una teoría general de las obligaciones?*

No voy a discutir ahora las ventajas de la construcción de una teoría general de las obligaciones. Ventajas existen. Crea un régimen unitario, y, en la medida de lo posible, para el derecho de crédito. Regula, de modo unitario, aspectos importantes del mismo, desde el punto de vista económico, lo cual es importante en el tráfico: unifica el sistema de pago del crédito, de compensación, de cesión, de asunción de deuda; determina las reglas de cotitularidad de los derechos de crédito (solidaridad o mancomunidad) y el régimen de las obligaciones a plazo, bajo condición, alternativas, etc.

Sin embargo, esa generalización no puede ser completa. Las obligaciones nacidas del contrato, es decir, fundadas en la autonomía de la voluntad, tienen ciertas peculiaridades que no pueden ser generalizadas a todas las obligaciones. Donde se percibe, en mayor medida, el inconveniente de la generalización es, precisamente, en las obligaciones nacidas del contrato. Estas obligaciones tienen sus propias características, diferentes de las de otras. Primero, por la influencia que ejerce el contrato en las relaciones obligatorias nacidas del mismo. La influencia del contrato no es solo inicial

en el momento de su nacimiento; se produce a lo largo de todo el desarrollo de la relación obligatoria contractual (por ej., art. 1124 CC). Segundo, por la mayor complejidad que tiene el incumplimiento de estas obligaciones y la mayor riqueza del sistema de remedios correspondiente.

### III. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

Las efemérides del centésimo quincuagésimo aniversario de la Ley del Notariado, que celebramos en este año 2012, nos permite poner en relación dos momentos históricos muy importantes (trascendentales): el de la codificación y el actual. En 1862, año de la Ley del Notariado, el proceso de codificación en España no ha culminado, pero ha comenzado, con logros tan significativos como el P-1851. Y en Europa los países que no han codificado aún su derecho se encuentran empeñados en esa tarea. La Ley del Notariado de 1862 surge, pues, en el marco del proceso de codificación.

La codificación vino a recoger en los códigos civiles una construcción de la obligación y el contrato elaborada con los materiales del Derecho romano, pero organizada, simplificada y estructurada conforme a las ideas iusnaturalistas. Son tan diferentes el espíritu y el método de la codificación y el del Derecho romano, que sin los instrumentos racionales del iusnaturalismo hubiera sido difícil de ejecutar.

El momento actual es también un momento de cambio y, seguramente, no menos importante que el momento de la codificación. Nos hallamos en un proceso que podemos denominar, y se ha denominado, de “modernización del Derecho de obligaciones”, con especial proyección sobre el Derecho de contratos. De este proceso me voy a ocupar, centrando mi atención, particularmente, en el contrato.

En el Derecho español no hemos permanecido ajenos a este proceso renovador. Desde hace algunos años la Sección civil de la Comisión general de codificación ha venido trabajando en la preparación de una Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos<sup>39</sup> [en adelante:

<sup>39</sup> Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación (2009) (separata del *Boletín de Información*, año LXIII, enero 2009). Esta Propuesta está siendo, progresivamente, objeto de consideración por la doctrina.

PM], que debemos situar en un proceso general de transformación del Ordenamiento. Como ocurriera en el momento de la codificación, este proceso puede ser considerado como una tarea de nuestro tiempo; algunas voces autorizadas así lo han destacado.

El proceso de modernización del Derecho de obligaciones y, particularmente, del de contratos en el que estamos hoy inmersos no debe confundirse con lo que fuera en su momento la denominada “recodificación”, circunscrita, en sus pautas, a cada ordenamiento. El actual proceso es un movimiento generalizado, que adopta un modelo nuevo, bastante uniforme, de transformación de este sector del ordenamiento. Opera en tres grandes estratos o niveles: en el nacional o estatal, donde ha impulsado e impulsa la reforma de algunos Códigos civiles; en el europeo, en el que promueve la convergencia o armonización del Derecho de contratos; en el global, en el que el nuevo Derecho de contratos está llamado a organizar, de modo más eficiente, las relaciones del tráfico en un mercado global.

#### 1. Claves de la modernización del Derecho de obligaciones

La modernización del Derecho de obligaciones es una tendencia que proviene del siglo pasado (se produce, aproximadamente, en el último tercio del siglo XX) y supone una revisión no solo de normas, sino de las estructuras dogmáticas del Derecho de obligaciones. El núcleo del que parte es el incumplimiento del contrato y el sistema de remedios. Desde ese núcleo ha extendido su virtualidad renovadora a otros ámbitos. Por eso puede afirmarse que la modernización se refiere a todo el Derecho de obligaciones. Una pieza normativa básica de esta renovación es la Convención de Viena<sup>40</sup> [en adelante: CISG]. Cuando nos referimos a los “Nuevos principios de la contratación” hemos de referirnos, necesariamente, además de a la CISG, a otros instrumentos normativos supranacionales en los que se han ido plasmando. E incluso a un movimiento de reforma o revisión de los Códigos civiles de ciertos Estados, orientado bajo los presupuestos de la modernización<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> CISG: Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el día 11 de abril de 1980. Instrumento de Adhesión de España, dado en Madrid a 17 de julio de 1990 (BOE 30.01.1990).

<sup>41</sup> Sirva de ejemplo la reforma del Código civil alemán: *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 26.11.2001, que entró en vigor el 01.01.2002. Introduce modificaciones esenciales en los libros 1 (Parte general) y 2 (Derecho de obligaciones) del BGB.



Para comprender lo que significa la modernización del Derecho de obligaciones, nos puede ser útil encontrar algunas claves que explican cómo se produce y en qué consiste. Podemos diferenciar dos grupos: las que voy a denominar claves históricas y las que denominaré claves dogmáticas.

Cuando me refiero a las claves históricas, lo que pretendo indagar o preguntarme es: ¿qué ha determinado la necesidad de un nuevo Derecho (un Derecho modernizado) de obligaciones, referida sobre todo al contrato? ¿En qué instrumentos jurídicos se ha plasmado hasta ahora ese modelo nuevo del Derecho de contratos? Pues, como ya he dicho, lo que caracteriza el fenómeno de la modernización del Derecho de contratos no es, simplemente, una tendencia a mejorar o a depurar los propios Códigos civiles, según pautas o criterios diferentes, sino la adecuación de todos ellos a un nuevo patrón o modelo.

Cuando me refiero a las claves dogmáticas, lo que, en el fondo, me estoy preguntando es, ¿en qué consiste esa modernización? ¿Cuáles son los rasgos que, básicamente, la caracterizan?

## 2. Claves históricas de la modernización del Derecho de obligaciones

El siglo XIX, siglo de la codificación, puede caracterizarse como el siglo de la afirmación de los ordenamientos nacionales y de huida del *ius commune*, aunque el *ius commune* ha permanecido en el sustrato de los Códigos civiles. El siglo XX ha terminado con una prometedora tendencia hacia el reencuentro: hacia la construcción de un nuevo *ius commune*. Las causas que originan esta tendencia son de diverso orden. La primera se encuentra en las exigencias del tráfico jurídico sin fronteras, que progresivamente se afianza. Debe regirse por reglas uniformes, superando el sistema de las leyes de conflicto. La segunda es el proceso de integración de los Estados en organizaciones supranacionales. Cuando esta integración se establece sobre la base de un mercado único, como ocurre en la Unión Europea, el buen funcionamiento de éste exige superar las trabas de la disparidad normativa de los ordenamientos nacionales. Como consecuencia del mercado único, la Unión Europea viene actuando en la aproximación del Derecho de contratos (y obligaciones) de los Estados miembros, en los sectores más sensibles a las exigencias de la unidad de mercado. Lo ha hecho hasta ahora

a través de Directivas;<sup>42</sup> y, recientemente, avanzando más, a través de una Propuesta de Reglamento, a la que enseguida me voy a referir<sup>43</sup>.

## 3. Algunos instrumentos normativos en la modernización del Derecho de contratos

A continuación me refiero a algunos *instrumentos normativos*<sup>44</sup> en los que se plasma la corriente renovadora del Derecho de contratos a la que me estoy refiriendo. De todos ellos, el primero, la CISG, es, sin duda, el que, por su prioridad en el tiempo y su vigencia en nuestro ordenamiento, tiene, hoy por hoy, para nosotros mayor importancia.

1. *La Convención de Viena (CISG)*: Sus orígenes se sitúan en el año 1928, cuando Vittorio SCIALOJA, Presidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma, fundado el 3 de septiembre de 1926, propone, entre las primeras tareas del Instituto, ocuparse de la unificación del régimen jurídico de las compraventas internacionales de mercaderías. Y es, precisamente, un romanista, Ernst RABEL, quien el 21 de febrero de 1929 informa a la Dirección del Instituto sobre las posibilidades de unificación del Derecho de las compraventas.

A quienes creen en la fuerza unificadora del Derecho romano no ha de resultarles extraño este hecho, pues, como señalaba el propio RABEL, el

<sup>42</sup> Las Directivas, y estoy pensando en las referidas a materias de consumo, hasta ahora, han sido de mínimos. Los Estados, al incorporarlas, han podido introducir un nivel más elevado de protección del consumidor. Esta técnica ha contribuido a introducir grandes diferencias en el Derecho de los Estados.

Ese sistema se modifica en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Su art. 4 establece: "Nivel de armonización: Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva".

<sup>43</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, Brussels, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD).

<sup>44</sup> Empleo esta expresión porque no todos ellos tienen fuerza reguladora directa (vigencia normativa).

Derecho romano es un lenguaje conceptual común de los pueblos. Este romanista ha sido justamente considerado el padre del moderno Derecho Comparado en Alemania<sup>45</sup>. Los frutos de este primer impulso cristalizarán más tarde: primero en las Leyes Uniformes de La Haya, de 1964<sup>46</sup>, y posteriormente en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980. En la CISG se deposita el sedimento de su largo proceso de elaboración, en el que intervienen excelentes juristas de los distintos círculos de las diferentes familias del Derecho Comparado.

Aunque la CISG no abarca todo el Derecho de contratos, pues solo se refiere al contrato de compraventa, la regulación de este contrato exigió replantearse los aspectos básicos de las obligaciones contractuales. La CISG regula la formación del contrato de compraventa (oferta y aceptación), el cumplimiento del mismo (obligaciones del vendedor y obligaciones del comprador) y el incumplimiento y sus consecuencias. Más allá de la regulación nueva del incumplimiento y sus remedios podemos encontrar en la CISG ciertas orientaciones renovadoras del Derecho contractual. Así, por citar algunos ejemplos: el significado de la confianza en cuanto puede dar lugar a una vinculación contractual (arts. 8 II, 29 II CISG), la interpretación (art. 8 CISG), la forma y prueba (art. 11 CISG), el incumplimiento esencial (art. 25 CISG), la resolución por notificación (art. 26 CISG), el riesgo de demora o error en la transmisión de una comunicación (art. 27 CISG), los deberes de colaboración (por ej., arts. 32 III, 43 CISG), la inadmisibilidad de los plazos de gracia (art. 43 III CISG).

Las reglas y principios de la CISG están contribuyendo a una renovación del Derecho de contratos español, por el uso que de ella están haciendo los Tribunales.

2. *Los Principios Unidroit*<sup>47</sup>. Otro instrumento normativo en el que se plasman los nuevos principios de la contratación son los Principios Uni-

<sup>45</sup> Como recuerda otro gran comparatista y romanista, ZIMMERMANN (2001), p. 2.

<sup>46</sup> Convención relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de bienes (La Haya, 1964); Convención relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de bienes (La Haya, 1964).

<sup>47</sup> *International Institute for the Unification of Private Law*, con sede en Roma.

droit<sup>48</sup>. Estos Principios ofrecen una regulación del Derecho de los contratos más completa que la de la CISG. Pero, a diferencia de ella, carecen de fuerza normativa directa, aunque tienen indudable autoridad. Como ellos mismos indican en el Preámbulo, se aplican cuando los contratantes así lo expresen, de un modo directo o indirecto. Además, en cuanto reflejar la *lex mercatoria*, pretenden ofrecer soluciones para colmar lagunas de la ley aplicable, o para interpretar o suplir los instrumentos internacionales de Derecho uniforme, cuando el árbitro estime conveniente utilizarlos. Se proponen, pues, como un modelo para el legislador nacional e internacional.

3. *Los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL)*<sup>49</sup>. En el marco de la Unión Europea los nuevos principios de la contratación se plasman en los *Principles of European Contract Law*, preparados por *The Commission on European Contract Law*, que ha estado presidida por LANDO. La función de estos Principios es parecida a la de los de Unidroit. Pero, además, pretenden sentar las bases para el desarrollo de un futuro Código civil europeo de obligaciones.

4. *Marco Común de Referencia*<sup>50</sup> (DCFR). En el año 2009 se publica el *Draft Common Frame of Reference*. Contiene principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo. Esta publicación va precedida de una amplia introducción en la que se explica el proceso de elaboración, su finalidad y los aspectos básicos de su contenido<sup>51</sup>. En su preparación han intervenido diferentes grupos académicos. Aunque su punto de partida son los PECL, el DCFR está influenciado por las construcciones de la dogmática alemana, con cierto distanciamiento del modelo de la CISG. Esto puede explicar el rechazo provocado, en algunos sectores, contra-

<sup>48</sup> *The principles of International Commercial Contracts*. La idea de redactarlos data de 1971, cuando el Instituto (Unidroit) incluye en su programa de trabajo la progresiva codificación del derecho internacional del comercio. El grupo de trabajo inicia su preparación en 1980. El Consejo del Instituto aprueba su publicación en inglés y francés en 1994. Existe una versión de 2010: *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2010.

<sup>49</sup> Sobre ellos *vid.* LANDO y BEALE (2000); LANDO, CLIVE, PRÜM y ZIMMERMANN (2003). En España: DIEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (2002).

<sup>50</sup> VON BAR, CLIVE, SCHULTE-NOLKE y otros (2009).

<sup>51</sup> Existe un comentario editado por: VON BAR y CLIVE (2009). También existe un comentario en español, parcial pero bastante extenso: VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2012).

rios a generalizar ese modelo, con desconocimiento de otras tradiciones jurídicas europeas.

5. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*<sup>52</sup>. Hasta ahora la Unión Europea había utilizado el sistema de Directivas de mínimos, en la armonización del Derecho de consumo de los Estados europeos. Tales Directivas de mínimos, lejos de conseguir la armonización deseada, han producido significativas divergencias en el Derecho de consumo de los diferentes Estados de la UE. Este efecto desarmonizador ahora se trata de corregir a través de la utilización de otras técnicas normativas por la UE: la Directiva cuyo contenido no puede ser modificado o el Reglamento (de aplicación directa), como el de la Propuesta a que me refiero, que ofrece un instrumento opcional de regulación de la compraventa. Aspira a ser el sustrato de un futuro Derecho uniforme de contratos en el seno de la UE. Como ocurriera con la CISG, la regulación de la compraventa da pie para ello; y más en este caso en el que se incluyen reglas generales del Derecho de contratos, como por ejemplo los vicios del consentimiento, entre otras.

La Propuesta de Reglamento contiene en su Anexo I una *Normativa común de compraventa europea* (CESL)<sup>53</sup>. Dicha regulación, por tratarse de un instrumento opcional, solo se aplica si así se pacta por los contratantes. Está prevista para ser utilizada en las relaciones entre un empresario y consumidor, o entre un empresario y otro empresario (cuando se trata de una PYME). El CESL se distancia del modelo del DCFR y toma en cuenta la CISG y, en lo que ella no alcanza, los PECL.

#### 4. Claves dogmáticas

Al referirme a las claves dogmáticas, intento explicar algunos aspectos básicos de la nueva construcción del Derecho de contratos. En la selección que forzosamente debo hacer me voy a referir a las siguientes: 1ª) El cambio en la relación obligatoria modelo tomada en cuenta para articular

el Derecho de las obligaciones nacidas del contrato. 2ª) El cambio en idea de contrato y sus requisitos. 3ª) El cambio en el modo de entender vinculación contractual en el nuevo Derecho de contratos. En torno a estos tres ejes problemáticos podemos acometer la tarea de indagar cuál es sentido, en qué se caracteriza el nuevo Derecho de contratos.

#### IV. LA RELACIÓN OBLIGATORIA MODELO

En el CC español, como en otros del siglo XIX, la relación obligatoria tomada como modelo para la construcción de las reglas generales del sistema del Derecho de obligaciones es la unilateral. Ya he señalado cómo nuestro CC, cuando regula la "naturaleza y efecto de las obligaciones" (arts. 1094-1112), está contemplando, en buena medida, el supuesto de incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Lo cual no excluye que algunas de sus reglas sean generalizables, pero otras no.

En el nuevo Derecho de contratos, por el contrario, la relación obligatoria modelo es la bilateral. No olvidemos que este nuevo modelo se nutre de reglas construidas pensando en la compraventa (en la CISG).

##### 1. El modelo de la promesa unilateral

Hay razones que pueden explicarnos, por qué en nuestro CC, como en otros del siglo XIX, se adopta el modelo de la relación obligatoria unilateral. La primera está asociada a la construcción del concepto de contraplastada en los códigos civiles.

Los teóricos iusnaturalistas, que sientan las bases de la teoría del contrato desarrollan sus ideas en torno a la fuerza vinculante de la promesa. Así hace GROCIUS; aunque PUFENDORF desarrolla importantes ideas sobre el contrato<sup>54</sup>. A la hora de intentar encontrar una simplificación de los complejos materiales normativos del Derecho romano, sin duda la promesa unilateral ofrece el esquema más simple de vinculación surgida de la voluntad.

<sup>52</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, Brussels, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD).

<sup>53</sup> CESL: *Common European Sales Law*.

<sup>54</sup> En relación con el error en el contrato, MORALES MORENO (1988), pp. 41-43.