

José Maximiliano Rivera Restrepo✉

La Propuesta de Modernización del Código Civil Español en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, en lo que se refiere al derecho de opción del acreedor por incumplimiento contractual

The Proposal for Modernization of Spanish Civil Code on the obligations and contracts Law Commission, Civil Section in what it means the right choice for breach of creditor

A Proposta de Modernização do Código Civil espanhol sobre as obrigações e contratos Comissão do Direito, Secção Civil no que significa a escolha do credor opção para quebra de contrato

Resumen: Me interesa analizar la Propuesta Española de Modernización del Código Civil, en materia de obligaciones y contratos, en lo que se refiere al derecho de opción y, la forma en que esta Propuesta podría eventualmente, orientar alguna reforma del Derecho español de las obligaciones. Dos son las visiones que se enfrentan en el proceso de unificación del Derecho Privado Europeo: la mirada anglosajona y la continental. Por ello, nos referiremos también a la tensión existente entre ellos.

Palabras clave: derecho de opción, resolución, obligación, derechos del acreedor, incumplimiento contractual, derecho de remedios.

✉ Doctor en Derecho Civil, Profesor de Derecho Civil, Universidad Gabriela Mistral, Chile. Abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Privado por la Universidad de Chile. Máster Universitario en Derecho Privado por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho Civil por la Universidad Complutense de Madrid. Notario Público, Diplomado en Docencia Universitaria, Universidad Gabriela Mistral.

✉ jose.rivera@ugm.cl

Abstract: *I am interested in analyzing the Spanish Proposal to Modernize the Civil Code on obligations and contracts, what concerns to the right of option and how this proposal could possibly guide any reform of Spanish law of obligations. There are two visions they face in the process of unification of European Private Law: Anglo-Saxon and continental look. Therefore, we also refer to the tension between them.*

Keywords: *Right option– resolution – obligation – creditor’s claim – breach of contract – law remedies.*

Resumo: *Eu quero analisar a proposta espanhola para a modernização do Código Civil em matéria de obrigações e contratos, no que respeita ao direito de opção e como esta proposta poderia orientar qualquer reforma do direito espanhol de obrigações. Duas visões estão enfrentando no processo de unificação do direito privado europeu: Anglo-Saxon e olhar continental. Portanto, vamos nos referir à tensão entre eles.*

Palavras-chave: *direito de opção, a resolução, responsabilidade, direitos dos credores, quebra de contrato, os remédios certos.*

Recibido: 20161214

Aceptado: 20170316

Introducción

En el último tiempo, en Europa, han proliferado las voces provenientes de diversas concepciones, acerca de un posible proceso de unificación del Derecho de las obligaciones y contratos para el viejo continente. España también, a nivel interno, y en menor medida, se encuentra trabajando desde hace un tiempo a la fecha, en esta materia. Se ha pretendido incorporar en estos esfuerzos, privados y públicos, instituciones provenientes del *common law*, a suerte de “negociación” con la Comunidad Británica, cuyos autores y políticos arguyen que los conceptos abstractos provenientes del Derecho europeo continental (principalmente de Alemania y Francia) entran el proceso de unificación del Derecho en Europa. Además, sus arietes, al parecer, son distintos: mientras el Derecho anglosajón se identifica casi absolutamente con el principio dispositivo o autonomía de la voluntad, con el principio de la eficiencia y con un análisis del Derecho, como ciencia al servicio de la economía; la tradición continental analiza al Derecho como un medio o instrumento para lograr soluciones más justas y equitativas, sobre la base del principio de solidaridad social (principalmente Alemania) y el principio de la buena fe.

Con cierto recelo, al menos de una parte significativa de la doctrina, se han incorporado nociones foráneas, extrañas, ajenas, cuya inclusión resulta, al parecer, inevitable, para lograr una negociación política cuyo norte es la Unificación del Derecho Privado Europeo.

En este marco, entonces, se ha discutido acerca del llamado derecho de opción del acreedor, ante el incumplimiento contractual. Nos referiremos, en este ensayo, primeramente, a un contexto de dictación de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. A continuación, se analizará en detalle, la regulación que otorga dicha Propuesta en torno al derecho de opción del acreedor. Por último, se intentará revisar (casi como una suerte de conclusión) el actual panorama europeo a partir de la contraposición entre el principio de la buena fe y el principio de autonomía de la voluntad, los que, en mi opinión, representan las dos almas del Derecho

européico, principios que, en mi opinión, son incompatibles: en la medida que se afecte a uno de ellos, el contrario adquirirá mayor vigor, y viceversa.

Sobre el proceso unificador del Derecho de las obligaciones y el “soft law”

En el Derecho comparado ha adquirido fuerza la idea de armonizar el derecho de las obligaciones y de los contratos. En Europa, con el fin de unificar el derecho continental y el *common law*, se han dictado varias directivas y reglamentos, obligatorios para los estados miembros de la Comunidad Económica Europea. (De Priego Fernández, 2013)¹ También se debe citar a la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. (Clemente Meoro, 1998). Estos esfuerzos buscan –en definitiva– el establecimiento de una legislación común. (Fernández Rozas, 2009)². Para ello, se pretende, a través del llamado “soft law”, inducir a los estados miembros a adoptar dichos principios y normas comunes, (Gili Saldaña, 2012) (Gómez Pomar y Gili Saldaña, 2012) que faciliten el desenvolvimiento de la actividad económica entre ellos (Guisado Moreno, 2013) (Albiez Dohrmann, 2016) (Albiez Dohrmann, 2013) (Albiez Dohrmann, 2011) (Vaquer Aloy, 2011) (Vaquer Aloy, 2011a) (Pérez Velásquez, 2013) (Palazón Garrido, 2016) (Navarro Fernández, 2011) (Monestier Morales, 2011) (Guisado Moreno, 2015).

En este marco, es posible mencionar algunos esfuerzos privados, como los Principios de Derecho Contractual Europeo, obra de la Comisión Lando (*PECL*); (Sánchez Ruiz De Valdivia, 2003, 235-262) el Marco Común de Referencia (*DCFR*); el Proyecto de Código Civil Europeo (Proyecto de Gandolfi), entre otros. (Sánchez Ruiz De Valdivia, 2016a).

En España no se ha querido quedar atrás en esta materia, (Alcalde Silva, 2011)³ y por ello, dentro de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación se presentó en 2009, una Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, cuya principal motivación es modernizar las normas del CC español de 1889. Como indica el párrafo I de la Exposición de Motivos de esta Propuesta: “Muy pocas personas habrá que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos, que, en la actualidad, se encuentran comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1.088-1.314), donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron

promulgados y puestos en vigor en 1889” (Comisión general de Codificación, Sección de Derecho Civil, 2009) (Ruiz Sutil, 2015)⁴ También es posible mencionar la Propuesta de Sánchez Ruiz de Valdivia (2016, 175 y ss)

Antecedentes sobre la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de Obligaciones y Contratos de 2009

Uno de los pocos proyectos sobre modernización del Código civil español, en cuanto al derecho contractual, y particularmente en lo que se refiere al derecho de opción, es la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, presentado por la Comisión General de Codificación, Secc. Civil. (Díaz Alabart, 2002, 157). Cabe señalar que dicha Comisión inició su labor sin que existiese un decreto de órgano competente que la mandatará para ello. Por ello, el fruto de su trabajo ha sido calificado de “propuesta” o “estudio” y no de anteproyecto o proyecto de ley. La Comisión, cuyo nacimiento data del año 1843, está dividida en cinco secciones: Derecho civil, Derecho público, Derecho penal y penitenciario, Derecho procesal y Derecho mercantil y fue la encargada de elaborar el Proyecto de Código civil español (Díaz Alabart, 2002, 158–159). En ella se ha tratado de incluir algunas nociones propias del *common law*, intentando armonizarlo con el Derecho continental (Rodríguez Marín, 2010, 271-300).

Regulación específica del derecho de opción en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación, Sección Civil

La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, (en adelante PMCC), se refiere en el Capítulo VII, titulado “Del incumplimiento” (artículos 1188 a 1212 ambos inclusive),⁵ al incumplimiento de las obligaciones. El Capítulo se encuentra dividido en cinco secciones, que tratan de: (1) Disposiciones generales; (2) De la acción de cumplimiento; (c) De la resolución por incumplimiento; (d) Reducción del precio; y (e) De la indemnización de daños y perjuicios.⁶ En general, la doctrina ha señalado que la PMCC apuesta por un nuevo concepto de “incumplimiento contractual”, de carácter general o unitario,⁷ pues, tanto el art. 1188.1, como el Preámbulo indican que estamos frente a un incumplimiento, cuando no ejecuta exactamente lo que reza el contrato, con independencia de si el incumplimiento le es o no imputable (Diez-Picazo y Ponce De León,

1993)⁸ Entre las ventajas de la adopción de esta noción objetiva de incumplimiento, (Diez-Picazo y Ponce De León, 2009)⁹ se encuentran las siguientes: (a) la noción unitaria de incumplimiento está conforme con la moderna doctrina comparada, consignada en varios textos de Derecho uniforme; (Fenoy Picón, 2010)¹⁰ (b) también la jurisprudencia, como se vio, ha prescindido del elemento subjetivo a la hora de calificar la resolución contractual (Palazón Garrido, 2011. 423-447). Por otra parte, se dice que la alternativa consagrada en el art. 1188.1 de la PMCC, nos dirige a la noción de “falta de conformidad”, concepto nuevo en el Derecho español, incorporado por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el 25 de mayo de 1999, que se refiere a la venta y garantías de los bienes de consumo. (Vaquer Aloy, A., 2011, 8–10). La PMCC, en su art. 1474 establece que: “La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad” (Vaquer Aloy, A., 2011, 11) Este concepto de falta de conformidad se determina, en la mayoría de los textos de Derecho uniforme, a través del establecimiento de presunciones. El art. 1475 de la PMCC, en este sentido, dispone que: “1.º Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor; 2.º Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador; 3.º Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso; 4.º Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador puede fundadamente esperar”.¹¹ Por último, se distinguen dos clases de falta de conformidad: la material y la jurídica, la primera equivale a este moderno concepto al que hace alusión la doctrina moderna. La falta de conformidad jurídica, se refiere a lo que el CC consagra como evicción y vicios redhibitorios. (Vaquer Aloy, A., 2011, 19–20). El artículo 1190 de la PMCC, establece que: “En caso de incumplimiento podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este Capítulo, exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos”.¹² El artículo siguiente dispone lo siguiente: “En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación.

Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento”.¹³ El art. 1190 PMCC amplía las opciones planteadas por el art. 1124.2 del CC, norma que se centra en la resolución del contrato. En este sentido, Fenoy Picón, (Fenoy Picón, 2010). considera adecuado contar con una disposición como el art. 1190 de la PMCC. (Fenoy Picón, 2011, 1481-1490) Ambas normas se asemejan en que los remedios que consagran son incompatibles entre sí, pues, se utiliza la conjunción “o”, salvo la indemnización de daños y perjuicios (Fenoy Picón, 2011, 1490-1491). De lo dicho precedentemente, podemos concluir que, frente al incumplimiento contractual, el contratante diligente puede solicitar: (1) el cumplimiento de la obligación; (2) la reducción del precio; (3) la resolución de la obligación; (4) en cualquiera de los tres supuestos anteriores, además puede pedir una indemnización de daños y perjuicios; o (5) la suspensión total o parcial de la prestación. El art. 1191 de la PMCC, se refiere a la *exceptio non adimpleti contractus*, estableciendo: “En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento” (Gómez Calle, 2012, 48).

En cuanto al cumplimiento forzado de la obligación, el artículo 1192, apartado 1º a propósito de las obligaciones dinerarias, dispone que: “El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento”.¹⁴ El apartado 2º de esta norma se refiere a las obligaciones no dinerarias, estableciendo que: “En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:¹⁵ 1.º Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible. (Fenoy Picón, 2011, 1512–1513). 2.º El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor. 3.º La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe. 4.º La prestación sea personal del deudor”.¹⁶ Es interesante que la PMCC incluya dentro del cumplimiento (con las cuatro limitaciones del apartado 2º del artículo 1192), la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado, cuando la naturaleza de la obligación no lo impida. (Arroyo Amayuelas, 2016, 19 y ss.). Esto último se refiere a las obligaciones de género, en las que el contratante incumplidor puede reemplazar la cosa por otra del mismo género y calidad. (Díaz Alabart, 2002, 175). En caso que

el contratante cumplidor, hubiere pretendido el cumplimiento de la obligación no dineraria, y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción del crédito,¹⁷ podrá desistirse de su pretensión y ejercer cualquiera de las otras acciones que le franquea la ley, (artículo 1194 PMCC).

En cuanto al remedio de la reducción del precio, previsto en la Secc. Tercera de la PMCC, (artículos 1197 y 1198). El primer artículo dispone que: “La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato. La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso. El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación”.¹⁸ Si el contratante cumplidor solicita la reducción del precio, le está vedado solicitar una indemnización de daños y perjuicios por la disminución del valor de la prestación, pero bien puede solicitarla por otro concepto, (artículo 1198 PMCC).

En lo que respecta a la resolución por incumplimiento (Secc. Cuarta), (Sánchez Ruiz De Valdivia, 2016) (Palazón Garrido, Ma. L., 2016, 1539–1596) como ya se mencionó, el contratante cumplidor podrá resolver el contrato, en tres hipótesis: (a) Cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. (García Pérez, 2012)¹⁹ (b) En el caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad. (c) También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.²⁰ La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones. Por otra parte, en caso que el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento, (art. 1201

PMCC). La facultad resolutoria se debe ejercitar mediante notificación o aviso a la otra parte.

En cuanto al incumplimiento anticipado, el PMCC establece, en su artículo 1200, apartados 2 y 3, lo siguiente: “También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto. La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones”. (García Pérez, 2012, 18).

Con relación a los efectos de la resolución por incumplimiento, el artículo 1202 dispone que: “La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución. Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes”.²¹ El apartado 2º de esta norma, establece una presunción: se reputa que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto. Una vez resuelto el contrato,²² deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. En el caso de que ambas partes estuvieren obligadas a la restitución, deberán realizarla simultáneamente. Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible, salvo que el contratante cumplidor no está obligado a restituir el valor, si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida, (art. 1203 PMCC).

En el caso de la terminación (que el PMCC la llama “resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva” en el art. 1204), el deber de restitución “[...] no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto”.²³

En la PMCC no se incluyen dos facultades discrecionales que el actual CC le concede al tribunal: (a) el juez puede moderar la responsabilidad por culpa o negligencia, (art. 1103 del CC); (b) el art. 1124, apartado 2º le confiere al tribunal la facultad para fijarle un plazo de gracia al contratante incumplidor.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, como se dijo, es compatible con el cumplimiento forzado, la resolución del contrato o la reducción del precio, (art. 1205 PMCC). La indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante. En este último caso, se debe atender a la “[...] probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias (art. 1207, apartado 2ª PMCC)”.²⁴ Respecto de lo anterior me permito hacer dos comentarios: (a) la PMCC no se hace cargo del daño moral a propósito de la indemnización por responsabilidad contractual; (b) el art. 1208, al igual que el CC, señala que cuando se incurra en dolo o malicia, el contratante incumplidor responderá por los daños previstos o los que se pudieren prever razonablemente.

En las obligaciones dinerarias, el retraso en el cumplimiento de la obligación supone el pago del interés estipulado, o en su defecto, el interés legal, salvo que se pruebe que el daño o perjuicio es de mayor entidad, (art. 1206 PMCC)²⁵

Por último, los contratantes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen conveniente, siempre que las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.

Con relación a la facultad resolutoria, se establece que ella procede cuando ha habido un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de reputarse “esencial”. La resolución procede por aviso o notificación al contratante incumplidor. (Marsal Guillamet y Lauroba Lacasa, 2003)²⁶

Perspectivas de futuro

La PMCC resulta interesante, toda vez que contempla una buena sistematización de los remedios al incumplimiento contractual: (1) el cumplimiento de la obligación; (2) la reducción del precio; (3) la resolución de la obligación; (4) en cualquiera de los tres supuestos anteriores, además puede

pedir una indemnización de daños y perjuicios; o (5) la suspensión total o parcial de la prestación. Asimismo, se enmarca dentro de los modernos postulados que determinan una noción objetiva de incumplimiento, sin atender a la culpa o dolo del contratante incumplidor, el que sólo se tendrá en cuenta en la indemnización de los daños y perjuicios.

De todo lo dicho, surge la siguiente pregunta: ¿Cuál es el mejor escenario en el contexto europeo del Derecho de las obligaciones? Frente a la preponderancia de la autonomía de la voluntad, (Soro Rusell,) (Ropo, 1977) (O’Callaghan Muñoz, 2006) (Mascarenas, 1951) (Montoya Melgar, 1995) (Melich Orsini, 1997) (Mazo Álvarez, 2012) (Massini–Correas, 2004) (López Jiménez, 2008) (Largo Taborda, 2012) (Kant, 2002) (Grisi, G. (2000) (Gete–Alonso y Calera, 2008) (Galgano, 2007) (Honderich, 2001) (Alcubilla, 2008) (Del Arco Torres y Pons González, 1999) (Cavalaglio, 2006) (Aubert, 2000) (Almagro Nosete, 2000) que, en mi opinión no se condice con su verdadero radio de competencia, pues, en los textos de Derecho uniforme se encuentra sobrevalorada su relevancia, (Zoppini, 2009, 56 y ss.) aparecen otros principios, tales como la buena fe.²⁷ La buena fe, en mi opinión, es un principio tan relevante, o incluso superior a la autonomía de la voluntad, constituyéndose así, como la *primarii lapidis* del Derecho contractual. En definitiva, la buena fe cumple un rol esencial: “modelar” la voluntad de los contratantes, ajustándola a principios morales y jurídicos como la equidad natural. Por otra parte, y dentro del actual escenario europeo, en materia de unificación y armonización del Derecho de obligaciones, es evidente el enfrentamiento entre dos sistemas opuestos, (Díaz Sierra, 2002)²⁸ y también resulta obvio, la existencia de una “negociación” en la comunidad científica, cuyo fin es acercar las posiciones y lograr una legislación uniforme. Aun cuando, Europa se encuentra inmersa en este proceso, desde mi punto de vista, pienso que debería preferirse una opción que esté más acorde con los principios de solidaridad social y buena fe, (Perrin, 2005)²⁹ toda vez que, las soluciones adoptadas como textos de Derecho uniforme, sean de carácter académico o legal, necesariamente repercutirán en otros sistemas legislativos, los que podrían verse influenciado por estas soluciones, sea por convencimiento o por razones meramente pragmáticas.

En el proceso de globalización de la economía y uniformidad–armonización del Derecho, aparecen enigmas que se deben dilucidar: ¿Cuál es la orientación que deben adoptar las normas jurídicas? ¿Es necesario renunciar

a nociones básicas, propias del Derecho continental, para lograr una uniformización del Derecho europeo de obligaciones?

Se advierte que, en la búsqueda de la posible solución, surgen más interrogantes que respuestas. En efecto, los rápidos hechos de las últimas décadas, exigen una toma de posiciones frente al tema. Argumentos que, en mi opinión, no deberían desconocer nociones básicas que resultan ajenas para otros sistemas jurídicos, y aun cuando sea importante, no basarse exclusivamente en criterios economicistas. Como dice De Los Mozos: “La aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica [...]” (De Los Mozos, 1965, 15) Es decir, se trata de un concepto metajurídico, extraño al Derecho positivo, que lo impregna y lo modela, conforme a nociones de justicia natural.

Esas son las funciones que, precisamente, cumple “lo justo natural”, es decir, limitar a lo justo positivo, a través de la integración de los vacíos normativos, prefiriendo la interpretación a sea más conforme a la justicia y restringiendo el contenido odioso de las disposiciones del Derecho positivo (Rivera Restrepo, 2012)³⁰

Todas estas nociones (teoría de la causa, obligaciones naturales, la equidad natural, teoría de las apariencias, cláusula *rebus sic stantibus*, etcétera), dentro de las que se enmarca el principio de la buena fe, tienen por resultado “moralizar” al Derecho, y, en mi opinión, resultan esenciales para lograr de buena forma dictar leyes y aplicarlas de manera equitativa.

Como he comentado, se habla de la existencia de una “tensión” entre la autonomía de la voluntad³¹ y la buena fe.³² En este sentido, se señala que el fin principal de la buena fe modelar a la autonomía privada, (Betti, 1969)³³ actuando como una garantía para que el negocio se ajuste, precisamente, a un contrato que resulte equitativo para las partes (Di Majo, 1997)³⁴ En este sentido, la doctrina ha dicho que la integración del contrato no se realiza porque los contratantes hayan dejado vacíos o lagunas, ni se integra con el presunto consentimiento, sino que con elementos extraños a su voluntad, dentro de los cuales cabe la buena fe. (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009)³⁵

La doctrina moderna (ALPA, GHESTIN, entre otros) (Enneccerus, 1954)³⁶ le otorga cada vez más relevancia a la buena fe,³⁷ y no sólo le otorga la finalidad integradora e interpretativa de la ley,³⁸ sino que, además, una función *limitativa y moderadora* (Van Ommeslaghe, 2010) de los “excesos” que genere la autonomía privada,³⁹ toda vez que el contrato no es la mera consecución de objetivos económicos,⁴⁰ sino que, además, se sustenta en una serie de valores y fines, (Jiménez Gómez, s/f)⁴¹ a lo que tiene que apuntar (Ordoqui Castilla, 2011, 57-58). Visto así el problema, entonces, la libertad se encuentra al servicio de valores y fines (Salvioli, 1979)⁴² como la equidad natural, solidaridad, fraternidad, igualdad, etcétera. (Peña y Ausín, 2001)⁴³ La doctrina ha llegado a decir que es el orden público el que limita a la autonomía de la voluntad, cuando las cláusulas contractuales vayan en contra del principio de la buena fe. (Galindo Garfias, 1981, 169) Aun cuando, la jurisprudencia ha planteado la necesidad de actuar con cautela en esta materia. En este sentido, la STS de 3 de diciembre de 1991, señala que: “[...] la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación [...]” (Moreno Gil, 2006)⁴⁴ La importancia de la buena fe,⁴⁵ (Albácar López y Santos Briz, 1991) en materia contractual, se manifiesta en la jurisprudencia, *v. gr.*, en la STS de 13 de abril de 2004, se decreta lo siguiente: “La buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico [...]”. (CÓDIGO CIVIL, 2010, 1312). En esta línea argumentativa, podemos decir que constituyen manifestaciones de la buena fe: la prohibición del abuso de la posición dominante, el reconocimiento del principio *venire contra factum proprium non valet* la confianza legítima. (LARGO TABORDA, 2012, 143).

En la actualidad, la tendencia se orienta a “coordinar” la autonomía de la voluntad y la buena fe. Ésta es la opinión de ORDOQUI CASTILLA, de tal forma que se “presume” que el contrato celebrado al amparo de la autonomía privada está conforme a la buena fe⁴⁶ y la justicia (Cano Martínez De Velasco, 2009) (Branca, 1978)⁴⁷ La pregunta que surge es: ¿Cómo la buena fe limita a la autonomía de la voluntad? Podría pensarse que, a fin de salvar problemas y defectos de las cláusulas contractuales, se recurra más que al tenor literal de las mismas, al contenido intrínseco, conforme al principio de la buena fe, comportamiento que le es exigido por la ley a cada parte. La buena fe, entonces, se presenta como una eficaz herramienta para el juez, con el fin de revisar el negocio jurídico: establecer el contenido del contrato de

acuerdo con los principios de equidad natural y solidaridad (O'Callaghan Muñoz, 2001, 1237-1238). Es decir, la buena fe viene a ser un principio que “modera” y “modela” a la voluntad particular. El juez, en este marco, tenderá a restablecer o establecer el equilibrio entre los contratantes, cuyas obligaciones, quizás, nacieron en un contexto disímil. (Soro Rusell (s/f), 243–244). El mejor ejemplo de lo anterior es, pues, la revisión judicial del contrato por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (Martorell Zulueta, 2011, 1451). Es precisamente a propósito de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*,⁴⁸ en donde se manifiesta la tensión existente entre la buena fe y la autonomía de la voluntad (Vázquez Iruzubieta, 1989, 2078-2079). Al respecto, la doctrina ha planteado que primero el intérprete debe realizar su labor de hermenéutica, estableciendo la verdadera o real voluntad de los particulares (intención), para luego “integrar” dicha voluntad con lo prevenido en el art. 1258 CC, esto es, la buena fe, los usos y la ley, “moldeando” dicha intención, todo ello de acuerdo a la equidad natural. Por lo tanto, lo justo natural “reformula” el tenor literal de los contratantes.⁴⁹ Dicho de otra manera, existen dos ámbitos en que opera el principio de autonomía de la voluntad: una faz positiva, que significa que las partes se obligan a todo aquello que han pactado y, una faz negativa, en la cual la voluntad de los contratantes es del todo irrelevante, toda vez que el tenor literal se integra por los elementos propios contenidos en el art. 1258 CC (Castiñeira Jerez, 2012)⁵⁰ Desde este punto de vista, v. gr., en Alemania (Solarte Rodríguez, 2004) (Espinoza Espinoza, 2011)⁵¹ Wieacker, plantea que una de las principales funciones del § 242 BGB, es servir como “medio de ruptura ético–jurídica del Derecho legal” (Wieacker, 1982) (Schermaier, 2000)⁵²

Conclusiones

1. Es interesante el análisis de la PMCC, por cuanto ella se estructura a partir de las modernas tendencias sobre el Derecho de las obligaciones y contratos.

2. El principal tope u obstáculo que debe enfrentar el proceso de unificación del Derecho europeo de contratos, es lograr una coexistencia pacífica y contributiva de los principios de buena fe y autonomía de la voluntad. Ello supone una reflexión filosófica y valórica, cuyo resultado tendrá previsibles y esperados resultados.

3. Cualquier intento serio por unificar el Derecho europeo de las obligaciones y contratos, debe partir por hacerse cargo de esta disyuntiva, pues, de no hacerlo, creo que está destinado al fracaso. Ante la homogeneidad que presentan los diversos textos de Derecho uniforme, en cuanto a consagrar a la autonomía de la voluntad como principio rector del Derecho obligatorio, subestimando el rol de la buena fe, estimo que debe existir una preponderancia de la buena fe sobre aquélla. La buena fe se erige como el gran fundamento de la relación contractual, que se manifiesta como un criterio integrador del contenido de las cláusulas contractuales y un verdadero límite al principio de la autonomía de la voluntad, todo ello conforme a equidad natural.

Referencias

- Albácar López, J. L. y Santos Briz, J. (1991). Libro IV. De las obligaciones. Títulos I y II. En J. L. Albácar López (dir.). *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*. T. IV. Arts. 1.088 a 1.444 (pp. 3–843). Madrid: Trivium.
- Albiez Dohrmann, K. J. (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código Civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* (pp. 57-102). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Albiez Dohrmann, K. J. (2013). *Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación*. Disponible en http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin56/Articulos_56/Albiez-Dohrmann.pdf
- Albiez Dohrmann, K. J. (2011). La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta. En K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Palazón Garrido, y M^a del M. Méndez Serrano (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (pp. 15-25). Barcelona: Atelier.
- Alcalde Silva, J. (2011). Comentario sobre la «Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del Código de Comercio español». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (37), 39-92.
- Alcubilla, A. E. (Coord.) (2008). *Enciclopedia jurídica La Ley*, T. 5. Madrid: Wolters Kluwer-La Ley.
- Almagro Nosete, J. (2000). Comentarios. En I. Sierra Gil de la Cuesta (Coord.). *Comentario del Código Civil*. Tomo 6 (pp. 444–740). Barcelona: Bosch.

- Arroyo Amayuelas, E. (2016). La Propuesta de directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia. *Revista para el Análisis del Derecho*, (3),1–33. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1241.pdf>
- Aubert, J. L. (2000). *Le contrat. Droit des obligations* (2^o éd.). Paris:Dalloz.
- Bercovitz Rodríguez–Cano, R. (dir.) (2009). *Comentarios al Código Civil* (3^a Ed.). Navarra: Aranzadi.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*, T. 1. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.
- Bianca, C. M. (2007). *Derecho civil, 3. El contrato*. (Trad. F. Hinestrosa y É. Cortés). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Branca, G. (1978). *Instituciones de Derecho privado*. (Trad. 6^a ed. P. Macedo). México DF: Porrúa.
- Cano Martínez De Velasco, J. I. (2009). *La equidad en el Derecho privado. Derecho y justicia*. Barcelona: Bosch.
- Castiñeira Jerez, J. (2012). *Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, (29), 71-106.
- Cavalaglio, L. (2006). *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza económica*. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- Clemente Meoro, M. E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009). Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. *Boletín General de Información. Secretaría General Técnica*, 43. Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427518878?blobheader=application>

- Del Arco Torres, M. Á. y Pons González, M. (1999). *Diccionario de Derecho civil*. Granada: Comares.
- De Los Mozos, J. L. (1965). *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona: Bosch.
- De Priego Fernández, V. (2013). Las obligaciones del vendedor. Propuesta de Modernización del Derecho español y armonización del Derecho contractual europeo En M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech (Coord.) *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín Rams Albeza. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español* (pp. 641-660). Madrid: Dykinson.
- Díaz Alabart, S. (2002). La recodificación en España: un futuro incierto. En G. Alpa e N. Buccico (dir.). *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice civile europeo* (pp. 157–185). Milano: Dott. A. Giuffrè
- Díaz Sierra, M^a. del C. (2002). Desde la autonomía de la voluntad hasta la institucionalización de la figura del sujeto débil. ¿La caída de la doxa? *Revista de Derecho*, (2). Disponible en <http://www.revistaderecho.um.edu.uy>
- Díez-Picazo y Ponce De León, L. (2009). Estudio doctrinal. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Boletín General de Información*. 65(2130). Disponible en www.mjusticia.es/bmj
- Díez-Picazo y Ponce De León, L. (1993). *Comentario del Código civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones.
- Di Majo, A. (1997). Capítulo 49. Il contenuto del contratto. En M. Bessone *La disciplina generale dei contratti, dalle Istituzioni di Diritto privato*, 4^a ed. (pp. 578–597). Torino: G. Giappichelli.
- Enneccerus, L. (1954). *Derecho de obligaciones* (11^a ed. Rev. H. Lehmann). (Trad. 35.^a ed. alemana). Barcelona: Bosch.

- Espinoza Espinoza, J. (2011). *El principio de la buena fe*. Disponible en http://www.academia.edu/8031826/EL_PRINCIPIO_DE_LA_BUENA_FE_-_JUAN_ESPINOZA_ESPINOZA
- Fenoy Picón, N. (2011). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento. *Anuario de Derecho civil*, 44(4), 1481-1684.
- Fenoy Picón, N. (2010). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *Anuario de Derecho civil*, 43(1), 47-136.
- Fernández Rozas, J. C. (2009). *El lento camino hacia la europeización del derecho de los contratos*. Disponible en http://eprints.ucm.es/9493/1/EL_LENTO_CAMINO_HACIA_LA_EUROPEIZACION_DE_DERECHO_DE_LOS_CONTRATOS.pdf
- Galgano, F. (2007). *Il contratto*. Verona: Cedam, Casa Editrice.
- Galindo Garfias, I. (1981). Estudios de Derecho civil. Estudios *doctrinales*. México DF: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Pérez, R. (2012). El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil. BIB 2012\3025. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012(7), 1-27. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4095668>
- Gete-Alonso y Calera, M^a del C. (2008). *Estudios sobre el contrato*. Barcelona: Atelier.
- Gómez Calle, E. (2012). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia. *Anuario de Derecho civil*, 65(1), 29-102.

- Gómez Pomar, F. y Gili Saldaña, M. (2012). El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efecto. *Indret*, 1,27. Disponible en http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf
- Grisi, G. (2000). Capítulo sexto. L'autonomia privata. En P. Cendon *I contratti in generale. Fonti – Diritto internazionale – Autonomia privata – Classificazione* (pp. 291–364). Torino: Unione Tipografico–Editrice Torinese.
- Guisado Moreno, Á. (2015). Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del proyectado Código Mercantil. En *Estudios sobre el futuro Código Comercial* (pp. 182-201). Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Honderich, T. (ed.) (2001). *Enciclopedia Oxford de Filosofía* (Trad. C. García Trevijano). Madrid: Tecnos.
- Jiménez Gómez, J. R. (s/f). *El principio de la buena fe en la teoría general del contrato*. Disponible en <http://www.biblio.juridicas.unam.mx>
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza.
- Largo Taborda, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.
- López Jiménez, D. (2008). *El principio de la autonomía de la voluntad como instrumento para la consecución de la confianza electrónica: los códigos de conducta*. Pamplona: Aranzadi.
- Mascarenas, C. F. (dir.) (1951). *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. 3. Barcelona: Tipografía La Académica de Herederos de Serra y Rusell–E. Grandos.

- Marsal Guillamet, J. y Lauroba Lacasa, E. (2003). Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios. En A. Cabanillas Sánchez (Coord.). *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. T. II. Derecho Civil y Derecho de Obligaciones* (pp. 2455–2470). Madrid: Thomson Civitas.
- Martorell Zulueta, P. (coord.) (2011). *Código Civil. Jurisprudencia sistematizada*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Massini-Correas, C. I. (2004). ¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la bioética contemporánea. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (8),8. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2328/1/AD-8-27.pdf>.
- Mazo Álvarez, H. M. (2012). La autonomía: principio ético contemporáneo. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 3(1), 115–132. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5123760.pdf>
- Melich Orsini, J. (1997). *Doctrina general del contrato* (3ª Ed.). Caracas: Coedición de la Editorial Arte.
- Monestier Morales, J. L. (2011). La unificación del derecho de obligaciones en Europa. En K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Palazón Garrido y Mª del M. Méndez Serrano (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (pp. 544-563). Barcelona: Atelier.
- Montoya Melgar, A. (1995). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. I. Madrid: Civitas.
- Moreno Gil, Ó. (2006). *Código civil y jurisprudencia concordada*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
- Navarro Fernández, J. A. (2011). La modernización del derecho de obligaciones y contratos. En K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Palazón Garrido y Mª del M. Méndez Serrano (coord.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (pp. 26-53). Barcelona: Atelier.

- O'Callaghan Muñoz, X. (2006). *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*. (5ª Ed.). Madrid: La Ley.
- O'Callaghan Muñoz, X. (2001). *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*. (2ª Ed.). Madrid: La Ley–Actualidad.
- Ordogui Castilla, G. (2011). *Buena fe en los contratos*. Madrid: Reus.
- Palazón Garrido, M^a. L. (2016). La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento. En S. Sánchez Lorenzo (Coord.). *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional* (pp. 1539–1596). Madrid: Civitas
- Palazón Garrido, M^a. L. (2011). El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España. En K. J. Albiez Dohrmann, M. L. Palazón Garrido y M^a del M. Méndez Serrano (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (pp. 423-447). Barcelona: Atelier.
- Peña, L. y Ausín, T. (2001). El principio de autonomía y los límites del consentimiento. En J. J. Hacero (ed.) *Actas del III Congreso de la Sociedad Española de Filosofía Analítica, Granada*. Disponible en digital.csic.es/bitstream/10261/10816/1/granada.pdf
- Pérez Velásquez, J. P. (2013). *El proceso de modernización del derecho contractual europeo*. Madrid: Dykinson.
- Perrin, J. F. (2005). La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologías*, 7(13). Disponible en <http://www.pj.gob.pe>
- Rivera Restrepo, J. M. (2012). Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda. *Revista Ars Noni et Aequi*, 8(2), 323-344.

- Rodríguez Marín, C. (2010). La Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes con el cumplimiento. *Revista Jurídica del Notariado*, (76), 271-300.
- Ropo, E. (1977). *Il contratto*. Bologna: Società editrice il Mulino.
- Ruiz Sutil, C. (2015). El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: Propuesta de una nueva regulación para América y Europa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (143), 763-798. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Salvioli, G. (1979). *El Derecho civil y el proletariado*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Sánchez Ruiz De Valdivia, I. (2016). Capítulo 8. La reforma (modernización) del contrato de compraventa a través del aterrizaje del concepto único de incumplimiento y del despegue del sistema de remedios. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el Contrato de Compraventa Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* (pp. 171-210). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sánchez Ruiz De Valdivia, I. (2016a). El sistema de remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia. *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, 2016, 65-92.
- Sánchez Ruiz De Valdivia, I. (2003). La unificación del Derecho privado europeo. En M. Moya Escudero y S. Sánchez Lorenzo (Coord.). *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa* (pp. 235-262). Madrid: Dykinson
- Schermaier, M. J. (2000). Bona fides in Roman contract law. En R. Zimmermann, y S. Whittaker (ed.). *Good faith in European Contract Law. Cambridge Studies in International and Comparative Law The Common core of European Private Law* (pp. 63-92). Cambridge: Cambridge Press.

- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas* (108), 281-315. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510807.pdf>
- Soro Rusell, O. (s/f). *El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Disponible en <http://eprints.ucm.es/12205/>
- Vázquez Iruzubieta, C. (1989). *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil* (3º Ed.). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Van Ommeslaghe, P. (2010). *Droit des obligations. Tome Premier. Introduction Sources des obligations (première partie)*. Bruxelles: Bruylant.
- Vaquer Aloy, A. (2011). El principio de conformidad: ¿Supraconcepto en el Derecho de obligaciones? *Anuario de Derecho Civil*, 64(1),5-39.
- Vaquer Aloy, A. (2011a). Del Marco Común de Referencia al instrumento opcional En A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila y M^a. P. Sánchez González *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos* (pp. 23–50). Barcelona: Atelier.
- Wieacker, F. (1982). *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas.
- Zoppini, A. (2009). Capítulo II. Autonomía contractual, regulación del mercado, derecho della concorrenza En N. Lipari, P. Rescigno y A. Zoppini (Coord.). *Diritto civile*, Vol. 3. *Obbligazioni. 2. Il contratto in generale* (pp. 53–74). Milano: Dott. A. Giuffrè.

Bibliografía

- Código Civil (2010). Concordancias, notas y jurisprudencia a cargo de F. J. Fernández Xiol Ríos (dir.). Madrid: El Derecho y Quantor.

Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (2002). Texto oficial. Versión autorizada por The American Law Institute. Estudio preliminar y traducción a cargo de José M^a. Garrido. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España (1994). En Díaz Fraile, Juan M^a. (coordinador). Estudios de Derecho europeo privado. Prólogo del Excmo. Sr. Don José Poveda Díaz. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Diccionario Akal de Filosofía (2004). R. Audi (ed.) (Trad. H. Marraud y E. Alonso. Madrid: Cambridge University Press - Akal.

Diccionario Jurídico El Derecho (2009). Madrid: Grupo Editorial El Derecho y Quantor.

Notas

¹ Para De Priego Fernández: “Este examen permite concluir que la reforma del Código civil español [...] es cada vez y las últimas propuestas de armonización europea no hacen sino acrecentar dicha necesidad” (p. 642).

² En este sentido, Fernández Rozas (2009) señala que: “El hilo conductor es una pretendida tradición histórica común, muchas veces forzada y carente de apoyatura, como se desprende de aquellas posiciones que afirman que la *lex mercatoria* es consustancial en la creación del Derecho privado europeo” (p. 259).

³ Confróntese: Albiez Dohrmann, K. J. (2016, 57 y ss), Alcalde Silva, J. (2011, 42), Ruiz Sutil, C. (2015, 770 y ss.).

⁴ Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 9).

⁵ En este sentido, Gómez Calle (2012, 29-102) señala que: “La regulación de la PMCC en este punto persigue las dos finalidades que presiden todo el texto: en primer término, establecer reglas acordes a las necesidades actuales y que sirvan al desarrollo económico; y, en segundo lugar, aproximar al Derecho es-

pañol a los ordenamientos europeos [...]”.

⁶ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 32–36).

⁷ En este sentido, Gómez Calle (2012, 37) señala que: “Se trata de ofrecer un concepto del mismo unitario y amplio, que sirva como base o supuesto común a todos los remedios, sin perjuicio de que, después, ese supuesto aparezca cualificado por una u otra condición adicional (como la de ser esencial o ser inexcusable) para justificar el recurso a uno u otro remedio concreto”.

⁸ En este sentido, Vaquer Aloy (2011, 5-39) señala que: “La falta de conformidad en la compraventa es un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa. Siendo las partes libres de configurar sus respectivas prestaciones como mejor les plazca (obsérvese que el art. 1475 deja a salvo «lo pactado por las partes»)”.

⁹ En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León (2009, 8) señala que: “Son muy tradicionales los arts. 1.205-1.212, pero es especialmente importante el art. 1209, porque sobre él pendula la concepción del resarcimiento que la Propuesta tiene. No es una consecuencia que deba fundarse directamente en la culpa, que es lo que se ha llamado siempre responsabilidad subjetiva, pero tampoco es una responsabilidad totalmente objetivada”.

¹⁰ Confróntese: Vaquer Aloy, A. (2011, 7-8), véase también: Fenoy Picón, N. (2010, 47–136).

¹¹ En este sentido, Vaquer Aloy (2011, 14) señala que: “Se realza con claridad el rol de la autonomía de la voluntad en la determinación de la conformidad, no sólo por la invocación de los pactos entre las partes en el inicio de este precepto, sino también por la llamada a la «descripción» realizada por el vendedor. Se conjugan criterios objetivos y subjetivos. Entre los primeros, hay que destacar las cualidades de la muestra o modelo presentados por el vendedor y el uso ordinario y las prestaciones habituales de un bien de esa clase; entre los criterios subjetivos, el uso especial requerido por el comprador que el vendedor haya admitido para ese bien y, en especial, la invocación final a las expectativas fundadas del

comprador. La llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano, por ejemplo”.

¹² Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 32).

¹³ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 32), véase también: Gómez Calle (2012, 43–44).

¹⁴ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 33).

¹⁵ Con relación a la inteligencia y significado de la frase “a menos que”, Fenoy Picón (2011, 1490-1491) señala que son dos las posibles interpretaciones, a saber: “[...] a) Puede considerarse que los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC son excepciones a la regla de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento (régimen uniforme). Aquéllas son límites al cumplimiento (delimitan su contorno). El sentido propio de las palabras del artículo 1192.II PC permite esta interpretación (art. 3 CC). Cuestión distinta es que el deudor haya de alegar en juicio la excepción (principio de rogación), si no quiere ser condenado al cumplimiento específico que le demanda el acreedor. b) Otra posible interpretación consiste en entender que las «excepciones» al cumplimiento no operan del mismo modo”.

¹⁶ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 33).

¹⁷ En este sentido, el Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos (2002, 88), en su § 1–204, número (3), dispone que: “Una acción es realizada «oportunamente» cuando es realizada dentro del plazo acordado o, si no se ha acordado un plazo, dentro de un plazo razonable”. El numeral 2º de esta misma norma establece que: “La determinación del concepto de plazo razonable para realizar una acción depende de la naturaleza, propósito y circunstancias de dicha acción”.

¹⁸ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 33-34).

¹⁹ En este sentido, García Pérez (2012, 24) señala que: “A efectos, pues, de incumplimiento previsible resolutorio, la determinación de lo que sea «esencial» no queda acotada en la PMCc que, a diferencia de los textos mencionados, no recoge los criterios que determinan cuándo el incumplimiento será esencial; su delimitación deberá hacerse a la vista de la doctrina jurisprudencial sobre incumplimiento resolutorio. El supuesto más claro sería el de imposibilidad sobrevinida de la prestación, ya sea por destrucción, pérdida de la cosa, enajenación a tercero, etcétera. Fuera de estos supuestos sería necesario que la «indisponibilidad» para cumplir coincidiera con lo que la jurisprudencia ha considerado como «voluntad obstativa al cumplimiento que frustre las legítimas expectativas de la contraparte», una «voluntad indubitada de incumplimiento con frustración del fin del negocio»... [...]”.

²⁰ Con relación a la redacción de esta norma, Díaz Alabart (2002, 175-176) señala lo siguiente: “Esta última regla (art. 1197, 2º párraf. del estudio) [actual artículo 1200, apartado 2º de la PMCC], no tiene una reducción suficientemente clara, pues si ya era exigible el cumplimiento de la obligación y se intimó al deudor a cumplir, no se puede decir que «haya riesgo de incumplimiento», sino que ya no se ha cumplido, lo que aún se desconoce es si ese deudor llegará a cumplir tardíamente, o si ya no cumplirá definitivamente. Si aún la obligación no es exigible, ciertamente puede seguirse de la situación del deudor que probablemente no cumplirá, pero no se puede pedir que cumpla antes de tiempo, sino solamente que, en su caso, afiance”.

²¹ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 34).

²² Llama la atención que se habla reiteradamente de la “resolución del contrato” y no de la “resolución de la obligación”.

²³ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 35).

²⁴ Confróntese: Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 5).

²⁵ La PMCC agrega en su artículo 1209, lo siguiente: “No será responsable el deudor de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento cuando concurren las circunstancias siguientes: 1.º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control. 2.º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento. El deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir la prestación deberá sin demora ponerlo en conocimiento de la otra parte y será responsable de los daños causados por no hacerlo. Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código”. Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (2009, 36).

²⁶ Confróntese: Díaz Alabart (2002, 158–159), véase también: Marsal Guillaumet, J. y Lauroba Lacasa, E. (2003, 2455–2470) “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en el futuro derecho europeo de contratos. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios”.

²⁷ Respecto del rol de la autonomía de la voluntad en el moderno Derecho de las obligaciones, véase: Almagro Nosete, J. (2000, 444-740), Aubert, J. L. (2000, 26-27), Cavalaglio, L. (2006, 4 y ss.), Del Arco Torres, M. Á. y Pons González, M. (1999, 152), Diccionario Akal de Filosofía (2004, 568 y ss.), Diccionario Jurídico El Derecho (2009, 142), Enciclopedia Jurídica La Ley (2008, 2906), Enciclopedia Oxford de Filosofía (2001, 97), Galgano, F. (2007, 34 y ss.), Gete-Alonso y Calera, M^a del C. (2008, 92), Grisi, G. (2000, 291–364), Kant, I. (2002, 140), Largo Taborda, A. (2012, 20 y ss.), López Jiménez, D. (2008, 1-11), Massini-Correas, C. I. (2004, 488), Mazo Álvarez, H. M. (2012, 115-132), Melich Orsini, J. (1997, 37), Montoya Melgar, A. (1995, 686), Nueva Enciclopedia Jurídica (1951, 131), O’Callaghan Muñoz, X. (2006, 1230), Ropo, E. (1977, 115 y ss.), Soro Rusell, O. (s/f, 9 y ss.).

²⁸ Ya desde los tiempos de Baldo, “[...] para que un acuerdo de voluntad produzca efectos jurídicos, es preciso que tenga una causa jurídica, y ésta ha perdido en los comentadores su función de *titulus*, de adecuación entre la voluntad privada y el ordenamiento, que es la que recupera en el planteamiento hoy dominante (función social del negocio), radicando entonces en la voluntad misma”. De Los Mozos, J. L. (1965, 109).

²⁹ En este sentido, Díaz Sierra, M. del C. (2002, 116) señala que: “La diferencia entre ambos sistemas no es sólo académico, sino que por el contrario tienen consecuencias en las economías de los países, ya que dependiendo del sistema jurídico elegido el negocio puede ser más o menos costoso y a veces puede suceder que el negocio no se realice, por lo menos bajo ciertas disposiciones legales”.

³⁰ En este sentido, Perrin J. F. (2005, 169) señala que: “El modelo voluntarista o liberal parece a primera vista comportarse maravillosamente bien en esta época de globalización [...]”.

³¹ Al respecto, véase: Rivera Restrepo, J. M. (2012, 323-344) “Algunos comentarios acerca de la equidad natural a la luz de la sentencia de fecha 12 de marzo de 1984, dictada por la Corte de Apelaciones Presidente Aguirre Cerda”.

³² La jurisprudencia también se ha referido a la interacción entre los arts. 1091 y 1258 del CC. En este sentido, la STS de 20 de septiembre de 1996. Confróntese: Código Civil (2010, 909-910).

³³ En este sentido, Almagro Nosete (2000, 518) señala que: “La buena fe es un concepto difícil de explicar y, sin embargo, fácil de entender, quizá porque siempre hay que considerarlo en relación con conductas concretas y respecto a casos determinados”.

³⁴ Respecto de la importancia de la buena fe en materia contractual, Betti, E. (1969, 70) expresa lo que sigue: “[La buena fe es] un criterio valorativo que no está forjado por el Derecho, sino que el Derecho lo asume y recibe de la conciencia social [...]”.

³⁵ En este sentido, Di Majo, A. (1997, 578 y ss.) señala que: “*Ma è evidente che, così interpretato, il principio di buona fede è destinato a restare lettera morta.*”

*È invece da riconoscere, come del resto ha fatto la giurisprudenza successiva, che il principio di buona fede e correttezza è destinato ad esercitare una funzione **integrativa** (del contenuto) del contratto al di là di quanto le parti convenute e/o anche come **limite** a comportamenti deginuti appunto «scorretti» o «inesigibili» [...]*”.

³⁶ Confróntese: Díez–Picazo y Ponce De León, L. (1993, 437).

³⁷ Y también la doctrina no tan reciente, v. gr., en Alemania. Enneccerus, L. (1954, 18 y ss.).

³⁸ En este sentido, Almagro Nosete (2000, 518) señala que: “La buena fe debe exigirse como principio informador de todo el ordenamiento en relación con la conducta de los sujetos, sometidos al mismo”.

³⁹ Al respecto, véase: De Los Mozos (1965, 268 y ss.).

⁴⁰ Al respecto, véase: Bianca, C. M. (2007, 55–57).

⁴¹ En este sentido, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Díaz Fraile, J. M., 1994, 189) señala que: “Para ello, [lograr la unificación europea del Derecho privado] hace falta un espíritu abierto que no se cierre únicamente en la lógica del mercado [...]”.

⁴² Confróntese: Jiménez Gómez, J. R. (s/f, 194–195).

⁴³ En este sentido, Salvioli, G. (1979, 136) señala que: “Esta solidaridad de intereses elabora en el seno de la colectividad una nueva concepción moral, y ambas repercuten en el derecho, que no puede permanecer en la estrecha órbita individualista, sino que debe dar más amplio espacio a los intereses de la colectividad, o mejor decir, debe conciliar el individualismo con las nuevas exigencias solidarias [...]”.

⁴⁴ Confróntese: Peña, L. y Ausín, T. (2001, 8).

⁴⁵ Confróntese: Moreno Gil, Ó. (2006, 1321).

⁴⁶ En este sentido, Albácar López y Santos Briz (1991, 3-843) señalan que: “La normativa contenida explícitamente en el artículo 1.258 del CC y genéricamente en el artículo 7.º del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto reconocen que los derechos deberán ejercitarse conforme a las evidencias de la buena fe [...]”.

⁴⁷ Confróntese: Ordogui Castilla (2011, 58–59). En este sentido, agrega que ésta tendencia se materializa, *v. gr.*, en la dictación del Código Civil Brasileño de 2002.

⁴⁸ Aun cuando algunos autores discuten el carácter de fuente de Derecho de la equidad natural, esto es, de la justicia aplicada al caso concreto. Confróntese: Branca, G. (1978, 8-9), véase Cano Martínez de Velasco, J. I. (2009, 63 y ss.).

⁴⁹ Véase: STS de 11 de junio de 1959, (RJ/1959/1649).

⁵⁰ Confróntese: Bercovitz Rodríguez–Cano, R. (dir.). (2009, 1279).

⁵¹ Confróntese: Castiñeira Jerez, J. (2012, 71-106).

⁵² En este sentido, Espinoza Espinoza J. (s/f, 2) señala que: “En la mitad del 800, sobre todo en Alemania, la *fides* ha sido entendida por Danz, *Der sacrale Schutz in römische Rechtsverker*, Jena, 1857, como una entidad que nace de una promesa jurada, la cual se adquiría fuerza vinculante y relevancia en la vida social porque era un fruto de la conjunción de componentes tanto sacros como jurídicos. Veinte años después, Pernice, *Marcus Antistius Labeo*, I, Halle 1873; II, Halle 1878, presentaba a la *fides* como un elemento de la vida *lato sensu* negocial, tomado en consideración por el ordenamiento en el ámbito del derecho sustancial, viniéndose así a alinear la *bona fides* entendida como un aspecto dinámico de la *fides*, relevante en el ámbito procesal”, véase también: Solarte Rodríguez, A. (2004, 281-315).

⁵³ Confróntese: Wieacker, F. (1982, 74), con relación a esta norma, véase: Schermaier, M. J. (2000, 63-92).